

NATURALEZA Y EFECTOS DE LA COMUNICACIÓN DE CELEBRACIÓN DE LA ASAMBLEA CONSTITUTIVA DE UN SINDICATO AL EMPLEADOR

RAÚL FERNÁNDEZ TOLEDO*

Abogado

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objetivo principal dar respuesta a la interrogante de si es necesario para la eficacia del fuero sindical del artículo 221 del Código del Trabajo, establecido en favor de los trabajadores que concurren a la constitución de un sindicato base, que la directiva sindical comunique a la empresa en que laboran los trabajadores constituyentes la celebración de la asamblea constitutiva, tal como lo dispone el artículo 225 del mismo Código. Finalidad que obliga a determinar el correcto sentido y alcance, tanto del artículo 221 incisos 3° y 4°, como del artículo 225 incisos 1° y 3°, ambos del Código del Trabajo, y la vinculación que existe entre ambos preceptos legales. De esta forma, se pretende determinar la naturaleza jurídica de la comunicación de celebración de la asamblea constitutiva de un sindicato al empleador y cuáles son las consecuencias que derivan de la misma, como también de su omisión o comunicación defectuosa.

Palabras clave: *Fuero sindical, sindicato, asamblea constitutiva, comunicación, consecuencias, empleador, trabajadores.*

ABSTRACT: This paper's main objective is to answer the question of whether it is necessary for the effectiveness of trade union immunity of Article 221 of the Labor Code -established for workers who form a base union-, that the union leadership informs of the constituent assembly to the company in which the constituents employees work at, as provided in Article 225 of the Code. This purpose requires determining the correct meaning and scope of both Article 221 paragraphs 3 and 4, and Article 225 paragraphs 1 and 3 °, both of the Labor Code, and the linkage between these legal precepts. This is to determine the legal nature of the communication of holding the constituent assembly of a union to the employer, and what are the consequences that derive from it, as well as its omission or faulty communication.

Key word: *Union immunity, union, constituent assembly, communication, consequences, employer, workers.*

1. INTRODUCCIÓN

La Ley N° 19.759 agregó al Libro III del Código del Trabajo, que regula entre otras materias las organizaciones sindicales, diversas disposiciones legales, como también modificó otras, con el propósito de fortalecer la libertad sindical; derecho fundamental de los trabajadores reconocido en la Constitución Política¹ y en diversos Tratados Internacionales

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, 2008. Candidato a Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Talca-Universidad de Valencia (2012-2014). Abogado Asociado al Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social del estudio jurídico Philippi, Yrarrázabal, Pulido & Brunner.

¹ El artículo 19 N° 19 de la Constitución Política dispone: “La Constitución asegura a todas las personas: 19. El N° 19 derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria. Las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley. La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones. Las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político partidistas”.

sobre Derechos Humanos² aprobados y ratificados por el Estado de Chile. De este modo, se pretendió adecuar la normativa interna sobre organizaciones sindicales, con la finalidad que estuviera en concordancia con las normas internacionales existentes sobre la materia, como las contenidas en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo Ns° 87 y 98, ratificados por nuestro país y actualmente vigentes, formando, por tanto, parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Entre las normas que incorporó la ley en referencia se encuentran los incisos 3° y 4° del artículo 221 del Código del Trabajo, que establecen un fuero laboral a favor de los trabajadores que concurren a la constitución de un sindicato base, con el fin de evitar que el empleador ejerza medidas de presión o realice acciones de represalia para impedir la constitución de un sindicato al interior de la empresa u obstaculice su funcionamiento inmediatamente constituido, siendo el despido la máxima manifestación de dichas acciones, privando a los trabajadores y a su familia de una importante fuente de ingreso, la cual en la mayoría de los casos es la única que tienen. Sin embargo, para que el fuero sindical nazca a la vida del derecho, deben cumplirse diversos requisitos y formalidades, siendo los principales los propios de la constitución del sindicato.

