



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO
Y SEGURIDAD SOCIAL

**EL FUERO SINDICAL Y SUS DIFERENTES ACEPTACIONES EN LA
LEGISLACIÓN CHILENA**

**MEMORIA PARA OPTAR AL TÍTULO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES**

RAFAEL ANDRÉS FERNÁNDEZ MEBUS

**PROFESOR GUÍA:
CLAUDIO ANDRÉS PALAVECINO CÁCERES
ABOGADO**

**SANTIAGO DE CHILE
MARZO 2015**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
CAPITULO PRIMERO:	15
LA LIBERTAD SINDICAL EN CHILE.....	15
1.1.- La libertad sindical en nuestra Constitución.....	16
1.2.- La libertad sindical en los Tratados Internacionales ratificados por Chile.	20
1.3.- La libertad sindical en la Organización Internacional del Trabajo.....	24
1.3.1.- Convenio N° 87 de la OIT.	24
1.3.2.- Convenio N° 98 de la OIT.	28
1.4.- Jurisprudencia.....	30
CAPÍTULO SEGUNDO:	35
EL FUERO SINDICAL EN CHILE.	35
2.1.- Concepto de Fuero Sindical.....	36
2.2.- Finalidad del fuero sindical.	39
2.3.- Tipos de fuero	42
2.3.1.- Fuero de los constituyentes de una organización sindical.	43
2.3.2.- Fuero de los candidatos a director sindical.	51
2.3.3.- Fuero de los directores sindicales.	55
2.3.4.- Fuero complementario de los directores sindicales.	59
2.3.5.- Fuero del Delegado Sindical.	61
2.3.6.- Fuero sindical ante cambio de funciones o lugar de trabajo.	62
CAPÍTULO TERCERO:	65
EL ABUSO DEL FUERO SINDICAL	65
3.1.- ¿Qué se entiende por abuso del fuero sindical?.....	65
3.2.- Distintas formas de abusar del Fuero Sindical.....	66
3.2.1.- El Fuero Retroactivo.....	67
3.2.2.- La Bicicleta Sindical.....	71
3.2.3.- El Fuero de los Delegados Sindicales.	74
CAPÍTULO CUARTO:	79
POSIBLES SOLUCIONES AL ABUSO DEL FUERO SINDICAL	79
4.1.- Posibles soluciones al abuso del fuero retroactivo.	80
4.2.- Posibles soluciones al abuso del fuero de los Delegados Sindicales.....	88
4.3.- Soluciones planteadas por el Proyecto de Ley sobre perfeccionamiento del fuero sindical.....	91
CONCLUSIONES.....	95

5.1.- Respecto a la Libertad Sindical.....	95
5.2.- Respecto al Fuero Sindical.....	96
5.3.- Respecto a las posibles soluciones al abuso del Fuero Sindical.....	98
BIBLIOGRAFÍA.....	101

RESUMEN:

En el presente trabajo se intentará analizar y entender cómo la libertad sindical y su efecto principal, el fuero sindical, pueden atentar contra los derechos del empleador. Se busca, principalmente, generar una discusión en torno a las leyes y disposiciones que regulan la formación de sindicatos y los usos –y especialmente abusos- del fuero. Se mostrará, finalmente, que la ley que regula la formación y el uso de los sindicatos no está del todo ajustada, y que necesita ser revisada para no pasar a llevar los derechos del empleador.

ABSTRACT:

This work tries to analyze and understand how the union liberty and its principal effect, the union immunity, can attempt against the employers rights. The objective is, mainly, to generate a discussion about the laws and dispositions that regulates the formation of unions and the uses and abuses of the immunity. We will show that, finally, the law that rules the formation and the uses of unions isn't too adjusted, and that a review is necessary, especially to not trampling on the rights of the employer.

INTRODUCCIÓN

Alrededor de 1750 el pensador francés Jean Jaques Rousseau planteaba que, para que una sociedad viviera de manera armónica, no bastaba con las voluntades de los individuos, sino que se hacía necesario un pacto entre los individuos y la sociedad. Este pacto consistiría en que, en aras del bien común, los individuos de la sociedad determinarían cierto número de cláusulas por las cuáles todos se verían obligados a aceptar dichas reglas.

Según Rosseau, todo hombre que desee vivir en sociedad debe aceptar las cláusulas de este pacto tácito entre los individuos y su conjunto:

“Estas cláusulas bien entendidas se resumen todas a una sola, a saber: la alineación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la comunidad. Porque, en primer lugar, al entregarse cada uno por entero, a condición es igual para todos.”¹

Sin duda las sociedades modernas fueron construyéndose en torno a este pensamiento. Pero con el tiempo –al igual que cualquier producto de la

¹ ROUSSEAU, JEAN-JACQUES. El Contrato Social o Principios del derecho Político. 1762 (1988). Capítulo VI.

civilización- las estructuras y relaciones de este Contrato Social fueron complejizándose: la libertad que los poderosos tenían sobre los demás fueron, poco a poco, disminuyendo. La ley jugó un rol preponderante en este sentido, fue el instrumento y la institución que veló por la reformulación del Pacto Social, una reformulación en aras de la igualdad de derechos y condiciones, sin importar la clase social, el poder adquisitivo o político del individuo.

Una de las herramientas que la ley y los gobiernos entregaron al trabajador común fue la constitución de sindicatos. Proveniente de la raíz griega *síndikou*, que en un principio sirvió para designar a quienes protegían a un acusado en un juicio, y que luego determinaría cuestiones comunitarias o que afectaban a la comunidad completa.

Por las fechas en que Rosseau explicaba el funcionamiento de las sociedades en base a la igualdad, la asociación de trabajadores era considerada un delito penal. Con el tiempo, las asociaciones fueron permitidas y ya a mediados del siglo XIX existía el derecho sindical. Así, los sindicatos formaron parte fundamental de la historia de las naciones y sociedades modernas, y con frecuencia son considerados dentro del debate social y económico.

En Chile, la historia de los sindicatos ha estado ligada, por lo general, a los grandes procesos económicos y de modernización del Estado: el salitre, la instalación de vías ferroviarias, etc. Hasta nuestros días, donde entidades como la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) cumple un rol preponderante dentro del mapa de agrupaciones de trabajadores.

Sin embargo, el sindicato no solo constituyó un punto a favor de los obreros –y por ende del país-, sino que también ha visto en la actualidad, un creciente abuso de los efectos que la sindicalización crea. El derecho a la sindicalización por lo general se estudia y analiza desde un punto de vista lógico: el trabajador, pero no siempre se revisan los efectos que este puede tener sobre la otra cara de la moneda: el empleador.

En la presente Tesis se buscará estudiar y analizar cómo el derecho a la sindicalización y, particularmente, el fuero sindical, se relacionan con los derechos del empleador. En especial, se intentará desarrollar la idea de que el fuero sindical puede afectar negativamente los derechos del empleador. Sin duda se trata de una mirada impopular: mientras el empleador lo constituye solo una persona o un grupo reducido de ellas, los empleados constituyen una masa laboral mayor, muchas veces atropellada y abusada –precisamente el

sindicato busca contrarrestar aquello y equilibrar las fuerzas de negociación de ambas partes- y dejada de lado.

Pero esto no quita que el derecho deba velar por los intereses de ambas partes, y es en ese sentido que la presente Tesis busca refrendar la siguiente hipótesis: **el fuero sindical, y en especial su uso abusivo, afecta negativamente los derechos del empleador.**

A nivel nacional, nuestro ordenamiento contempla la libertad sindical como un derecho base de los trabajadores. Se entiende como aquel principio del derecho laboral en virtud del cual los trabajadores pueden, de forma colectiva, constituir sindicatos y promover la sindicalización o actividad sindical; y desde un punto de vista individual, permitir al trabajador adherirse o no a un sindicato, tomar cargos en el mismo, entre otras posibilidades.

Ahora bien, el objetivo del sindicato es la promoción y protección de los derechos de los trabajadores tanto individuales como colectivos, la negociación con el empleador y la relación con organismos públicos, entre otras. Y para proteger esta libertad sindical, existe el Fuero Sindical, mediante el cual se busca evitar que el empleador pueda tomar medidas atentatorias a la sindicalización, como por ejemplo, despedir a un trabajador por haber participado de la constitución de un sindicato.

En algunos casos, sin embargo, esta libertad sindical se puede utilizar con propósitos fraudulentos, con el sólo objetivo de evitar un eventual despido: El Sindicato Fraudulento o Sindicato Aparente. Existen casos en que los trabajadores constituyen sindicatos con el único propósito de obtener fuero sindical, pero sin que busquen crear un sindicato efectivo. Es decir, no constituyen el sindicato para que realmente funcione, sino que sólo buscan ampararse de este fuero. El gran problema de esta compleja situación, es que es muy difícil probar que dicho sindicato fue creado con miras fraudulentas, lo que deja al empleador en una situación muy vulnerable, ante un abuso del derecho, que no es si no ilegal y que debiera ser sancionado con la inexistencia o nulidad del mismo.

Nuestra Constitución reconoce, en su artículo 19 n° 19, el derecho a sindicalizarse, o bien, la libertad sindical. Este derecho está reconocido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo.

Como vemos, actualmente la libertad sindical tiene carácter de derecho fundamental, por lo que su protección tiene en nuestro ordenamiento una posición privilegiada. Sin embargo, existen situaciones en las que su protección puede llegar a vulnerar los derechos del empleador, al utilizarse de

forma fraudulenta. El principal problema que se puede presentar en estos casos, es su dificultad de prueba.

La libertad sindical tiene una serie de manifestaciones en Chile, siendo una de sus principales, la libertad de constitución. A través de ella es que los trabajadores pueden libremente crear sindicatos de la forma que más se ajuste a sus necesidades e intenciones. En relación a esto, Sergio Gamonal señala “Para dar eficacia a este derecho existe el fuero sindical: Esta protección busca posibilitar la absoluta libertad de los trabajadores en el ejercicio de sus derechos sindicales, precaviendo, especialmente, cualquier represalia, en particular, el despido.”²

El fuero sindical es, efectivamente, una medida de protección de la libertad sindical. Desde un punto de vista amplio, este protege tanto a directores sindicales como a los socios del sindicato, no sólo ante el despido, sino también ante las suspensiones, transferencias, cambios de funciones, etc. Pero no ante cualquiera de estas situaciones, sino particularmente a las que se hayan hecho con ocasión de la sindicalización.

² GAMONAL CONTRERAS, SERGIO. Revista del Abogado. Colegio de Abogados de Chile. n° 43. Santiago, Chile. p4.

Pero, ¿Qué puede hacer el empleador ante esto, si es que considera que la constitución del sindicato tiene por objeto evitar el despido de un empleador? El convenio 98 de la OIT consagra el principio de pureza, según el cual no debe haber injerencias entre las organizaciones de trabajadores (como los sindicatos) y los empleadores. Es decir, si es que el empleador considera que la constitución del sindicato puede tener por objeto evitar el despido de un empleador, no puede inmiscuirse en su constitución. Sin embargo, el empleador si tiene derecho para alegar ante los tribunales que dicho sindicato es fraudulento.

Pero, como suele suceder, la realidad no es tan simple. Es muy difícil probar que un trabajador constituyó un sindicato con otros trabajadores, para evitar su despido. Esto, sumado a que para ello es necesario que se inicie un procedimiento judicial, deja muy vulnerable al empleador en sus propios derechos. Vulnerable frente a esta libertad sindical, pues al ser situaciones fácticas de tan difícil prueba, perfectamente dicho sindicato puede haberse realizado de forma fraudulenta y a pesar de ello, seguir funcionando sin mayores problemas.

Frente a estas situaciones que ya hemos someramente descrito, buscaremos estudiar las distintas visiones que han existido tanto en la doctrina

como en la jurisprudencia nacional a lo largo de los años. Intentaremos analizar cómo ha evolucionado nuestro ordenamiento en materia de fuero sindical y cómo se ha tomado esta figura frente a los derechos del empleador. Para eso revisaremos las distintas leyes laborales, poniendo especial énfasis en las discusiones que se pueden haber llevado a cabo en el poder legislativo relativas a esta materia en particular.

Para lograr el objetivo de este trabajo, utilizaremos la técnica monográfica, empleando diversas fuentes compiladas y procesadas por varios autores. En seguida usaremos la metodología dogmática formalista para el análisis de los textos legales respectivos. Sin embargo, la idea no es simplemente demostrar una hipótesis o asentar un punto de vista como verdadero, más que nada, el objetivo es generar una discusión en torno al tema del fuero sindical y cómo está siendo utilizado en Chile. Bajo esa perspectiva, queremos también plantear otras hipótesis o preguntas de discusión que resumen en cierto sentido las preocupaciones que existen detrás del presente trabajo:

- 1- La tendencia de la legislación laboral chilena ha ido encaminada a una protección cada vez más alta de los derechos de los trabajadores.

2- La libertad sindical, y específicamente el fuero sindical puede generar situaciones que vulneran los derechos del empleador, con limitados mecanismos de protección ante las mismas.

3- El fuero retroactivo facilita la constitución de sindicatos fraudulentos.

Estos juicios no son sino problemáticas que se desprenden de nuestra hipótesis inicial, y buscan dar cuenta de la discusión y dificultades que afectan a la ley nacional.

Para la realización del trabajo se dividirá la investigación en cuatro capítulos: en el primero abordaremos la libertad sindical de forma general, analizando su tratamiento en nuestra Constitución, en los Tratados Internacionales (particularmente aquellos que han sido ratificados por Chile), en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y en la jurisprudencia de nuestros Tribunales.

En un segundo capítulo nos enfocaremos particularmente en el fuero sindical. Buscaremos construir un concepto de fuero sindical, de forma que se condiga con nuestra realidad jurídico-laboral actual. A partir de este concepto y en conjunto con el estudio de nuestras leyes, buscaremos definir cuál es la finalidad de esta institución jurídica. Por último, haremos referencia a los

distintos tipos de fuero sindical que se presentan en Chile, diferenciando entre ellos según los sujetos que el fuero protege en cada caso en particular.