Asimismo, el fuero previsto en el artículo 221 del Código del Trabajo no es absoluto, sino que tiene una serie de limitaciones, ya sea en cuanto a su temporalidad, como en lo que dice relación a los tipos de sindicatos que deben constituir los trabajadores para gozar del referido fuero, cuestiones que en principio parecen claras, pero que al determinar el correcto sentido y alcance de la norma en referencia surgen diversas dudas e interrogantes. Así, tratándose de asambleas constitutivas con votaciones parciales, ¿desde cuándo se cuenta el plazo del fuero?, ¿desde la primera votación o la última?, ¿qué se entiende por sindicato de establecimiento de empresa?, ¿qué es un sindicato de trabajadores eventuales o transitorios?

También la Ley N° 19.759 modificó el artículo 225 del Código del Trabajo ubicado bajo el mismo capítulo que el artículo 221, cual es el capítulo II del Libro III del Código del Trabajo, que lleva como epígrafe “De la constitución de los sindicatos”, imponiendo este precepto a la directiva sindical del sindicato constituido el deber de informar al empleador la celebración de la asamblea constitutiva dentro del plazo perentorio que establece. Esta norma hace surgir la duda acerca de si la comunicación que la directiva sindical electa debe dar al empleador de los trabajadores de la celebración de la asamblea constitutiva del sindicato es o no un requisito de existencia o bien de eficacia del fuero previsto en el artículo 221 del Código del Trabajo, duda que surge al emplear el artículo 225 la expresión imperativa “comunicará”. De ahí, que sea razonable preguntarse ¿qué sucede si la directiva sindical omite comunicar al empleador la celebración de la asamblea constitutiva en la forma y oportunidad prevista en el artículo 225? ¿No existe o es inoponible el fuero del artículo 221 respecto del empleador? Todas preguntas que llevan también a estudiar el correcto sentido

² Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo N° 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, y N° 98 sobre aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, son los principales tratados internacionales sobre la materia, sin perjuicio que existen otros como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (artículo 8), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 22) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, de 1969 (artículo 16), todos ratificados por el Estado de Chile y actualmente vigentes, que regulan también la libertad sindical.

y alcance del artículo 225 en la parte que se refiere a la comunicación de la constitución de un sindicato, estableciendo el sujeto pasivo de la comunicación, el destinatario de la misma, su finalidad, naturaleza jurídica y finalmente su relación con el artículo 221 del Código del Trabajo.

Por tanto, la determinación de la naturaleza jurídica de la comunicación que la directiva sindical debe dar a la administración de la empresa de la celebración de la asamblea constitutiva de un sindicato lleva a preguntarse si la misma es o no un requisito de existencia o eficacia del fuero del artículo 221 del Código del Trabajo, lo que importa analizar las siguientes cuestiones: i. La finalidad del fuero laboral del artículo 221; ii. Las personas beneficiadas con el mismo; iii. La extensión del fuero en el tiempo; iv. Los requisitos de existencia y eficacia del fuero del fuero sindical; v. Los requisitos de la comunicación que debe darse por la directiva sindical a la administración de la empresa (s) de la celebración de la asamblea constitutiva; vi. La finalidad de la referida comunicación; vii. La naturaleza jurídica de dicha comunicación viii. Consecuencias jurídicas derivadas de la comunicación, de su omisión o comunicación defectuosa. Todas materias que se encuentran en estrecha relación con el problema que nos ocupa, y que permite darle una respuesta.

2. FUERO SINDICAL DE LOS TRABAJADORES QUE CONCURREN A LA CONSTITUCIÓN DE UN SINDICATO BASE

Como se señaló, la Ley N° 19.759 publicada en el *Diario Oficial* el 5 de octubre de 2001 con el propósito de fomentar el derecho fundamental de sindicación consagrado, ente otros preceptos, en el artículo 19 N° 19 de la Constitución Política, mediante la constitución de organizaciones sindicales, introdujo en el artículo 221 del Código del Trabajo los incisos 3^o y 4^o, que regulan el fuero sindical de que gozan los trabajadores que concurren a la constitución de un sindicato base⁵. De esta forma, se otorga a los constituyentes de una organización sindical la debida protección, consistente en la estabilidad laboral durante el período que señala el precepto citado, que abarca un lapso inmediatamente anterior a la celebración de la asamblea constitutiva, y otro inmediatamente posterior a la misma⁶. Período

³ Dispone el artículo 221 inciso 3° del Código del Trabajo: “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”.