Teniendo como base los dos capítulos anteriores, en el tercero intentaremos tratar el uso fraudulento que puede darse del fuero sindical. Existen circunstancias que rodean al fuero sindical que pueden dar lugar a un uso malicioso, afectando gravemente los derechos del empleador, con escasas y difíciles medidas de protección. Para esto haremos un análisis de las leyes referentes al fuero, para determinar cuáles son teóricamente estas situaciones.

En un cuarto y último capítulo presentaremos las distintas medidas que el legislador ha adoptado para evitar el uso fraudulento del fuero, y también intentaremos dar otras medidas de protección y de solución que pudieren ser útiles. En particular revisaremos la figura conocida como “bicicleta sindical” y qué medidas ha tomado el legislador para evitar su abuso, para luego ver si dichas medidas podrían replicarse en la solución de otros tipos de abuso.

CAPITULO PRIMERO:

LA LIBERTAD SINDICAL EN CHILE

La libertad sindical podemos entenderla como aquel derecho que tienen los trabajadores a crear sindicatos. También, se considera libertad sindical el afiliarse o desafiliarse a ellos (como derecho individual), y una vez constituidos, a crear sus propias normas mediante los estatutos (como derecho colectivo). Para el abogado y profesor Héctor Humeres, la libertad sindical: “Ha sido considerada como la facultad que tienen los trabajadores y los empleadores para organizarse en entidades de su libre determinación (derecho individual), y una vez constituidas estas, como la facultad que tendrían para darse sus propias normas (autarquía sindical).”³

Esta libertad sindical la comprendemos desde distintas perspectivas, dependiendo de quién sea su titular. Como bien señala el laboralista español, Tomás Sala Franco “La libertad sindical es un concepto ambivalente. La libertad sindical se predica tanto de los trabajadores individualmente

³ HUMERES NOGUER, HÉCTOR. “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, Tomo II, P32.

considerados, como de los sindicatos ya constituidos. En el primer caso se habla de libertad sindical individual y en el segundo de libertad sindical colectiva, o mejor, de autonomía sindical.”⁴ Por lo tanto, la libertad sindical será individual si su titular es un trabajador, y colectiva si se trata de un sindicato.

Por último, vale la pena mencionar que la libertad sindical contempla diferentes dimensiones, y que éstas son reconocidas en menor o mayor medida por el derecho nacional e internacional.

1.1.- La libertad sindical en nuestra Constitución

Nuestra Constitución Política asegura este derecho en su artículo 19 n°19. En ella se reconoce el derecho de constituir un sindicato sin autorización previa, quedando este constituido –gozando de personalidad jurídica- “(...) por el sólo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley”.⁵ Esta versión de la libertad sindical, según César Toledo Corsi, “tiene una dimensión individual y colectiva, según sea el

⁴ SALA FRANCO, TOMAS. “Derecho Sindical”, Editorial Tirant lo Blanch, 1989, Valencia, España, P40.

⁵ CPR, art.19 n° 19 inc. 2°

titular un trabajador o un empleador individualmente considerado o una organización sindical”.⁶

Así, nuestro ordenamiento se ajusta a diversos tratados internacionales, los que han sido suscritos por Chile. El objetivo es que no se generen mayores interpretaciones al respecto, buscando claridad en el sentido y significado.

Otra manifestación de la libertad sindical que está recogida en nuestra Constitución es el derecho de afiliación sindical. Así, el inciso primero del mismo artículo asegura “El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria.”⁷ Nos encontramos ante un reconocimiento de nuestro ordenamiento. Aquí se deja en claro el derecho que tienen trabajadores, empleadores y sus respectivas organizaciones sindicales, a afiliarse a la, o las organizaciones que ellos deseen, sin que se pongan trabas al proceso. Esto implica que, de adherir a una organización el adherente, sea un trabajador o empleador, o una organización sindical, debe aceptar el estatuto de la misma y aportar en lo que corresponda. Este aporte correspondería principalmente a una contribución económica a través del pago de una cuota periódica, como obligación básica de todo afiliado.

⁶ TOLEDO CORSI, César, Tutela de la Libertad Sindical, p20.

⁷ CPR, art. 19 N° 19 inc. 1°

En ambas partes de su inciso primero, este artículo consagra lo que se conoce, respectivamente, como libertad sindical positiva y libertad sindical negativa. La libertad sindical positiva es aquel principio del derecho del trabajo según el cual los trabajadores son libres para constituir o afiliarse a algún sindicato. Por otro lado, la libertad sindical negativa es aquella según la cual los trabajadores son libres para desafiliarse o bien no afiliarse a algún sindicato.

Es importante tener presente al hablar de la libertad sindical que dentro del derecho a afiliarse está comprendido el derecho a permanecer afiliado. Es decir, si un empleado se encuentra afiliado a alguna organización sindical, no pueden ejercerse acciones que pretendan trabar este derecho de manera que pudiere resultar en su desafiliación forzada o que, de alguna manera, no fuere del todo voluntaria. Esto debemos entenderlo así pues, de lo contrario, el derecho de afiliación quedaría vacío, sin ninguna razón de ser, ya que el trabajador podría, eventualmente o incluso inmediatamente, ser desafiliado.

Para terminar con el artículo 19, éste en su inciso 3° consagra, o más bien reconoce la autonomía de las organizaciones sindicales. Señala que la ley deberá establecer los mecanismos necesarios para asegurar su autonomía. Pero a su vez limita esta autonomía exponiendo que las organizaciones sindicales

tienen prohibido participar en actividades político partidistas.⁸ Y, si nos adelantamos un poco, y consideramos al sindicato como un grupo intermedio, veremos que esta norma dice total armonía con el artículo 1° inciso 3° de la Constitución, el cual reconoce y garantiza la autonomía de los grupos intermedios, para cumplir sus propios fines específicos. De esta manera, el hecho de que la Constitución le prohíba a las organizaciones sindicales cualquier tipo de participación en actividades político partidistas, se explica y cobra total sentido en cuanto ellas no tienen fines políticos, sino la protección y promoción de los derechos y libertades laborales de sus socios.

Sin embargo, parte de la doctrina, como César Toledo Corsi, cree que el artículo 19 n°19 no contempla la libertad sindical de forma completa, sino que lo hace de forma fragmentada, limitada a la sindicación. Es más, si comparamos a nuestra Constitución con otras Cartas Fundamentales, podremos ver que efectivamente es restringida. Perú, por ejemplo, asegura en el mismo artículo (artículo 28) los derechos a sindicación, negociación colectiva y huelga.⁹ Estas tres figuras son parte integrante de la libertad sindical, que nuestra Constitución no considera en su artículo 19, generando la

⁸ “La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones. Las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político partidistas.”

⁹ Constitución de Perú en su artículo 28°, señala: “El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga...”

duda en cuanto a si todas ellas forman parte del derecho fundamental que nos convoca o si, por otro lado, sólo considera como derecho fundamental a la libertad sindical en cuanto a sindicación, y a la negociación colectiva y el derecho a huelga como derechos a parte. Esto, sin embargo, es refutado por parte de la doctrina, quienes creen que nuestra Constitución si consagra la libertad sindical íntegramente, pero mediante otras disposiciones. Así, la libertad sindical estaría consagrada en el derecho a Negociar Colectivamente y el derecho a Huelga, en su artículo 19 n° 16 inciso 5° y 6° respectivamente.

1.2.- La libertad sindical en los Tratados Internacionales ratificados por Chile.

En virtud del artículo 5° de nuestra Constitución, el Estado está obligado a respetar y promover todos aquellos derechos que emanan de la naturaleza humana y que se encuentran consagrados en la Constitución y en todos los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile.¹⁰ En este

¹⁰ Art. 5° inc. 2°, Constitución Política de la República: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

orden de cosas, tienen gran relevancia tres tratados internacionales: La Declaración Universal de los Derechos Humanos de la O.N.U. de 1948 (o DUDDHH); La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (o Pacto de San José de Costa Rica); y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (o PIDESC).

Como veremos, los tratados ratificados por Chile, hoy vigentes, completan el reconocimiento de la libertad sindical. Con ello, la tesis de que nuestra Constitución sólo la consagra de forma limitada es irrelevante, ya que como bien sabemos, estos tratados forman parte integrante de nuestro ordenamiento. Así, la libertad sindical en Chile es un derecho fundamental de forma íntegra, ya no sólo en cuanto a la sindicación.

De esta manera, el artículo 8.1 en su letra c, del PIDESC, reconoce el derecho a huelga de los sindicatos al señalar “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: (...) c) El derecho a huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.”¹¹

Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la O.N.U. de 1948 establece que “Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos

¹¹ Art. 8.1 c), Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales-.

y a sindicarse para la defensa de sus intereses,”¹² lo cual es replicado en parte por nuestra Constitución, en su artículo 19, como ya señalamos.

Sin embargo, es relevante poner atención a lo que señala el PIDESC, en cuanto a la restricción de este derecho en beneficio de la seguridad nacional o el orden público. En la segunda parte del artículo 8.1. a, permite establecer restricciones a los derechos de constituir sindicatos o afiliarse a ellos, cuando esto pueda llegar a vulnerar los derechos y libertades ajenas, o la seguridad u orden público de los estados democráticos. Para ejemplificar algún caso en que esto pudiere ocurrir, podemos atender a lo que declara el artículo 16 de la CADDHH, al establecer que es legítima la privación de la libertad de asociación (dentro de la cual se enmarca la asociación sindical), a los miembros de las fuerzas armadas o la policía. Señala dicho artículo:

“Artículo 16. Libertad de Asociación

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

¹²Convención Universal de los Derechos Humanos de 1948, art. 23, n° 4

2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.”¹³

Otro aspecto importante que consagra el PIDESC, en su artículo 8. 1. b, en el marco de la libertad sindical colectiva, es el reconocimiento que hace del derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones, tanto a nivel nacional como internacional, o bien, a afiliarse a ellas:

“Artículo 8

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas.”¹⁴

¹³ Convención Americana sobre los Derechos Humanos, art. 16

¹⁴ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 8.1 b)

De esta forma, tanto la libertad sindical individual como colectiva están tratadas en los pactos internacionales firmados y ratificados por Chile.

1.3.- La libertad sindical en la Organización Internacional del Trabajo.

Desde el año 1919 que el estado chileno es parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). De sus más de 60 convenios que Chile ha ratificado, 51 se encuentran vigentes actualmente. De ellos, hay tres que tienen especial importancia en materia de Libertad Sindical. Estos son el Convenio N° 87 y N° 98.

1.3.1.- Convenio N° 87 de la OIT.

Como señalamos al principio de este trabajo, la libertad sindical no sólo favorece a los trabajadores, sino también a los empleadores. Ambas partes están amparadas por esta libertad de asociación, que en materia laboral se traduce en la libertad sindical.

El artículo 2° del Convenio N° 87 dispone que: “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”.¹⁵ Confirma así el Convenio el reconocimiento de la libertad sindical tanto para trabajadores como para empleadores. Por lo tanto, entendiéndose como convenio ratificado y vigente en Chile, esta disposición tiene total validez en nuestro ordenamiento.

Por otro lado, el Convenio tiene, dentro de sus componentes, tres disposiciones que particularmente nos interesa relacionar y comparar a nuestras normas de origen nacional, y que además nos ayudan a determinar cuál es el alcance de la norma prevista en su artículo 2°.

En primer lugar, el artículo 8°, en sus números 1 y 2, impone a los trabajadores y empleadores la obligación de respetar la legalidad nacional al momento de crear o afiliarse a organizaciones sindicales, otorgando plena libertad mientras respeten dicha legalidad. Y en contrapartida, impone a la legalidad la prohibición de menoscabar las garantías previstas en el Convenio.

¹⁵ Artículo 2°, Convenio N° 87 OIT

En segundo lugar, el artículo 9° n° 1 dice que “La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio.”¹⁶

Por último, el artículo 11 obliga a todos los miembros de la OIT para quienes esté en vigor el Convenio, a adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias para garantizar a los trabajadores y empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación, al estipular lo siguiente: “Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación.”¹⁷

Entonces, el Convenio de la OIT dispone: respetar la legalidad propia de cada nación; dejar en manos de la legislación nacional la aplicación de la ley a las fuerzas armadas y la policía; y por último obliga a todos los miembros a adoptar las medidas pertinentes para garantizar el libre ejercicio de la sindicalización.

¹⁶ Art. 9 n°1, Convenio N° 87, Organización Internacional del Trabajo.

¹⁷ Art. 11, Convenio N° 87, Organización Internacional del Trabajo.

En comparación con la OIT, nuestro ordenamiento reproduce en el artículo 212 del Código del Trabajo, el artículo 11 de manera casi textual: “Reconócese a los trabajadores del sector privado y de las empresas del Estado, cualquiera sea su naturaleza jurídica, el derecho de constituir, sin autorización previa, las organizaciones sindicales que estimen convenientes, con la sola condición de sujetarse a la ley y a los estatutos de las mismas.”¹⁸ Reconoce tanto a los trabajadores del sector privado como a las empresas del estado el derecho a constituir organizaciones sindicales, con la obligación de sujetarse a la ley y a los estatutos de las mismas.

Es interesante hacer observaciones a estas disposiciones, en el sentido de que aparentemente podría existir una controversia entre nuestra normativa y el Convenio. Principalmente porque existen determinados grupos de trabajadores, como los funcionarios de la administración del Estado, o las Fuerzas Armadas, que no pueden formar sindicatos, en virtud de leyes especiales (D.L. N° 2.757) lo cual estaría en pugna con el artículo 2° del Convenio, que habla de trabajadores, sin distinción alguna.

Ahora bien, podría sostenerse que no existe una real controversia entre nuestro ordenamiento y el Convenio, puesto que a pesar de que dichos

¹⁸ Art. 212, Código del Trabajo.

funcionarios no pueden formar sindicatos conforme al Código del Trabajo, podrían hacerlo conforme al Código Civil, en cuanto este regula la creación de organizaciones sin fines de lucro.

1.3.2.- Convenio N° 98 de la OIT.

Es el llamado Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, el que en su artículo 5° concuerda con el Convenio N° 87, en cuanto a que sus disposiciones no tienen una aplicación obligatoria a las Fuerzas Armadas y policiales. Además, y siguiendo lo que tratamos con ocasión de este primer convenio, el Convenio 98 en su artículo 6° expresamente excluye la situación de los funcionarios públicos de la Administración de Estado, dentro de su alcance.¹⁹

La relevancia que tiene este Convenio en el ámbito de la libertad sindical, es que viene a establecer distintas normas que buscan evitar la comisión de prácticas antisindicales. El Convenio busca ser un escudo a la libertad sindical, apuntando a la no discriminación de los trabajadores con

¹⁹ Convenio N° 98 OIT, art. 6°: “El presente Convenio no trata la situación de los funcionarios al servicio del estado y no deberá interpretarse, en modo alguno, en menoscabo de sus derechos o de su estatuto.”

ocasión de esta misma. Así, el artículo 1° señala “Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo”.²⁰

Misma línea sigue el artículo 2°, al ordenar a los Estados miembros a crear las medidas y mecanismos que sean necesarios para proteger a las organizaciones sindicales de cualquier tipo de injerencia que pudiese ocurrir entre ellas mismas, sea en su “constitución, funcionamiento o administración”.²¹ El mismo Convenio nos entrega el concepto de Actos de injerencia, al señalar en su artículo 2° n° 2°: “Se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores.”²²

Así, tanto el artículo 1° y 2° del convenio establecen el principio de la no discriminación por motivos sindicales, cuestión que es plenamente

²⁰ Convenio N° 98 OIT, art. 1°

²¹ Convenio N° 98 OIT, art. 2° n° 1°

²² Convenio N° 98 OIT, art. 2° N° 2°

recogida por nuestro ordenamiento en el Código del Trabajo. Especialmente en sus disposiciones relativas a las sanciones a las prácticas antisindicales o desleales, y a las sanciones a las prácticas desleales en la negociación colectiva.

Podemos concluir entonces, que tanto el Convenio N° 87 como el Convenio n° 98 de la OIT consagran, desde distintos lugares, la importancia que tiene la libertad sindical en cuanto a derecho fundamental. El primero ampara la libertad sindical como un derecho fundamental, lo establece en su esencia. Mientras que el Convenio N° 98 viene en complementarlo, en el sentido de garantizar que este derecho no se vea afectado por la discriminación arbitraria o por actos de injerencia injustos.

1.4.- Jurisprudencia

Nuestros órganos jurisdiccionales han reconocido la libertad sindical como un derecho en nuestro ordenamiento de categoría constitucional. Aún más, dejan en claro el carácter de derecho fundamental que posee, y aplican también los tratados y convenios que han sido ratificados por nuestro país,

como son los Convenios ya analizados, N° 87, 98 y también el N° 135, todos de la OIT.

Así, podemos citar a modo ejemplar, el fallo dictado por doña Ximena Cárcamo Zamora, Jueza Titular del Juzgado Laboral de Valparaíso, RIT S-15-2009, en el cual dictó: “Que, la libertad sindical está consagrada en la Constitución Política de la República y regulada en el Código del Trabajo y en los Convenios Básicos de Libertad Sindical 87, 98 y 135 de la Organización Internacional del Trabajo, formando éstos parte del derecho interno al haberse ratificado conforme al ordenamiento constitucional y a las normas contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece los mecanismos de tutela cuando se trate de actos que perturben el ejercicio de los derechos de libertad sindical.”²³

Por otro lado, y adelantándonos al problema que abordaremos más adelante, nuestros tribunales han resuelto que el despido de un dirigente sindical, o bien de algún otro trabajador aforado, en que el empleador haya obtenido autorización judicial para desaforarlo, no se traduce en una práctica antisindical. Es importante tener presente que justamente uno de los objetivos del fuero sindical es proteger al empleado sujeto a fuero, del despido (entre

²³ Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, causa Rit S-15-2009,

otras medidas que pueden aplicársele). Pero, obviamente, el fuero no puede ser ilimitado, ya que ello implicaría dejar al trabajador con una libertad absoluta dentro del campo laboral, y sin ninguna protección para el empleador.

Por ello es que el legislador permite al empleador solicitar a los tribunales de justicia correspondientes el desafuero laboral. Es decir, si es que existen razones suficientes, el juez puede otorgar al empleador una autorización, mediante sentencia, para que despida a algún trabajador que esté amparado por fuero laboral.

De esta forma lo entendió la Corte de Apelaciones de Valparaíso, conociendo de un recurso de nulidad interpuesto contra una sentencia de primera instancia en que se discutía la legalidad del despido de un dirigente sindical sin autorización judicial previa, al señalar: “Que en este estado, se dirá que la exoneración de un trabajador aforado **sin la autorización pertinente** constituye una conducta ilícita, en tanto vulnera el fuero, cuya infracción de dicha exigencia constituye la concreción de tutela jurisdiccional efectiva de la libertad sindical.”²⁴

²⁴ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 17 de noviembre de 2009, Rol N° 480-2009.

En relación a esta materia, la Corte Suprema conociendo de un recurso de unificación de jurisprudencia resolvió que, en el caso de que se despida a un trabajador que se encuentre amparado por el fuero del artículo 221 inciso tercero del Código del Trabajo, pero del cual el empleador no haya tenido conocimiento por no habersele comunicado oportunamente, no requerirá de autorización judicial para efectuarlo. Así lo estableció al señalar “Que habiéndose establecido que a la época del despido la empleadora desconocía que los trabajadores (...) se encontraban protegidos por el fuero que contempla el artículo 221 inciso tercero del Código del Trabajo, debido a la ausencia de la comunicación exigida por la ley como requisito esencial para hacer efectivo el privilegio de que se trata, dicho fuero resulta inoponible a la demandada.”²⁵

Por último, y en relación a la misma materia, la Corte Suprema conociendo de un recurso de casación en el fondo, señaló en su sentencia que para que el fuero sindical de un trabajador le sea oponible al empleador, se le debe comunicar oportunamente el goce de dicho fuero, de tal manera que el despido “(...) sin que el fuero del trabajador le fuera comunicado en tiempo y forma por parte del directorio del sindicato interempresa, (este) le resulta inoponible, lo que se traduce en que para la validez del despido no le es (era)

²⁵ Corte Suprema, 30 de enero de 2013, Rol N° 6.611-2012.

exigible la autorización judicial previa a que se refiere el artículo 174 del Código del Trabajo (...)"²⁶

Por lo tanto, es dable concluir que nuestros tribunales superiores tienden a considerar como una condición suspensiva de la protección que otorga el fuero sindical del artículo 221 del Código del Trabajo, la comunicación oportuna y en forma al empleador, del hecho que origina dicho fuero, de manera tal que no podrá invalidarse un despido efectuado sin la autorización judicial que ordena el artículo 174 del mismo cuerpo legal, si no se ha efectuado válidamente dicha comunicación.

²⁶ Corte Suprema, 6 de septiembre de 2012, Rol N° 11.552-2011.

CAPÍTULO SEGUNDO:

EL FUERO SINDICAL EN CHILE.

A partir de lo que ya hemos expuesto, podemos afirmar que a nivel nacional, nuestro ordenamiento contempla la libertad sindical como un derecho base de los trabajadores, entendiendo ésta como aquel principio del derecho laboral en virtud del cual los trabajadores pueden, de forma colectiva, constituir sindicatos y promover la sindicalización o actividad sindical; y de forma individual, permitir al trabajador adherirse o no a un sindicato o tomar cargos en el mismo, entre otras posibilidades.

Ahora bien, el objetivo del sindicato es la promoción y protección de los derechos de los trabajadores tanto individuales como colectivos, la negociación con el empleador y la relación con organismos públicos, entre otras. Y para proteger esta libertad sindical, existe el fuero sindical, mecanismo que busca evitar que el empleador pueda tomar medidas atentatorias a la sindicalización, como por ejemplo, despedir a un trabajador por haber participado de la constitución de un sindicato.

Dentro de esta institución del fuero sindical, existen distintos tipos de fuero. Así, tenemos el fuero que protege a todos aquellos trabajadores que concurrieron a la constitución del sindicato o el fuero que protege a los representantes sindicales.

2.1.- Concepto de Fuero Sindical.

El objetivo de este derecho es, principalmente, impedir que en su vigencia el empleador ponga término al vínculo contractual entre la empresa y el trabajador aforado. De esta idea, entonces, podemos concluir a primeras luces que mediante el fuero sindical el legislador lo que busca es proteger a los trabajadores aforados del despido.

Desde un punto de vista más amplio, el fuero sindical es un mecanismo de protección de la libertad sindical. A través de él se busca lograr una real libertad de los trabajadores al ejercer los derechos sindicales que les corresponden según nuestro ordenamiento, de manera tal que no exista la posibilidad de represalias por parte del empleador.

Para César Toledo Corsi, el fuero sindical “es la protección que brinda el legislador principalmente a ciertos representantes sindicales y a aquellos trabajadores que, no siéndolo, realizan específicas actividades dispuestas por la ley vinculadas al ejercicio de la libertad sindical, que se materializa en concretas limitaciones a las facultades del empleador, sea por no poder despedir a tales trabajadores sin previa autorización judicial, y por las taxativas causales que fija la ley, sea en materia de *ius variandi* o en lo relativo a la obligatoria tolerancia de los permisos sindicales de los dirigentes sindicales.”²⁷

El fuero sindical es una figura jurídica que sigue reglas objetivas. La protección se configura por el sólo hecho de verificarse determinadas condiciones fácticas. Así, no es necesario llevar a cabo ninguna acción por parte de los beneficiarios del fuero, sino sólo tener la calidad de sujeto protegido por la norma que concede el fuero y que exista efectivamente la conducta del empleador, prohibida por el legislador, que por lo general corresponde al despido.

De esta manera se fortalece la protección de los trabajadores beneficiarios, ya que por el sólo hecho de verificarse dichas reglas pasan a

²⁷ TOLEDO CORSI, César, “Tutela de la Libertad sindical”, p57.

estar protegidos por el fuero, sin tener que demostrar nada más que su concurrencia. Y esta condición está limitada sólo a la calidad que ostentan (por ejemplo, director sindical) o al hecho de participar en una determinada actividad sindical (como la asamblea constitutiva de un sindicato).

Pero, ¿Por qué se crea el fuero sindical? ¿Cuál es el motivo por el cual el legislador otorga esta protección? Existen normas internacionales, como el ya analizado Convenio 98 de la OIT, que obliga a los países a otorgar a los trabajadores una adecuada protección a la libertad sindical, en contra de cualquier acto discriminatorio o que pudiere menoscabarla en relación a su empleo.

El fuero sindical impide que el empleador persiga a los trabajadores como consecuencia de sindicalizarse, o de ejercer alguna otra de las manifestaciones de la libertad sindical. Es por eso que el artículo 174 de nuestro Código del Trabajo obliga al empleador a obtener una autorización judicial para despedir a un trabajador aforado, y sólo por las causales que taxativamente ha establecido, las cuales son señaladas en los números 4 y 5 del artículo 159 y las del artículo 160 del mismo cuerpo legal.

De esta manera, el fuero sindical no es absoluto, sino que el legislador permite al empleador poner fin al vínculo contractual con el trabajador sujeto

a fuero, aunque de forma restringida y siendo cercanamente vigilado. Si no se cumple con los requisitos necesarios para desaforar y desvincular a un trabajador sujeto a fuero, dicho despido es nulo y el trabajador debe ser inmediatamente reincorporado a la empresa. Además, debe considerarse el derecho al pago íntegro de las remuneraciones y beneficios, debidamente reajustados y con el interés correspondiente, si es que la separación se hizo sin derecho a remuneración.

Sin embargo, y en contrapartida a esta situación tan beneficiosa para la protección de la libertad sindical, el mismo mecanismo puede ser utilizado por los trabajadores para esquivar el despido. Por ejemplo, constituyendo un sindicato con el sólo objetivo de obtener el fuero sindical que les otorga el artículo 221 del Código del Trabajo, vulnerando los derechos del empleador y, peor aún, haciendo un uso abusivo del derecho, desconociendo completamente el verdadero objetivo del fuero. Esta situación es bastante grave, ya que atenta contra el real objetivo del fuero sindical, la protección de la libertad sindical.

2.2.- Finalidad del fuero sindical.

Ya hemos visto cómo la libertad sindical juega un rol preponderante en nuestro ordenamiento. Le da carácter de derecho fundamental y además, integra y mantiene vigente distintos tratados y normas internacionales que la consagran y regulan.

Pero la libertad sindical puede encontrarse con variadas situaciones que, de no existir alguna garantía que la proteja, llevarían a su vulneración. No olvidemos que esta libertad sindical significa, en su ejercicio, una limitación a las facultades del empleador, al tiempo que, de llevar a cabo ciertas conductas, este puede ser juzgado y condenado judicialmente.