⁴ Por su parte, el artículo 221 inciso 4° del Código del Trabajo prescribe: “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”.

⁵ El mensaje presidencial del proyecto de ley que dio origen a la Ley N° 19.759, señala respecto a la razón de incorporar el fuero del artículo 221: “Esta norma, que recoge la doctrina expresada en recientes fallos de la Corte Suprema, contribuye a la efectiva protección del ejercicio del derecho de sindicalización, a la vez que contribuye a dar cumplimiento a lo establecido en los convenios de libertad sindical”. En: historia de la Ley N° 19.759. Cfr: http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?anio=2001, p. 11 [consultada el 26 de marzo de 2012].

⁶ En este sentido Dictamen N° 5357/245 de la Dirección del Trabajo, 12 de diciembre de 2003. Cfr: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-63107.html> [consultada el 10 de abril de 2012]. Este dictamen señala en lo pertinente: “El fundamento de la citada norma, introducida por la ley N° 19.759, de 2001, ha sido el de fomentar la actividad sindical, procurando la debida protección de los constituyentes de una organización, otorgándoles estabilidad laboral durante periodos particular-

de tiempo que es particularmente crítico, ya que es la época en que los trabajadores constituyentes se ven más expuestos a perder su fuente laboral, debido a que la experiencia indica que como los empleadores no son muy proclives a tener una organización sindical al interior de su empresa, podrían verse tentados a ejercer actos de amedrentamientos y represión, como lo es el despido, en el plazo inmediatamente anterior a la constitución del sindicato o inmediatamente posterior a su constitución, con el propósito de evitar que nazca a la vida del derecho o bien que no pueda desarrollar actividad sindical, forzándolos a desaparecer o tener nula actividad sindical.

Con el nuevo artículo 221 del Código del Trabajo se armoniza el ordenamiento jurídico interno sobre libertad sindical y derecho de sindicalización con la normativa contemplada en los Convenios N°s 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificados por Chile y publicados en el *Diario Oficial* el 12 de mayo de 1999, que actualmente se encuentran vigentes, formando parte de nuestro ordenamiento jurídico.

La Corte Suprema ya con anterioridad a la modificación del artículo 221 del Código del Trabajo había reconocido un fuero previo a la asamblea constitutiva en favor de los trabajadores que concurren a la constitución de un sindicato, fundado en los principios y garantías constitucionales vigentes en nuestro país en materia de libertad sindical, como lo son los Convenios N°s 87, 98 y 135 de la Organización Internacional del Trabajo, artículos 19 N° 19 de la Constitución Política y 215 del Código del Trabajo, siendo destacable la sentencia que pronunció el 19 de octubre de 2000⁷.

El legislador laboral no define el fuero laboral en general ni el fuero sindical en particular en precepto legal alguno, solo se limita a regular los casos de fuero laboral existentes en nuestro ordenamiento laboral (artículos 201, 221, 229, 238, 243, 309 del Código del Trabajo) y el procedimiento que debe observar el empleador para obtener el desafuero de un trabajador para poder despedirlo en forma válida (artículo 174 del Código del Trabajo). No obstante ello, tomando en consideración los fines del mismo y los efectos que produce, podemos definir el fuero sindical de quienes concurren a la constitución de un sindicato “como una forma de protección legal de que gozan determinados trabajadores, en razón de la situación en que se encuentran, con el fin que no sean despedidos de su trabajo, arbitrariamente, mientras perdura dicho estado”⁸. De esta forma, el fuero sindical es un instru-

mente críticos, como lo son el previo e inmediatamente posterior a dicha constitución. Ello con el fin de armonizar la normativa contenida en el ordenamiento jurídico interno sobre libertad sindical y derecho de sindicalización, a las contempladas en los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, ratificados por Chile. Lo anterior se ve corroborado por la historia fidedigna del establecimiento de la referida ley, la que dejó en claro que “Esta norma, que recoge la doctrina expresada en recientes fallos de la Corte Suprema, contribuye a la efectiva protección del ejercicio del derecho de sindicalización, a la vez que contribuye a dar cumplimiento a lo establecido en los convenios de libertad sindical”. (Mensaje del Señor Vicepresidente de la República con el que inicia el proyecto de ley, en “Historia de la Ley”, Compilación de textos oficiales del debate parlamentario, ley N° 19.759, Biblioteca del Congreso Nacional, vol.1, p. 8, Santiago, Chile, 2001)”.