Para proteger entonces la libertad sindical, se crea el fuero sindical. En el caso que el empleador desee despedir a un trabajador que se encuentra protegido por el fuero sindical, sea por ser director sindical o bien porque está vigente el fuero por constitución del sindicato, u otro tipo de fuero sindical, debe solicitar al tribunal correspondiente la autorización para hacerlo. Así lo ordena el Código del Trabajo en su artículo 174, como ya vimos.²⁸ Pero no lo deja sólo al arbitrio del juez, sino que limita esta facultad sólo a determinadas causales. De esta manera, sólo podrá autorizar el despido del trabajador sujeto

²⁸ Código del Trabajo, art. 174: " En el caso de los trabajadores sujetos a fuero laboral, el empleador no podrá poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente, quién podrá concederla en los casos de las causales señaladas en los números 4 y 5 del artículo 159 y en las del artículo 160."

a fuero: si es que ha vencido el plazo del contrato de trabajo (evidentemente, cuando se trate de un contrato a plazo fijo), haya concluido el trabajo o servicio que dio origen al contrato (esto es, cuando se ha contratado para un trabajo o servicio determinado), o bien, cuando concurra alguna de las causales de caducidad que establece el artículo 160 del mismo cuerpo legal, como sería el abandono del trabajo, o alguna conducta de acoso laboral, por ejemplo.

Por otro lado, en el caso del *ius variandi*, el empleador no puede alterar la naturaleza de los servicios que presta un trabajador aforado, salvo que exista fuerza mayor o caso fortuito. En particular, lo que limita aquí es el ejercicio de las facultades que le otorga el artículo 12 del Código del Trabajo. Esto mismo respecto a los directores sindicales, será así durante el lapso de tiempo en el que se encuentran amparados por el fuero sindical, que es desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado en el cargo, con ciertas restricciones que pasaremos a analizar más adelante.

Parte de la doctrina considera que el fuero sindical, para que sea efectivo en su finalidad protectora, debe tener ciertas características copulativas:

- a) General. Es decir, tiene que comprender todas las actividades sindicales;
- b) Amplio. Tiene que proteger tanto a los directores sindicales, como a los afiliados al sindicato;
- c) Completo. No basta con que tutele sólo aquellas actuaciones que signifiquen una alteración de la naturaleza de los servicios prestados, y las que impliquen la desvinculación del trabajador, sino que debe comprender todos los actos que causen algún tipo de perjuicio a la libertad sindical;
- d) Perfecto. Es decir, debe permitir la mantención y vigencia real del contrato de trabajo del trabajador que se ha visto afectado en el ejercicio de la libertad sindical, estableciendo para ello, de ser necesario, que se le reintegre a sus funciones en caso de despido.

2.3.- Tipos de fuero

En materia de fuero sindical, existen distintos tipos de fuero, según quién sea el individuo protegido. Así, por ejemplo, existe un fuero sindical que es general para todos aquellos trabajadores que hayan concurrido a la

constitución del fuero, y otro de carácter específico, que protege a al o los directores sindicales.

En general, podemos enumerar los aspectos entorno a los cuales se constituye en nuestra legislación laboral, un fuero sindical.

- Durante la constitución de la organización sindical;
- Periodo de candidatura a dirigente sindical;
- Periodo de funcionamiento de los directores;
- Periodo de seis meses posteriores al termino de funciones del director sindical, siempre y cuando no haya ocurrido este por las causales que señala la ley y que le niegan este goce;
- Delegado sindical y;
- Cambio de la naturaleza del servicio o trabajo.

2.3.1.- Fuero de los constituyentes de una organización sindical.

Hasta el año 2001, en nuestro país era común ver en nuestras prácticas empresariales, la circulación de las llamadas listas negras. En estas los empleadores ponían los nombre de aquellos trabajadores de los que se

presumía tenían la intención de afiliarse a alguna organización sindical, haciéndoles entender que en caso de que efectivamente se afiliaran a una, serían despedidos. Esto era un claro ejemplo de una práctica antisindical que estaba generando problemas grandes a la libertad sindical de nuestros trabajadores, que se vino a solucionar a través de la creación de un fuero sindical constitutivo, mediante la ley número 19.759 de 2001, la cual extendió el fuero sindical del artículo 243 del Código del Trabajo, a los trabajadores que participaren de una asamblea constitutiva sindical, otorgándoles protección desde los 10 días anteriores a la celebración de esta asamblea. Esta reforma vino en contrarrestar la práctica de las listas negras, pero generó nuevos abusos, ahora por parte de los trabajadores, con su correlativa manipulación de los reales objetivos del sindicato, tal como lo analizaremos más adelante en este trabajo.

Nuestro Código del Trabajo consagra y regula este fuero, en su artículo 221, en sus incisos 3°, 4° y 5°, a saber:

“Los trabajadores que concurran a la constitución de un sindicato de empresa, de establecimiento de empresa o de un sindicato interempresa, gozan de fuero laboral desde los diez días anteriores a la celebración de la respectiva

asamblea constitutiva y hasta treinta días de realizada. Este fuero no podrá exceder de 40 días.

Los trabajadores que constituyan un sindicato de trabajadores transitorios o eventuales, gozan del fuero a que se refiere el inciso anterior, hasta el día siguiente de la asamblea constitutiva y se les aplicará a su respecto, lo dispuesto en el inciso final del artículo 243. Este fuero no excederá de 15 días.

Se aplicará a lo establecido en los dos incisos precedentes, lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 238.”²⁹

Con esto, el legislador otorga a todos aquellos trabajadores que concurren a la constitución de alguna de las organizaciones sindicales que señala, el fuero del artículo 174.

Lo relevante de este precepto en torno al tema que nos convoca, es que instaura lo que se conoce en doctrina como *fuero retroactivo*, y que ha ido generando, sobre todo en los últimos años, un foco de discusión tanto en doctrina como en nuestros tribunales.

²⁹ Código del Trabajo, art. 221, inc. 3°, 4° y 5°.

Adelantándonos en nuestra argumentación, cabe tener presente con respecto a este asunto, que el trámite constitutivo de las organizaciones sindicales que regula este precepto consiste en una asamblea, que debe cumplir con un quorum mínimo de asistentes y debe celebrarse ante un ministro de fe. El depósito que debe hacerse con posterioridad le da a la organización el carácter de persona jurídica, más no es requisito esencial (a pesar de que se discute) para la validez de su constitución, que se le informe al empleador que se celebrará esta asamblea.

De esta manera se genera un problema no menor para el empleador: existe un periodo de diez días, que son los diez días anteriores a la celebración de la asamblea constitutiva, dentro del cual puede ocurrir que se desvincule a un trabajador y posteriormente, aún dentro de estos diez días, este mismo trabajador concurra a la celebración de una asamblea constitutiva, estando entonces amparado, de forma retroactiva, por el fuero sindical. El empleador ha incurrido entonces, de forma totalmente involuntaria, en una práctica antisindical. Y el gran problema que se le presenta al empleador aquí es que para poder mantener la validez del despido y evitar que se le condene por haber cometido aquella práctica, deberá demostrar que existió una intención

fraudulenta en la constitución del sindicato, algo que en la práctica ha demostrado ser muy difícil.

Ahora bien, respecto de los trabajadores que constituyen un sindicato de trabajadores transitorios o eventuales, el fuero que les otorga este artículo es de un tiempo inferior. Esto se explica justamente porque todos los trabajadores que han concurrido a su constitución tienen un contrato de trabajo que está sujeto a un plazo previamente fijado, o bien para la sola realización de un servicio particular, por lo que eventualmente todos ellos quedarán desvinculados de la empresa. Es por esto que además, una vez que caduque la vigencia del contrato de trabajo de dichos trabajadores, dentro de los plazos indicados en el inciso 4°, el empleador no tiene la obligación de solicitar su desafuero. Es decir, el desafuero se produce *ipso facto*, de pleno derecho, por el sólo hecho de caducar el contrato.

El objetivo del fuero que otorga el artículo 221 a los constituyentes de la organización sindical es el de fomentar la actividad sindical, otorgando una protección real a los trabajadores, fijándose este periodo dentro del cual no pueden ser despedidos. Esto busca evitar que el empleador tome repercusiones en contra de los trabajadores que constituyen un sindicato. Por lo demás, ambos periodos, tanto el inmediatamente anterior y posterior, son periodos

críticos para el ejercicio de este aspecto de la libertad sindical, y que de no aplicarse la debida protección, el empleador podría tomar medidas atentatorias a este derecho si no existiera el fuero.

2.3.1.1.- Asamblea celebrada en votaciones parciales.

Puede ocurrir que la asamblea constitutiva no logre llevarse a cabo en un solo acto, puesto que por circunstancias fácticas los trabajadores se podrán ver impedidos de manifestar su voluntad en un mismo día. Ya sea porque en la empresa existe un sistema de turnos, o porque los trabajadores realizan labores en terreno, o por otras razones, algunos trabajadores podrían encontrarse impedidos de votar, pese a haber participado en algún momento de la asamblea. En razón de esto, puede ocurrir que las votaciones se realicen de forma parcial, en diferentes días. Sin embargo, esto no implica que se falte al requisito de simultaneidad a que alude el artículo 246 del Código del Trabajo.³⁰ El acto constitutivo sigue siendo uno, pese a celebrarse de forma

³⁰ Código del Trabajo, art. 246: "Todas las elecciones de directorio, votaciones de censura y escrutinios de los mismos, deberán realizarse de manera simultánea en la forma que determinen los estatutos. Si éstos nada dicen, se estará a las normas que determine la Dirección del Trabajo."

parcelada. Es más, el mismo artículo entrega en primer término, a los estatutos de la organización, la forma en que se realizarán las elecciones de directorio, votaciones de censura y escrutinios, de manera que sólo en el caso de que ellos nada digan, lo resolverá la ley.

El legislador comprendió las dificultades de hecho con que se pueden encontrar los trabajadores en esta materia. Así, se le entrega a la organización sindical la primera palabra al momento de decidir cómo proceder en estos asuntos de tanta importancia para su funcionamiento.

A primera vista, esto puede generar conflictos entre trabajadores y empleadores en relación al inicio del fuero que, con motivo de la participación en la asamblea constitutiva les protege. ¿Comienza a correr desde que vota el último?, ¿o desde el primer día? ¿El fuero es individual o común?

Para Daniel Nadal Serri, haciendo referencia al Ordinario N° 4.777/221, de 14 de diciembre de 2001, la Dirección del Trabajo concluye que el fuero sindical “comienza a correr desde diez días antes del día en que los constituyentes llevan a efecto la primera votación dirigida a constituir la organización sindical de que se trate, aun cuando esta se lleve a efecto mediante la realización de varias reuniones o asambleas porque medie alguna de las causales señaladas en los párrafos anteriores, y hasta treinta días

después de realizado el último acto de votación destinado a constituir la organización respectiva, con un máximo de cuarenta días, contados desde que se inició el fuero de diez días previos a la primera asamblea parcial.”³¹

Con esto resuelve uno de los posibles puntos de conflicto entre trabajadores y empleadores, señalando que el fuero comienza desde diez días antes del primer día de celebración de la asamblea y hasta el día número treinta contado hacia adelante desde el último día del acto constitutivo. Pero siempre teniendo presente que este fuero tiene como máximo un plazo de cuarenta días, como claramente lo indica el artículo 221 del Código del Trabajo, al señalar en su inciso tercero, lo siguiente: “Los trabajadores que concurren a la constitución de un sindicato de empresa, de establecimiento de empresa o de un sindicato interempresa, gozan de fuero laboral desde los diez días anteriores a la celebración de la respectiva asamblea constitutiva y hasta treinta días de realizada. Este fuero no podrá exceder de 40 días.”³² Es decir, si por alguna razón el acto constitutivo llegase a tomar más de treinta días, el fuero que protege a los trabajadores no los ampararía hasta su finalización.

Por otro lado, según el mismo autor, haciendo referencia al mismo dictamen, la Dirección del Trabajo considera que, al ser el acto constitutivo un

³¹ NADAL SERRI, Daniel, Consultor Práctico: Laboral y Seguridad Social, p12.

³² Código del Trabajo, art. 221 inc. 3°

acto de carácter colectivo, por tratar en él la constitución de una organización sindical, sería lógico concluir que el fuero es común para todos los trabajadores que participan en dicha constitución, resolviendo así nuestra segunda interrogante en esta materia.³³

2.3.2.- Fuero de los candidatos a director sindical.

Existen dos tipos de directorio, o más bien, de ocasiones en que deben hacerse votaciones para elegir directorio. Está el primer directorio, que es aquel que se elige en la asamblea constitutiva. Y existe también el directorio que se elige con posterioridad, en cualquier momento en que sea necesario.

2.3.2.1.- Candidatos a primer directorio

La asamblea constituyente de las organizaciones sindicales a la que nos hemos referido, no sólo tiene por objetivo la obvia constitución de la

³³ NADAL SERRI, Daniel, Consultor Práctico: Laboral y Seguridad Social, p12.

organización, sino que en ella también se aprueban sus estatutos y se elige a su directorio (primer directorio).

En el caso del primer directorio –y que se elige en la asamblea constitutiva-, todos aquellos trabajadores que concurren y que reúnan los requisitos para ser director sindical, (los requisitos que fijen los estatutos; y no tener cargos directivos superiores, regionales o nacionales, de algún partido político³⁴), gozarán del fuero sindical que ampara a todos los trabajadores que concurren a dicha asamblea. Esto quiere decir que todos aquellos trabajadores que concurren a la asamblea constituyente y que cumplan con los requisitos para ser director sindical, no quedan amparados por otro fuero más que por el del artículo 221 del Código del Trabajo, que tratamos anteriormente.

2.3.2.2.- Elecciones posteriores de directorio.

En este caso, el legislador optó por establecer un fuero especial para los candidatos a director de un sindicato ya constituido. Este fuero es el mismo

³⁴ Constitución Política de la República, art. 23 inc. 1º: “... Son incompatibles los cargos directivos superiores de las organizaciones gremiales con los cargos directivos superiores, nacionales y regionales, de los partidos políticos.”

tanto si la elección de directorio es de carácter parcial (parte del directorio) o total (de todo el directorio).

El artículo 238 del Código del Trabajo otorga un fuero especial a los trabajadores que presenten su candidatura a director sindical, se trate tanto de un sindicato de empresa, de establecimiento de empresa o interempresa, o bien de un sindicato de trabajadores transitorios o eventuales; siempre y cuando dicha candidatura se haga conforme a los estatutos, o subsidiariamente según las reglas que establece el artículo 237 del mismo cuerpo legal.

Dichos trabajadores gozarán de un fuero sindical no superior a 15 días, comenzando el día en que el directorio en ejercicio comunique por escrito al empleador o empleadores y a la Inspección del Trabajo que corresponda, la fecha en que deba de realizarse la elección respectiva y finalizando en la celebración de esta.

Señala el mismo artículo que dicha comunicación debe hacerse con una anticipación máxima de quince días al momento en que se efectúe la elección, y que si la elección se posterga por alguna razón, el fuero de todas maneras finalizará el día en que esta debió hacerse. Así, es lógico concluir que el fuero del que gozan los candidatos a director sindical tiene una duración máxima de 15 días.

2.3.2.3.- Limitación especial del fuero pre-electoral.

Es importante tener presente que el artículo 221, en su inciso final, aplica tanto a los trabajadores que constituyan un sindicato de empresa, de establecimiento de empresa, o interempresa, y a aquellos que constituyan un sindicato de trabajadores transitorios o eventuales, el inciso tercero del artículo 238³⁵, en el cual el legislador laboral ha limitado el goce del fuero sindical de los trabajadores de una misma empresa, a un máximo de dos veces por año. Es decir, cada trabajador sólo puede gozar de fuero sindical pre-electoral un máximo de dos veces en un mismo año calendario.

Lo anterior es importante si consideramos que en un mismo año puede haber varias instancias de elección de directorio, pudiendo por lo mismo un trabajador cumplir, en más de dos ocasiones, con las circunstancias de hecho que lo hacen ampararse de fuero sindical. Así, por ejemplo, puede ocurrir que un trabajador concurra a la constitución de un sindicato de empresa, amparándose por el fuero del artículo 221 inc. 3°, y luego postularse a

³⁵ Código del Trabajo, art. 238 inc. 3°: "En una misma empresa, los trabajadores podrán gozar el fuero a que se refiere este artículo, sólo dos veces durante cada año calendario."

director, en una elección posterior a la del primer directorio. De esta manera, si llegase a postularse una segunda vez dentro del mismo año, en virtud del artículo 238 inciso 3°, no gozaría de este fuero “pre-electoral” por una tercera vez.

2.3.3.- Fuero de los directores sindicales.

Nuevamente debemos distinguir entre el primer directorio y el directorio en ejercicio.

2.3.3.1.- Fuero sindical del primer directorio.

En este caso, el artículo 224 del Código del Trabajo otorga fuero sindical a sus miembros desde el momento en que se realice la asamblea constitutiva, pero con el reparo de que, si no se efectúa el depósito del acta constitutiva como lo prescribe el artículo 222 del mismo cuerpo legal, dicho fuero cesará.

El fuero del que goza el directorio sindical es el que señala el artículo 243 del Código del Trabajo. Los directores sindicales del primer sindicato gozarán entonces de fuero sindical desde el día en que se celebre la asamblea constitutiva y hasta seis meses desde el día que cese en su ejercicio. Sin embargo, no necesariamente todos los miembros del directorio podrán gozar de este fuero, y de los permisos y licencias establecidos en los artículos 249, 250 y 251, sino sólo aquellos que obtuvieron las más altas mayorías, si es que el número de directores que establecen los estatutos es mayor al número de directores a los que la ley otorga dichos beneficios. “El fuero sindical se aplicará a las primeras mayorías, a quienes deberán ser asignados los cargos directivos.”³⁶

Cabe entonces tener presente cuál es el número de directores que, según la ley, estarían amparados por estos beneficios:

- Sindicato que afilie entre veinticinco (25) y doscientos cuarenta y nueve trabajadores (249): Tres directores gozan de fuero;
- Sindicato que afilie entre doscientos cincuenta (250) y novecientos noventa y nueve trabajadores (999): Cinco directores gozan de fuero;

³⁶ HUMERES NOGUER, HÉCTOR. “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, Tomo II, P47.

- Sindicato que afilie entre mil (1000) y dos mil novecientos noventa y nueve trabajadores (2999): Siete directores gozan de fuero;
- Sindicato que afilie tres mil (3000) o más trabajadores: Nueve directores gozan de fuero.
- Sindicato que afilie tres mil (3000) o más trabajadores, y tenga presencia en dos o más regiones: Once directores gozarán de fuero.

Dentro de todos los directores, sólo aquellos que hayan obtenido las más altas mayorías, hasta alcanzar este número, gozarán de fuero. Esto implica una limitación que ha establecido nuestra normativa laboral, en relación a la libertad de las organizaciones sindicales de fijar el número de directores que compondrán su directorio. Por esto toma especial sentido el hecho de que el directorio deba comunicar al empleador, cuales son los directores que gozarán de fuero. Para William Thayer: ³⁷“...cabe destacar que esta disposición es una clara manifestación del principio de buena fe en el desarrollo de las relaciones colectivas del trabajo y cumple un importante rol al asegurarle a la empresa el conocimiento sobre la constitución de un sindicato y de los trabajadores amparados por el fuero, con lo cual el empleador sabrá de antemano a qué atenerse, por ejemplo, al momento de decidir un despido, o bien, para evitar

³⁷ THAYER ARTEGA, WILLIAM. Texto, comentario y jurisprudencia del Código del Trabajo, Ediciones UC, 2002. P472.

incurrir en alguna practica antisindical.” De esta manera, se evita el uso fraudulento del fuero de los directores, y se mantienen las buenas relaciones que deben existir entre los sindicatos y los empleadores, atendido el espíritu de la ley en esta materia.

Con respecto a esta materia, la Dirección del Trabajo concluye que el número de trabajadores afiliados a la organización sindical, que determina el número de directores que gozarán del fuero que consagra el artículo 243, conforme al inciso 3° del artículo 235 del Código del trabajo, y de los permisos y licencias que a su vez señalan los artículos 249, 250 y 251 del mismo Código, es el que existía a la fecha de elección del directorio, independiente de si con posterioridad dicho número aumentó o disminuyó. Esta conclusión guarda relación con un criterio de certeza jurídica, teniendo presente tanto a los trabajadores como a la empresa respectiva. Sin embargo, este hecho podrá regularizarse siempre que exista una nueva elección, total o parcial, del directorio sindical.³⁸

2.3.3.2.- Fuero de los candidatos a director sindical.

³⁸ Dirección del Trabajo, Ordinario N° 3.359/0099, 20.08.2003.

Cuando uno o más de los directores en ejercicio cesan en su cargo, corresponde hacer elecciones para nombrar a él o los reemplazantes. Los nuevos directores gozarán de fuero sindical desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado en su cargo. Es decir, la única diferencia en cuanto al fuero sindical que ampara al primer directorio y a los directores electos para reemplazar a otros que cesan en su cargo, es la época en que este comienza. Así, el fuero del primer directorio comienza cuando se realiza la asamblea constitutiva, mientras que el de los directores elegidos posteriormente se inicia desde que estos son electos, momento que tiene lugar cuando ya existe un directorio en ejercicio.

2.3.4.- Fuero complementario de los directores sindicales.

Como ya veíamos, tanto si es el primer directorio o uno nuevo, ambos gozan de fuero sindical desde que son electos, y hasta seis meses después que cesan en el cargo. Este último es el que se conoce como fuero complementario, y tiene por objeto proteger a aquellos trabajadores que

fueron directores sindicales, y que una vez haya terminado su periodo, el empleador no pueda despedirlos por un tiempo de 6 meses.

Sin embargo, el artículo 243 del Código del Trabajo, establece de forma taxativa tres hipótesis frente a las cuales dicho fuero complementario de seis meses no tiene lugar:

- Censura de la asamblea sindical;
- Sanción aplicada por el tribunal competente en cuya virtud deba hacer abandono del mismo; y
- Término de la empresa.

De esta manera, el director electo goza de fuero sindical desde el día mismo de su elección, y hasta seis meses después del cese de su cargo, y por lo mismo, dentro de este periodo el empleador no podrá poner término a su contrato de trabajo, salvo que obtenga autorización judicial y dicha autorización proceda por que ha tenido lugar alguna de las causales que taxativamente señala la ley.

Ahora bien, y conforme al inciso 6° del artículo 243, esta regla encuentra una excepción al tratarse de directores de sindicatos de trabajadores eventuales o transitorios, cuyos contratos de trabajo sean a plazo fijo o por

obra o servicio determinado, puesto que estos estarán amparados por el fuero sólo mientras se encuentre vigente su contrato de trabajo. De esta manera, al término de dicho contrato, no es necesario que el empleador solicite el desafuero de este trabajador para desvincularlo de la empresa.

Pero, ¿qué ocurre con aquel trabajador que pierde la mayoría relativa en la elección, pero que de todas maneras alcanza el cargo de director sindical?

Frente a esta interrogante, la Dirección del Trabajo, analizando la norma, ha concluido que esta misma señala de forma taxativa los casos en que el fuero complementario de seis meses no tendría lugar, y que dentro de estos no se encuentra el caso del director que pierde la mayoría relativa en las elecciones, por lo que sí se encuentra amparado por este fuero.³⁹

2.3.5.- Fuero del Delegado Sindical.

Tal como lo establece el artículo 229 del Código del Trabajo, el delegado sindical es aquel trabajador elegido por los trabajadores de una empresa que estén afiliados a un sindicato interempresa o de trabajadores

³⁹ Dirección del Trabajo, Ordinario N° 4.777/221, 14 de diciembre de 2001.

eventuales o transitorios, siempre y cuando estos sean ocho o más y que no se hubiere elegido a uno de ellos como director del sindicato respectivo, para que los represente ante la organización sindical. En el caso de que sean veinticinco o más trabajadores, elegirán tres delegados sindicales. Y en el caso de que, siendo veinticinco o más trabajadores, y hubiere sido escogido director sindical dos u no de ellos, podrán escoger, respectivamente, uno o dos delegados sindicales. En este caso, el delegado sindical goza de fuero desde su elección y hasta seis meses después de haber cesado en el cargo.

2.3.6.- Fuero sindical ante cambio de funciones o lugar de trabajo.

Ya vimos que los directores sindicales gozan del fuero sindical que señala el artículo 243 del Código del Trabajo, cuando concurren las condiciones que el mismo Código plantea, por lo que desde el día en que son electos y hasta seis meses después de haber cesado en su cargo, no puede el empleador poner término a su contrato de trabajo.

Ahora bien, el artículo 243, mediante el fuero sindical con que ampara a los directores sindicales, no sólo los protege del despido, sino también, del *ius variandi* o del cambio de funciones y lugar de trabajo.

Los incisos 1° y 2° del artículo 243 del Código del Trabajo disponen:

“Los directores sindicales gozarán del fuero laboral establecido en la legislación vigente, desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado en el cargo, siempre que la cesación en él no se hubiere producido por censura de la asamblea sindical, por sanción aplicada por el tribunal competente en cuya virtud deban hacer abandono del mismo, o por término de la empresa.

Asimismo, durante el lapso a que se refiere el inciso precedente, el empleador no podrá, salvo caso fortuito o fuerza mayor, ejercer respecto de los directores sindicales las facultades que establece el artículo 12 de este Código.”⁴⁰

El artículo 12 del Código del Trabajo permite al empleador cambiar la naturaleza de los servicios o el lugar del trabajo, cumpliéndose ciertas condiciones que el mismo artículo señala. Así, el artículo 243 en su inciso 2°

⁴⁰ Código del Trabajo, art. 243 inc. 1° y 2°

impide al empleador ejercer estas facultades sobre aquellos directores sindicales que estén protegidos por este fuero sindical, salvo que exista fuerza mayor o caso fortuito. Por lo tanto, este fuero no es ilimitado, sino que en ciertas circunstancias excepcionales el empleador podrá ejercer las facultades del artículo 12.

CAPÍTULO TERCERO:

EL ABUSO DEL FUERO SINDICAL

3.1.- ¿Qué se entiende por abuso del fuero sindical?

El gran objetivo del fuero sindical es la protección de la libertad sindical. Con este fuero lo que se busca es permitir a los trabajadores ejercer libremente su derecho a la sindicalización, y todas las distintas aristas que este derecho comprende.

El fuero sindical va en directo beneficio de los trabajadores. Estos, cumpliéndose las situaciones de hecho que prevé la ley, se verán protegidos por el tiempo en que dure dicho fuero, frente a diferentes acciones que podría ejercer el empleador, y que atentarían contra la libertad sindical. Como revisamos, el fuero busca evitar la persecución sindical. Es decir, intenta evitar, salvo casos excepcionales, que el empleador tome ciertas acciones en contra de los trabajadores.

El fuero sindical es una institución que limita bastante al empleador, con el objeto de proteger un bien jurídico mayor: la libertad sindical. Sin embargo, podría ocurrir que se utilice de forma maliciosa, ya que nuestro ordenamiento, en la configuración del fuero sindical, dejó abiertas ciertas brechas que podrían ser utilizadas por los trabajadores para abusar de esta protección. Es lo que denominamos como uso fraudulento del fuero sindical.

Al utilizarse de forma fraudulenta el fuero sindical, lo que se está haciendo es amparar al empleado por un mecanismo legítimo de protección de un derecho fundamental, pero no con el objetivo de ejercer dicho derecho, la libertad sindical, sino con el objetivo de impedir al empleador ejercer un derecho propio de él: terminar, en circunstancias apropiadas, el vínculo laboral con un trabajador, o cambiar la naturaleza del trabajo.

El empleado genera las circunstancias fácticas que prevé la ley para que se vea amparado por el fuero, pero no con el objetivo de ejercer libremente sus derechos sindicales, sino con el sólo objetivo de evitar el despido.