⁷ Sentencia de la Excm. Corte Suprema, 19 de octubre de 2000, pronunciada en recurso de casación en el fondo, Rol N° 10.695, en: *Revista Laboral Chilena*, n° 5, noviembre 2000, Santiago, Chile, pp. 40 y ss.

⁸ La sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción el 11 de marzo de 2007 en recurso de apelación, Rol N° 265-2007, define el fuero laboral en general, comprensivo de los distintos fueros previstos en la legislación laboral, del siguiente modo: “1. Que el fuero laboral se entiende como una forma de protección legal de que gozan determinados trabajadores en razón del cargo o función que desempeñan (directores sindicales, delegados sindicales, delegados de personal, etcétera) o de la situación en que se encuentran (mujer embarazada y puérpera), con el fin de que no sean despedidos de su trabajo, arbitraria-

mento tutelar de la actividad sindical de los trabajadores dependientes, y consecuentemente de la libertad sindical de que están dotados, constituyendo un estado de excepción, un privilegio que ampara no solo a los trabajadores que representan a la organización sindical en calidad de directores, sino que se extiende también, por causa sindical, a otras situaciones, como por ejemplo a los que acudieron al acto de constitución de la organización sindical, a los que fueron candidatos para su directiva y a todos los dependientes de la empresa respectiva durante la negociación colectiva reglada⁹.

Conforme a lo indicado, mientras gozan los trabajadores dependientes del fuero sindical del artículo 221 del Código del Trabajo, el empleador no podrá poner término a su contrato de trabajo sino con autorización previa del juez competente, tal como lo dispone el artículo 174 del Código del Trabajo. De contravenirse tales normas el despido es nulo absolutamente, ya que se vulneran normas prohibitivas, que tienen como sanción la nulidad señalada, tal como resulta de la relación de los artículos 10, 1466 y 1683 del Código Civil, preceptos que son plenamente aplicables al derecho laboral en virtud de la aplicación supletoria del Código Civil consagrada en el artículo 4 de este Código¹⁰.

En consecuencia, con la instauración del fuero sindical del artículo 221 del Código del Trabajo se busca posibilitar la absoluta libertad de los trabajadores en el ejercicio del derecho a sindicación, “precaviendo cualquier represalia por parte del empleador, particularmente el despido”¹¹.

2.1. BENEFICIARIOS DEL FUERO SINDICAL DEL ARTÍCULO 221 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO

Tal como en todos los casos de fuero laboral previstos en el Código del Trabajo, el fuero del artículo 221 está establecido en beneficio de los trabajadores dependientes que concurren a la constitución de uno cualquiera de los sindicatos que menciona el precepto

mente, mientras perdura dicho estado. Consiste en la prohibición que tiene el empleador de poner término al contrato de trabajo sin previa autorización del juez competente”. Cfr. <http://www.corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB> [consultada el 27 de marzo de 2012].

⁹ En este sentido la sentencia de la Excm. Corte Suprema, de 3 de noviembre de 2010, pronunciada en recurso de casación en el fondo, Rol N° 5162 - 2010, considerando noveno, que establece: “Noveno: Que desde este punto de vista, el fuero sindical es una norma tutelar de tal actividad y, consecuentemente, de su libertad, por lo que constituye un estado de excepción, un privilegio que ampara no solo a quienes representan a la organización sindical sino que se extiende también, por causa sindical, a otras situaciones, como por ejemplo, a los que acudieron al acto constitución de la organización, a los que fueron candidatos para su directiva y a todos los dependientes de la empresa respectiva durante la negociación colectiva”. Cfr. [http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ25333&links=\[ARTICULO, 225, LJ\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ25333&links=[ARTICULO, 225, LJ]) . [consultada el 27 de marzo de 2012]. En idénticos términos ya se había pronunciado la Excm. Corte Suprema por sentencia de 21 de abril de 2009, considerando octavo, pronunciada en recurso de casación en el fondo, Rol N° 607-2009, en: *Revista Laboral Chilena*, n° 186, mayo, Santiago, Chile, 2010, pp. 35-36.