3.2.- Distintas formas de abusar del Fuero Sindical.

3.2.1.- El Fuero Retroactivo.

Como vimos anteriormente, el artículo 221 del Código del Trabajo, en su inciso 3º, otorga a todos aquellos trabajadores que concurran a la constitución de un sindicato de empresa, de establecimiento de empresa o de un sindicato interempresa, fuero desde los diez días anteriores a dicha asamblea. Esta figura es denominada por parte de nuestra doctrina como “el fuero retroactivo”.

El fuero retroactivo se justifica en la protección que otorga a los eventuales constituyentes, de cualquier acto por parte del empleador que pudiere afectar su derecho a concurrir y constituir la organización sindical de que se trate, de tal manera que el empleador no podría despedir a un trabajador que pretenda acudir a esta asamblea, o relocalizarlo de manera de que se vea imposibilitado a asistir a la misma. Sin embargo, aunque la justificación de este tipo de fuero es acorde con el espíritu de nuestra legislación laboral, este puede ser utilizado de forma fraudulenta por los trabajadores para evitar el despido u otras medidas que nada tuvieron que ver con la constitución de la organización sindical.

Por ejemplo, puede ocurrir que un trabajador sea despedido por necesidades de la empresa y que no se encuentre amparado por ningún tipo de fuero al momento del despido. Pero que, dentro de los diez días siguientes promueva la constitución de un sindicato y se celebre una asamblea constitutiva, viéndose por lo mismo amparado por el fuero retroactivo del artículo 221 e invalidando un despido que si cumplió con la norma.

Frente a esta situación, y para mantener la validez del despido, el empleador debe demostrar que la constitución de la organización sindical fue realizada no con el objetivo que la ley otorga, sino que con la intención de abusar de la ley y evitar el despido, yendo en claro desmedro del empleador.

Así, podemos ver que la situación de hecho que genera o puede generar esta disposición puede ser caótica. En primer lugar, el empleador no tiene conocimiento del hecho de que los trabajadores pretenden celebrar una asamblea constitutiva, ni de quiénes son los trabajadores que pretenden participar de dicha constitución, ni menos aún si efectivamente dichos trabajadores concurrirán a la asamblea. Es decir, no tiene noción de quiénes son los trabajadores aforados. Por otro lado, nadie se hace cargo de esta incertidumbre. Nuestra legislación no establece la obligación de comunicar al empleador la fecha en que se celebrará la asamblea constitutiva. Con mayor

razón, tampoco se ha consagrado la obligación de comunicar al empleador que existe la intención de constituir una organización sindical. Por lo mismo, para los trabajadores no tiene ningún sentido comunicar la nómina de aquellos que pretenden participar de dicha asamblea.

Por otro lado, si bien la asamblea constitutiva debe celebrarse frente a un ministro de fe, ese ministro de fe sólo concurre a la asamblea, más no tiene ninguna relación con los momentos previos a ella. Así, no hay nadie que certifique el listado de trabajadores que asistirán a la asamblea, o las formalidades con que deben ser citados. Esto está dejado totalmente al arbitrio de los trabajadores.

Frente a la situación planteada, existe una parte de la doctrina que considera que para que el fuero retroactivo del artículo 221 le sea oponible al empleador, debe necesariamente habersele comunicado la celebración de la asamblea constitutiva, pues mal podría declararse nulo el despido de un trabajador aforado, si al momento del despido el empleador no sabía ni debía saber del fuero que lo amparaba. Por lo tanto, el único medio que tiene un empleador para conocer de este fuero es que le sea comunicado por iniciativa de los mismos trabajadores.

Esta posición considera que la comunicación al empleador, de la celebración de la asamblea y de la nómina de los asistentes, es un requisito esencial para hacer nacer esta protección, y que de no ocurrir no priva de validez el acto sino que priva de fuero a los trabajadores constituyentes. Es entonces, una condición suspensiva.

De esta manera, no habiéndosele comunicado al empleador el hecho de que un determinado trabajador está participando en la asamblea constitutiva de una organización sindical, si se produce el despido de ese trabajador, no podría alegarse posteriormente su nulidad, pues el despido fue válidamente efectuado. Esto porque aunque el sindicato se haya constituido con todos sus requisitos, el despido, también válido, fue previo, y por lo mismo, prima por sobre el fuero sindical.

Pese a esto, nuestros tribunales por regla general fallan a favor de los trabajadores, pues consideran que no existe en nuestra legislación una obligación de comunicar al empleador el hecho de que a futuro se va a celebrar una asamblea constitutiva, y por lo mismo declara nulo el despido de un trabajador aforado conforme al artículo 221, pese a que el empleador no sabía ni podía saber que un determinado trabajador estaba participando de la constitución de una organización sindical.

3.2.2.- La Bicicleta Sindical.

Hasta la reforma introducida por la Ley 19.630, no existía límite en nuestra legislación para invocar por un mismo trabajador el fuero del artículo 221. Los trabajadores podían verse amparados por un nuevo fuero sindical como constituyente de una organización sindical, sin límite. De ahí en más, los trabajadores constituían constantemente nuevos sindicatos, dejando que el anterior se extinguiera, de manera que estaban siempre amparados por el fuero sindical que protege a los constituyentes. De esta manera, al empleador no le quedaba más que intentar demostrar que el sindicato se constituyó con el fin de defraudar la ley, manteniendo a los trabajadores siempre aforados, y no con los objetivos propios de toda organización sindical.

Sin embargo, probar que un determinado sindicato fue constituido con el objeto de abusar de la ley, es muy difícil. Si bien podría parecer evidente que el crearse un nuevo sindicato, dejando “morir” el anterior, es una clara prueba de que a lo menos algo no anda bien, esto no es un hecho irrefutable. Perfectamente podrían existir razones para contradecir dicha hipótesis, lo que nos deja finalmente en un campo en que se enfrentan la palabra del empleador

con la de los trabajadores, sin ningún resultado claro. Y como el espíritu de nuestra legislación ha ido aumentando la protección de los trabajadores, potenciando la libertad sindical y cuidando la reunión de los mismos, en la gran mayoría de los casos, se optaba por la validez del sindicato.

Aun así, nuestro legislador estaba consciente de que esto era un problema que dejaba en la incertidumbre al empleador, y podía fácilmente vulnerar sus derechos sin grandes opciones de protegerse ante una posible intención fraudulenta o abusiva de sus trabajadores. Luego, el 4 de Septiembre de 1999 se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.630, que en su artículo único, n° 3, letra f) introdujo al artículo 238 un tercer inciso (inciso final): “En una empresa los mismos trabajadores podrán gozar del fuero a que se refiere este artículo sólo dos veces durante cada año calendario.”⁴¹

Con esta reforma, se evitó que se produjera esta situación fraudulenta en relación a los trabajadores que se candidatearan a directores sindicales. Hay que recordar que en la asamblea constitutiva todos los trabajadores participantes son candidatos, por lo que básicamente el efecto era el mismo: se creaban nuevas organizaciones, viéndose entonces todos los participantes amparados por el fuero del artículo 238, sin límite. Con la Reforma

⁴¹ Ley 19.630, art. Único, N° 3, letra f)

introducida por esta Ley se cambió esto y se limitó a dos por año las veces que un mismo trabajador puede acogerse al fuero del artículo 238.

Luego, la Ley 19.759, en su número 47, introdujo al artículo 221 del Código del Trabajo, sus tres últimos incisos:

“Los trabajadores que concurren a la constitución de un sindicato de empresa, de establecimiento de empresa o de un sindicato interempresa, gozan de fuero laboral desde los diez días anteriores a la celebración de la respectiva asamblea constitutiva y hasta treinta días de realizada. Este fuero no podrá exceder de 40 días.

Los trabajadores que constituyan un sindicato de trabajadores transitorios o eventuales, gozan del fuero a que se refiere el inciso anterior, hasta el día siguiente de la asamblea constitutiva y se les aplicará a su respecto, lo dispuesto en el inciso final del artículo 243. Este fuero no excederá de 15 días.

Se aplicará a lo establecido en los dos incisos precedentes, lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 238.”⁴²

⁴² Ley 19.759, artículo único, N° 47.

Es decir, con la reforma introducida por la ley 19.759 al artículo 221 del Código del Trabajo, publicada el 5 de Octubre del año 2001, se limitó también a dos el número de veces que los trabajadores constituyentes podían ampararse por el fuero de este artículo.

Queremos dejar claro que el objetivo de estas reformas no es, por ningún motivo, limitar el número de sindicatos que pueden crearse en un mismo año, sino sólo limitar las veces que un mismo trabajador puede ampararse por el fuero del artículo 221 o 238 del Código del Trabajo. Esto significa que un mismo trabajador puede participar de distintas asambleas constitutivas, pero sólo se verá aforado un máximo de dos veces por año calendario.

3.2.3.- El Fuero de los Delegados Sindicales.

Como vimos anteriormente, nuestro Código del Trabajo extiende el fuero sindical de los directores sindicales, a los delegados sindicales. Es decir, los delegados sindicales gozarán de fuero sindical desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado en el cargo.

El artículo 229 del Código del Trabajo, señala lo siguientes:

“Art. 229. Los trabajadores de una empresa que estén afiliados a un sindicato interempresa o de trabajadores eventuales o transitorios, siempre que sean ocho o más y que no se hubiere elegido a uno de ellos como director del sindicato respectivo, podrán designar de entre ellos a un delegado sindical, el que gozará del fuero a que se refiere el artículo 243; si fueren veinticinco o más trabajadores, elegirán tres delegados sindicales. Con todo, si fueren 25 o más trabajadores y de entre ellos se hubiere elegido como director sindical a dos o uno de ellos, podrán elegir, respectivamente, uno o dos delegados sindicales. Los delegados sindicales gozarán del fuero a que se refiere el artículo 243.”⁴³

De la simple lectura del artículo 229, y conforme a la interpretación que le ha dado la Dirección del Trabajo, podemos concluir que el número de delegados sindicales será siempre de un mínimo de uno y un máximo de tres. Es decir, si los afiliados son más de ocho y menos de veinticinco trabajadores, podrían elegir a uno de ellos para que los represente en el sindicato interempresa o de trabajadores eventuales o transitorios. Y si son veinticinco o más, podrán escoger a tres de ellos. Como excepción a esta regla, el artículo 229 señala que

⁴³ Código del Trabajo, artículo 229.

si dentro de los afiliados, se ha escogido a uno o dos de ellos como director sindical, deberá disminuirse el número de delegados, en el mismo número de directores escogidos de entre los afiliados.

Si bien la interpretación de la Dirección del Trabajo es clara y concuerda con lo que hasta ahora hemos podido dilucidar, ciertos sindicatos han interpretado de manera distinta estas disposiciones, lo que se ha traducido en una práctica abusiva del fuero sindical de los delegados.

Haciendo una aplicación parcial del artículo 229, han intentado dar aplicación al mismo buscando aumentar el número de trabajadores amparados por el fuero sindical del artículo 243 del Código del Trabajo, que tengan la calidad de delegado sindical. Para esto, la práctica que están llevando a cabo cada vez con más frecuencia los trabajadores es que, cuando son más de ocho trabajadores, se agruparían en el número mínimo que les permite designar a un delegado, es decir, grupos de ocho trabajadores, de manera de poder designar un número mayor de delegados sindicales al que expresamente señala la ley.

Si bien, haciendo una interpretación muy amplia del artículo, podríamos pensar que esta práctica sería legítima, somos de la postura de que ella significa una vulneración al espíritu de la ley. Nuestro legislador, con el fin de fomentar y proteger la negociación interempresa, estableció en el mismo

artículo 229 que “si fueren veinticinco o más trabajadores, elegirán tres delegados sindicales.” Con esto, queda claro que para el legislador era suficiente que se escogieran a tres delegados como máximo, cuando fuesen veinticinco o más trabajadores en la empresa afiliada. Por lo mismo, esta práctica que están llevando acabo algunos grupos de trabajadores no sería legítima sino que significaría un abuso de la ley y un aprovechamiento ilegítimo de un derecho que se les ha otorgado a los trabajadores para que, de buena fe, se vean amparados por el fuero.

Analizando esta situación desde otro punto de vista, podemos ver que cuando el número de trabajadores alcanza los veinticinco, se cumple la cuota mínima para formar una organización sindical que permite la elección de tres directores sindicales. Es decir, la intención que tuvo el legislador al agregar dicha norma al artículo 229 era claramente homologar la situación de los trabajadores que se afilian a un sindicato interempresa o de trabajadores eventuales o transitorios a la situación de un sindicato de empresa.

La norma del artículo 229 del Código del Trabajo establece los quórums necesarios para la elección de delegados sindicales, señalando claramente que, si son más de ocho y menos de veinticinco, podrán escoger a un delegado, y que si son veinticinco o más, podrán escoger tres. En ninguna parte señala ni

aún se acerca a permitir una interpretación cercana a la que están dándole algunas agrupaciones de trabajadores. Hace clara mención de que se está refiriendo a los trabajadores que, perteneciendo a una misma empresa, se afilien a un sindicato interempresa o de trabajadores transitorios o eventuales, independiente de si lo hacen en agrupaciones separadas o “virtualmente divididos”.

CAPÍTULO CUARTO:

POSIBLES SOLUCIONES AL ABUSO DEL FUERO SINDICAL

Actualmente, nuestro ordenamiento plantea una posible solución judicial al problema del abuso del fuero sindical. No olvidemos que el abuso del fuero sindical es un modo de abuso del derecho, y como tal, no debe ser amparado ni aceptado por el derecho.

Por lo tanto, cuando un empleador quiere frenar algún acto abusivo por parte de los trabajadores, que implique un menoscabo de sus derechos, utilizando el fuero sindical como herramienta para protegerse injustamente de las acciones que, en principio, serían legítimas de llevar a cabo por su parte, como el despido, puede acudir a la justicia ordinaria para que esta determine luego de un proceso, que dicho acto sindical tuvo como único objetivo obtener los beneficios que conlleva el fuero, y no su objetivo real: el desarrollo sin obstáculos de la actividad sindical.

Sin embargo, la probabilidad que tiene el empleador de obtener un resultado positivo ante su requerimiento es muy baja, básicamente por la

dificultad que tiene la prueba de este tipo de abusos. ¿Cómo puede el empleador demostrar una intención maliciosa de aquellos trabajadores que, por ejemplo, constituyeron un sindicato con la sola intención de aprovecharse del fuero, pero sin ninguna intención real de ejercer los derechos que dicho sindicato le otorga? Por supuesto que con el tiempo, si este sindicato nunca ejerce, podría demostrar que no hubo una intención real de constituir un sindicato, pero el problema es que en ese entonces ya se habrá evitado despidos que eran totalmente legítimos.

Entonces, el primer mecanismo de solución es el judicial, acudiendo a la justicia ordinaria para que esta determine el uso abusivo del fuero sindical en cada caso. Este es un mecanismo de carácter genérico, y por lo tanto aplicable a cualquier tipo de fuero abusivo. Por otro lado, cada uno de los casos de abuso que vimos anteriormente puede ser solucionado de forma distinta.

4.1.- Posibles soluciones al abuso del fuero retroactivo.

Como ya veíamos, cualquier tipo de abuso del fuero sindical podría ser llevado a la justicia ordinaria para que esta solucione el asunto, idealmente

dejando sin efecto el fuero o incluso la constitución del sindicato o elección del director o del delegado.

Pero, desde el punto de vista de cada uno de los tipos de abuso en particular, el asunto es diferente, pues para evitarlos o enfrentarlos se requerirían modificaciones a la ley, que por supuesto tienen un proceso bastante más complejo que el de un proceso judicial.

Para el caso del abuso del fuero retroactivo, existe una postura dentro de nuestra doctrina que cada vez toma más fuerza y que incluso ha sido apoyada por algunos de nuestros tribunales tanto inferiores como superiores. Esta postura considera que el fuero del artículo 221 del Código del Trabajo tiene además de los requisitos esenciales que el mismo artículo establece, cuales son, cumplir con el quórum necesario y realizarse ante un ministro de fe, un tercer requisito. Según ellos, y remitiéndose al artículo 225, existiría una condición suspensiva para hacer efectivo el fuero ante el empleador, que sería la comunicación de la celebración de la asamblea constitutiva del sindicato y de la nómina de los trabajadores asistentes a dicha asamblea. Si dicha comunicación no se produce, los trabajadores asistentes quedarían privados del fuero sindical que les otorga el artículo 221.

La principal justificación que encuentra esta postura es que mal podría declararse nulo el despido de un trabajador amparado por el fuero retroactivo, cuando el empleador no sabía ni debía saber el vicio que lo invalidaba. Es decir, como nadie comunicó al empleador la próxima celebración de una asamblea constitutiva, y no tenía como saberlo por sus propios medios, no se le podría imputar un despido malicioso o con el afán de evitar la sindicalización del trabajador despedido, y por lo mismo el despido sería legítimo.

Nuestra Excelentísima Corte Suprema, dictando sentencia en un Recurso de Unificación de Jurisprudencia, acogió esta postura indicando que “el fuero del artículo 221 del Código del trabajo resulta inoponible al empleador debido a la ausencia de comunicación exigida por la ley como requisito esencial para hacer efectivo el fuero de que trata este artículo.”⁴⁴

Sin embargo, esta posición no ha sido respaldada por el legislador. La comunicación al empleador de la celebración de la asamblea constitutiva y de la nómina de trabajadores asistentes, como requisito esencial del fuero del artículo 221 del Código del Trabajo, fue extensamente discutida tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado en el proceso legislativo relativo a la

⁴⁴ Corte Suprema, 30.01.2013, Recurso de Unificación de Jurisprudencia.

ley 19.759, ya que no fueron pocas las intervenciones de legisladores que buscaban incluir esta comunicación como requisito del fuero en comento. Sin embargo, todas estas indicaciones fueron rechazadas, no lográndose por lo mismo esta nueva exigencia para la validez del fuero.

Los argumentos más potentes que se tuvieron presentes para rechazar la exigencia de la comunicación como requisito esencial de este fuero fueron dos: a) La etapa en que la protección de los trabajadores a través del fuero del artículo 221 tiene lugar, es una en que particularmente se encuentran más vulnerables ante acciones tendientes a evitar el ejercicio de la libertad sindical, en especial del derecho a constituir sindicatos; b) Las dificultades técnicas para hacer exigible la comunicación previa al empleador.

Del primer argumento, lo que cabe concluir es que para el legislador, al momento de sopesar los derechos que se enfrentan consideró de mayor relevancia proteger la libertad sindical y en particular el derecho de constitución, que los derechos del empleador que podrían verse afectados. Esto porque en la etapa de constitución y en los días previos y posteriores más cercanos es el periodo en que tienen lugar la mayor cantidad de actos atentatorios a la libertad sindical por parte del empleador.

En el segundo caso, las dificultades prácticas tienen dos aristas. En primer lugar, la determinación de quién sería el sujeto obligado a hacer esta comunicación. Antes de la celebración de la asamblea de constitución no existe representante, ni menos un sujeto jurídico que pueda o deba cargar con esta responsabilidad o con cualquier otra relativa a un sindicato que aún no existe. Se podría defender la postura de que alguno de los trabajadores concurrentes a la asamblea, o todos ellos, hicieran la comunicación al empleador, pero ¿y si no concurre dicho trabajador, o no concurre ninguno de ellos a la asamblea de constitución? Es un problema que hasta ahora no ha encontrado solución y que por lo mismo hace imposible llevar a cabo con efectividad esta comunicación.

Como segunda arista nos encontramos con el ambiente que se podría generar, y que de hecho frecuentemente se genera al conocerse la intención de los trabajadores de formar una organización sindical. Es común ver que los empleadores no miran con buenos ojos la organización colectiva de sus trabajadores, y por lo mismo menos aún la constitución de un sindicato. Frente a esto, ¿qué razón habría para que los trabajadores quisieran comunicar al empleador su intención de constituir un sindicato, si con ello se estarían exponiendo a acciones hostiles por parte de este último? Se estarían

arriesgando innecesariamente a actos que podrían perjudicar y mermar sus derechos sindicales.

Por otro lado, y yendo directamente a la letra de nuestro Código del Trabajo, veremos que en ninguna de sus partes establece como requisito esencial de validez del fuero, la comunicación previa al empleador. En primer lugar, como ya dijimos, el artículo 221 sólo señala que la constitución de un sindicato debe hacerse con concurrencia del quórum ordenado por los artículos 227 y 228, y que se celebre ante un ministro de fe. Luego, el artículo 225 desde ningún punto de vista agrega la obligación de una comunicación previa al empleador, del hecho de que se pretende celebrar una asamblea constitutiva, sino que por el contrario, lo que hace es ordenar al directorio sindical que comunique por escrito al empleador del hecho de su celebración, con posterioridad a esta. Aún más, ni siquiera la validez del fuero de los directores sindicales exige para su validez el hecho de la comunicación. Para ello, la ley sólo exige que se haya celebrado la asamblea constitutiva que se trate de alguna de las más altas mayorías, respectivas al número de socios.

Es decir, en ninguna parte la ley exige como requisito de validez del fuero de constitución, ni del fuero de los directores sindicales, la comunicación al empleador. Es más, el artículo 224 expresamente señala que,

si el directorio sindical no realiza el depósito del acta de la asamblea constitutiva en la Inspección del Trabajo, dentro de los quince días contados desde la fecha de celebración de la asamblea constitutiva, cesará el fuero de los directores y deberá celebrarse una nueva asamblea. “Si no se efectúa el depósito en el plazo señalado, debe procederse nuevamente a realizar la asamblea constitutiva; con ello se tiene que, tácitamente, ha quedado nula y sin efecto toda actuación constitutiva.”⁴⁵

Así las cosas, luego de haber analizado esta situación y viendo lo perjudicial que es para el empleador la falta de comunicación del hecho de que se lleve a cabo una asamblea constitutiva, pareciera ser que la solución es regular esta comunicación y establecerla como requisito esencial para la validez del fuero de los constituyentes. Sin embargo, esto podría generar un ambiente hostil entre los agentes involucrados, facilitando la concurrencia de actos atentatorios a la libertad sindical.

Podría crearse una figura especial para que exista un representante de los trabajadores que pretenden constituir un sindicato, otorgándosele a este un fuero por un número determinado de días, dentro de los cuales deberá llevarse a cabo la asamblea de constitución. Durante este periodo podría también

⁴⁵ HUMERES NOGUER, HÉCTOR. “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, Tomo II, P41.

aplicar el fuero retroactivo de la asamblea constitutiva, lo cual se podría traducir en que desde el día en que se comunica la futura celebración de la asamblea los trabajadores que aparezcan en la nómina estarán amparados por un fuero de diez días, dentro de los cuales deberá celebrarse la asamblea. Si dicha asamblea no tiene lugar, este fuero perdería validez de forma también retroactiva, evitándose así consecutivas comunicaciones de futuras asambleas constitutivas, con el sólo objetivo de ampararse por un fuero.

Entendemos que no es tan simple como aquí se plantea, pues se estaría limitando la libertad de sindicalización de los trabajadores al someterse a reglas en la etapa previa a la constitución de una organización sindical, y además se podría lograr precisamente lo que se busca evitar en nuestra normativa actual, provocándose un ambiente hostil por cuanto el fuero en esta etapa previa estaría sujeto a un hecho futuro, que por un sin número de motivos podría no llevarse a cabo, sin que necesariamente haya existido una intención abusiva.

Pese a esto, claramente nuestro ordenamiento en su estado actual es vulnerable a hechos abusivos por parte de los trabajadores, en desmedro de los derechos del empleador. Abusos que quedan muchas veces impunes porque la

misma ley no otorga mecanismos efectivos de defensa y de fiscalización que permitan castigarlos, ni menos evitarlos.

De esta manera, parece ser que la solución a este tipo de abuso va en la línea de un cambio en nuestra legislación laboral. Un cambio que permita una protección de ambas partes en forma equitativa, permitiendo a los trabajadores el ejercicio de sus derechos sindicales de forma completa, de acuerdo a los parámetros internacionales a los que Chile se ha obligado observar, pero que además proteja al empleador en sus propios derechos, asegurándosele la disminución real de las posibilidades de que los trabajadores abusen de este fuero, y que en caso de que ocurrieran actos abusivos, tenga herramientas para protegerse.

4.2.- Posibles soluciones al abuso del fuero de los Delegados Sindicales.

Este caso es bastante especial, pues lo que han hecho los trabajadores es parcializar la norma, interpretando el artículo 229 de forma separada. Los trabajadores, con el objeto de ver a un mayor número de ellos amparados por el fuero sindical, aplican sólo la primera parte del artículo, agrupándose en

grupos de ocho trabajadores, de manera que puedan nombrar un mayor número de delegados sindicales. Así, cuando son más de veinticinco trabajadores, omiten la segunda parte de este artículo, reuniéndose en grupos de ocho, con un delegado sindical por cada grupo.

Conforme a esta interpretación, cuando el número de trabajadores de una empresa, que se encuentra afiliada a un sindicato interempresa, es mayor a veinticinco, deberían nombrar como máximo a tres delegados sindicales. Pero si parcializan su agrupación en grupos de ocho trabajadores, pueden lograr un número mucho mayor de delegados.

Este tipo de abuso, como ya decíamos, es particular. Aquí lo que está ocurriendo es que los trabajadores están aplicando una interpretación bastante amplia a la ley, intentando darle el sentido de dos normas distintas, pese a que según la Dirección del Trabajo, y según la historia de la ley, el sentido de esta norma es claro. Si el número de trabajadores de una empresa que se encuentra afiliada a un sindicato interempresa o de trabajadores eventuales o transitorios es superior a veinticinco, podrán elegir como máximo tres delegados. Si son ocho o más, y menos de veinticinco, podrán escoger a uno. En ningún momento la ley habla del número de trabajadores en que se han agrupado los

mismos, sino del número de trabajadores que pertenecen a la empresa afiliada, entendiéndolos como un mismo grupo.

Por lo tanto, no es relevante en cuanto al número de delegados que los trabajadores de una empresa afiliada a un sindicato interempresa, o de trabajadores eventuales o transitorios, si estos se han agrupado en distintos grupos, sino que lo relevante para determinar el número de delegados que pueden escoger es el total de trabajadores que pertenecen a dicha empresa.

Es decir, es el número de trabajadores de la empresa que se encuentran afiliados a una misma organización sindical el que determina el quórum necesario para determinar el número de delegados que pueden elegir, y no el número de trabajadores que se encuentran parcialmente agrupados. Por esto, la práctica que han estado llevando a cabo algunos trabajadores no es más que una subdivisión ficticia, que ante la ley no tiene ninguna relevancia, pues en la realidad son un mismo grupo.

Por supuesto que esta es la solución doctrinaria al caso, pero en términos concretos, la solución recae en los Tribunales de Justicia, con la declaración de nulidad de la actuación sindical respectiva.

4.3.- Soluciones planteadas por el Proyecto de Ley sobre perfeccionamiento del fuero sindical.

Basándose en la necesidad de ajustar la normativa contenida en nuestro Código del Trabajo a las nuevas necesidades productivas, o, en palabras de la Comisión del Trabajo y Seguridad Social de la Cámara de Diputados “modernizar las regulaciones del trabajo a fin de hacer compatible la protección de los derechos del trabajador con los nuevos requerimientos de la empresa moderna,”⁴⁶ es que los miembros de esta comisión han puesto en tabla la discusión en torno a perfeccionar la legislación laboral chilena, de manera de generar un real equilibrio entre el ejercicio de las facultades administrativas de la empresa y la protección de los trabajadores y sus derechos. Para ello plantean la necesidad de flexibilizar el ejercicio de dichas facultades, de la mano de una reformulación de algunos derechos individuales y colectivos.

Este proyecto de ley, atiende especialmente a perfeccionar el fuero sindical constitutivo, en miras de evitar su uso abusivo. En palabras de los Diputados miembros de la Comisión, y propulsores de este proyecto, “la presente

⁴⁶ Proyecto de Ley sobre perfeccionamiento del fuero sindical, Boletín N° 9361-13, Comisión de Trabajo y Seguridad Social, Cámara de Diputados. P.1.

propuesta apunta a un mecanismo que impida el abuso de la constitución de fueros en sindicatos de empresa y de delegados de sindicatos interempresa que no responden a una real actividad sindical, así como el mecanismo adecuado para evitar la constitución de fueros ante el eventual despido del trabajador.”⁴⁷

De esta manera, queda claro que lo que busca este proyecto es evitar la creación de sindicatos aparentes, que desvirtúan el objetivo real del sindicato, dándole un uso abusivo y con el sólo objetivo de evitar el despido de uno o más de sus constituyentes.

La reforma tiene tres aristas que apuntan al mismo objetivo de evitar el uso abusivo del fuero:

1. Que el fuero anticipado, de 10 días anteriores a la asamblea, sólo será efectivo en la medida que los convocantes den aviso a la Inspección del Trabajo con la misma anticipación - de 10 días- solicitando que esta preste un ministro de fe, quien deberá concurrir a la celebración de la asamblea;
2. Limitar el fuero de los delegados sindicales sólo a aquellos sindicatos que tienen más de 25 afiliados en una misma empresa; y

⁴⁷ Proyecto de Ley sobre perfeccionamiento del fuero sindical, Boletín N° 9361-13, Comisión de Trabajo y Seguridad Social, Cámara de Diputados. P.2.

3. Que el fuero sindical se pierda, además de las causales ya existentes, por la renuncia del trabajador a su cargo directivo.

Conforme a todo esto, la moción de reforma es del siguiente tenor:

“Artículo 1.- Modifícase el artículo 221 de la siguiente forma:

a.- Para reemplazar su inciso primero por el siguiente:

“La constitución de los sindicatos se efectuará en una asamblea, ante la presencia efectiva del Inspector del Trabajo como ministro de fe, debiéndose reunir el quórum a que se refieren los artículos 227 y 228.”

b.- Para reemplazar su inciso tercero por el siguiente:

“Los trabajadores deberán pedir por escrito la asistencia de un ministro de fe a la Inspección del Trabajo, con una anticipación de a lo menos diez días a la fecha de la asamblea. La Inspección del Trabajo deberá guardar reserva de esta comunicación hasta después de celebrada la misma. Los trabajadores que concurren a la constitución de un sindicato de empresa, de establecimiento de empresa o de un sindicato interempresa, gozan de fuero laboral desde los diez días anteriores a la celebración de la respectiva asamblea constitutiva y hasta treinta días de realizada. Este fuero no podrá exceder de 40 días.”.

Artículo 2.- Reemplázase el artículo 229 por el siguiente:

“**Artículo 229.-** Los trabajadores de una empresa que estén afiliados a un sindicato interempresa o de trabajadores eventuales o transitorios, siempre que sean veinticinco o más y que no se hubiere elegido a uno de ellos como director del sindicato respectivo, podrán designar de entre ellos a un delegado sindical, el que gozará del fuero a que se refiere el artículo 243; si fueren cincuenta o más trabajadores, elegirán tres delegados sindicales. No será compatible el fuero del delegado sindical con el de Director Sindical, el que prevalecerá. Los delegados sindicales gozarán del fuero a que se refiere el artículo 243.”

Artículo 3.- Modificase el artículo 243 de la siguiente forma:

Agregase, antes de la expresión “por censura”, la expresión “por renuncia al mismo o.”⁴⁸

⁴⁸ Proyecto de Ley sobre perfeccionamiento del fuero sindical, Boletín N° 9361-13, Comisión de Trabajo y Seguridad Social, Cámara de Diputados. P.3.

CONCLUSIONES

5.1.- Respecto a la Libertad Sindical

Como pudimos apreciar durante nuestra investigación, Chile es un país que incluye en su legislación laboral todos los aspectos de la libertad sindical: el derecho a la sindicalización, a la huelga y a la negociación colectiva. Si bien nuestro ordenamiento no incluye las tres figuras en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, si le da una importancia específica mediante la ratificación de los tratados internacionales más importantes en esta materia dentro de su sistema normativa.

Así, los puntos más importantes en cuanto a libertad sindical están amparados de manera efectiva y eficiente por nuestro sistema legal. Esto, mirado desde cierta distancia, aparece como una buena disposición: el mundo y la sociedad moderna requieren ciertos mecanismos que protejan a los trabajadores y les entreguen herramientas con las cuales defender sus intereses frente a sus empleadores.

Por lo tanto, este tipo de disposiciones son necesarias dentro de cualquier sistema jurídico, y específicamente dentro del nuestro: en Chile los trabajadores pueden hacer valer su derecho a la libertad sindical sin problema o temor de perjuicio alguno –a pesar de que en la práctica existan perjuicios, son más bien producto de excepciones que de errores en la legislación-.

Además, la aceptación de la libertad sindical mediante la ratificación de tratados internacionales tiene un efecto menor –pero no por eso despreciable-, en torno a la política internacional: Chile se enmarca, al ratificar los tratados, dentro de los países que prefieren defender a sus trabajadores y entregarles herramientas para negociar por sus intereses. Así, esta ratificación representa, en cierto sentido, una postura de Chile frente a las temáticas de derechos laborales.

5.2.- Respecto al Fuero Sindical

Desde el punto de vista de los trabajadores, nuestro ordenamiento ha apuntado la creación de distintos tipos de fuero, que amparan a los trabajadores que se encuentran en determinadas situaciones, y que pueden

dejarlo particularmente vulnerable. Este tipo de disposiciones ratifican lo señalado anteriormente: que Chile busca, mediante sus disposiciones legales, entregar herramientas a sus trabajadores para que puedan negociar y defender sus intereses, equilibrando ambas fuerzas negociadoras

El fuero sindical es, en ese sentido, muestra de aquello: no basta con defender los intereses colectivos, ya que estos deben ser representados por algún trabajador específico, y por lo tanto la ley debe entregar garantías a quienes ejerzan dicha representación. Es por ello que la ley dispone de la constitución de este fuero de manera sencilla y expedita: basta con que se verifiquen ciertas situaciones fácticas para que, sin más, un trabajador se vea amparado por un respectivo tipo de fuero sindical.

En términos teóricos, tanto la libertad sindical como el ejercicio del fuero son proyecciones del tipo de legislación que el país desea tener como propia: una que defienda los intereses de los trabajadores frente a sus empleadores y que les entregue herramientas para hacerlo. En otras palabras, disposiciones legales que fortalezcan la democracia y la representatividad de las personas en torno a los procesos productivos y laborales del país.

Pero, como muchas leyes, a veces su uso fraudulento y vicioso empaña los ideales y objetivos que las mismas. Es así como el fuero retroactivo facilita

el uso fraudulento del fuero del artículo 221, mediante el cual los trabajadores que asisten a la asamblea constitutiva pueden ampararse en este tipo de fuero. El empleador, por lo tanto, no tiene cómo saber el vicio que invalida el despido de un trabajador sujeto a este fuero retroactivo, por cuanto no tenía conocimiento –ni tampoco podía tenerlo- de que un respectivo trabajador se encontraba aforado.

En ese sentido, más que los ideales de la ley, hay que buscar entender ciertas disposiciones y falencias que tiene la misma en torno a situaciones puntuales y prácticas: la no existencia de una obligación por parte del sindicato de informar la futura celebración de una asamblea constitutiva genera un lugar donde los trabajadores pueden aprovecharse de la ley en desmedro del empleador.

5.3.- Respecto a las posibles soluciones al abuso del Fuero Sindical

Actualmente existe una solución genérica al abuso del fuero, que consiste en una acción judicial ante los tribunales ordinarios de justicia. El objetivo es obtener de ellos una resolución que declare el origen fraudulento

del sindicato y deje sin efecto su constitución o el fuero en cuestión. Sin embargo, los medios probatorios de que dispone el empleador son escasos, por lo que esta solución ha demostrado ser efectiva en contadas ocasiones.

Pero existe también una tendencia en nuestra doctrina, y que de a poco se ha podido observar en los tribunales, a considerar que existe un tercer requisito para la validez del fuero de los constituyentes del sindicato –además de cumplir con el quórum necesario y de realizarse ante un ministro de fe- y que sería la comunicación al empleador del hecho de la celebración de una asamblea constitutiva.

Podemos concluir de esta tendencia que existe una creciente preocupación en el desequilibrio entre la protección de la libertad sindical a través del fuero y los derechos legítimos del empleador, como ejercer el despido. Que los tribunales, por sí solos, noten este desajuste de las disposiciones legales marca que el abuso del fuero sindical puede ser demasiado evidente, y que, más grave aún, las herramientas legales de las que dispone el empleador no son suficientes para defenderse de este abuso.

Es por esto que queremos plantear lo que, creemos, debería ser el siguiente paso que la legislación chilena debiera dar sobre este tema: no basta con los mecanismos de solución existentes para evitar el uso fraudulento de

los distintos tipos de fuero que existen en nuestro ordenamiento. La solución debe hacerse desde el legislador, haciendo modificaciones a las leyes que impidan los abusos y otorguen reales herramientas de protección al empleador. La idea, en términos prácticos, es evitar y castigar debidamente las situaciones abusivas. Pero también existe un efecto menos contingente: que nuestra disposición continúe siendo ejemplar en torno a la legislación sobre el derecho sindical, y que para ello debe también proteger los derechos del empleador –cuando estos se vean abusados-, puesto que el derecho sindical también lo incluye, como contraparte de la negociación, y por lo tanto deben ser resguardados sus derechos.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES.

1. Código del Trabajo, Editorial Jurídica de Chile, año 2000, previo a la reforma introducida por la Ley N° 19.759.
2. Código del Trabajo, Editorial Jurídica de Chile, Edición año 2013.
3. Constitución Política de la República de Chile de 1980.
4. Constitución Política del Perú de 1933.
5. Convenios N° 87, 98 y 135 de la Organización Internacional del Trabajo, años 1948, 1949 y 1971, respectivamente.
6. Convención Americana de los Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica).
7. Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.
8. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.
9. Proyecto de Reforma sobre el perfeccionamiento del fuero sindical, Boletín N° 9361-13, Comisión del Trabajo y Seguridad Social de la Cámara de Diputados de Chile.

TEXTOS Y TESIS.

1. GAMONAL CONTRERAS, SERGIO. 2011. Derecho Colectivo del Trabajo. Santiago. Segunda Edición, Editorial Legal Publishing.
2. GACITÚA ESPÓSITO, A. Y SAAVEDRA OLGUÍN P. 2004. Diversos aspectos del Fuero Sindical. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile.
3. ROUSSEAU, JEAN JACQUES. 1762 (1988). El Contrato social o Principios del Derecho político. Madrid, Editorial Tecnos.
4. SALA FRANCO, TOMAS. 1989. Derecho Sindical. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.
5. SANTANDER GUERRA, ANDREA. 2003 Efectos de la ratificación de los Convenios N° 87 y N° 98 de la Organización Internacional del Trabajo en la Ley N° 19.759, en materia de libertad sindical. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
6. TOLEDO CORSI CESAR. 2013. Tutela de la Libertad Sindical. Santiago, Primera Edición, Editorial Legal Publishing.

7. HUMERES NOGUER, HÉCTOR. 2004-2006. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial Jurídica de Chile.
8. THAYER ARTEGA, WILLIAM. Texto, comentario y jurisprudencia del Código del Trabajo. Ediciones UC.

REVISTAS Y PUBLICACIONES.

1. GAMONAL CONTRERAS, SERGIO. 2008. Libertad Sindical, fuero y constitución. Revista del Abogado, Colegio de Abogados de Chile, N° 2.
2. MUNITA LUCO, ENRIQUE. 2008 El abuso del sindicato aparente. Revista del Abogado, Colegio de Abogados de Chile, N° 2.
3. NADAL SERRI, DANIEL. 2007. Fuero Sindical: Criterios de la Dirección del Trabajo. Consultor Práctico: Laboral y Seguridad Social, N° 24.
4. TAPIA GUERRERO, FRANCISCO. 2012. Comentario a la sentencia de Corte Suprema del 22 de diciembre de 2011, rol N° 829-2011 sobre fallo de unificación de jurisprudencia en materia de libertad sindical. Gaceta Jurídica, N° 379

5. YÁÑEZ-MONJE, EDUARDO. 2011. El fuero sindical está sujeto a la condición suspensiva de comunicarse al empleador la celebración de la asamblea constitutiva. Revista Chilena del Trabajo y de la Seguridad Social, Volumen 2, N° 4

JURISPRUDENCIA

1. Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, 17 de noviembre de 2009, Rit S-15-2009
2. Corte Suprema, 22 de diciembre de 2011, Recurso de Unificación de Jurisprudencia, de Nulidad y de Reemplazo, Rol 829-2011.
3. Corte Suprema, 30 de enero de 2013, Rol N° 6.611-2012.
4. Corte de Apelaciones de Valparaíso, 21 de diciembre de 2009, Rol N° 480-2009, Recurso de Nulidad.
5. Corte Suprema, 6 de septiembre de 2012, Rol N° 11.552-2011, Recurso de Unificación de Jurisprudencia, de Nulidad y de Reemplazo.