¹⁰ La Excm. Corte Suprema en sentencia de 11 de enero de 2005, pronunciada en recurso de casación en el fondo Rol N° 3976-2003, al determinar la eficacia del despido en contravención a las normas sobre fuero sindical, resolvió: “Undécimo: Que si se lleva a cabo el despido de un trabajador con fuero sindical, sin obtener la autorización judicial, esa resolución adolece de nulidad, con arreglo a lo prescrito en el artículo 10 del Código Civil, por tratarse de un acto prohibido por la ley y, por ello, es que debe procederse a la reincorporación del afectado a su trabajo y en caso de no hacerse ella efectiva, el empleador está obligado a pagar al trabajador ilegalmente despedido todas las remuneraciones, no obstante gozar de fuero, por estar imposibilitado de ejecutar el contrato de trabajo como consecuencia directa de un acto ilegítimo de la contraparte”, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. T. CII, n° 1-2005, Santiago, Chile, p. 269.

¹¹ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *Derecho Colectivo del Trabajo* -2ª edición-. Santiago, Chile: Editorial LegalPublishing, 2011, p. 454.

referido. Si bien la disposición legal que nos ocupa no emplea la expresión “trabajadores dependientes”, sino que habla solamente de “trabajadores”, no cabe duda que se refiere a los que prestan servicios bajo subordinación y dependencia de una tercera persona natural o jurídica, toda vez que los sindicatos que deben constituirse para gozar del fuero necesariamente deben estar formados por trabajadores que laboran en calidad de dependientes. Basta leer el artículo 216 del Código del Trabajo, que define a la mayoría de los tipos de organizaciones sindicales que menciona el artículo 221 en sus incisos 3° y 4° para determinar que los sindicatos que permiten a los trabajadores gozar de fuero sindical deben constituirse por trabajadores dependientes, situación que es justificada si se atiende al fin del fuero laboral, cual es proteger a los trabajadores por un determinado período de tiempo frente al despido, necesitando autorización judicial el empleador para poder materializarlo en forma válida, despido que solo se da cuando se está ante un trabajador dependiente. No existe la institución del despido tratándose de los trabajadores independientes, por lo mismo no gozan de fuero laboral.

Ahora bien, es perfectamente posible que un trabajador sea despedido y dentro de los diez días siguientes al mismo asista a la constitución de alguno de los sindicatos que enumera el artículo 221 del Código del Trabajo. Entonces se plantea la duda si asiste en calidad de trabajador dependiente, o bien no tiene esa calidad, no pudiendo gozar del fuero del artículo 221. La respuesta es que si el trabajador concurre de buena fe a la constitución de una organización sindical, no con el propósito de dejar sin efecto el despido de que ha sido objeto, esto es, sin abuso del derecho o fraude a la ley, sino con el solo objeto de ejercer su derecho fundamental de sindicación, lo que será manifiesto si la constitución de la organización sindical se venía planificando desde antes del despido, el trabajador gozaba de fuero sindical al momento del despido, siendo este ineficaz. Por tanto, concurre en calidad de trabajador dependiente. En este caso, el despido nunca fue tal, no nació a la vida del derecho, no habiendo tenido el trabajador nunca la calidad de ex trabajador, pues las consecuencias de la nulidad absoluta hacen desaparecer por completo al acto ejecutado en contravención a una norma prohibitiva, en este caso, las que regulan el fuero sindical. Según se ha resuelto reiteradamente por la jurisprudencia judicial, en el caso indicado, el despido se produce bajo una condición suspensiva, consistente en la no ejecución de un acto, esto es, que dentro del período de diez días a que se refiere el artículo 221 del Código del Trabajo, el trabajador despedido no participe en la constitución de alguno de los sindicatos que menciona, pues en caso que lo haga, se cumple tal condición, es decir, aquel goza del referido fuero y, por consiguiente, el despido resulta ineficaz, porque para que pudiera llevarse a efecto, se requiere de la autorización judicial pertinente, lo que claramente no ha hecho el empleador, por no haber estado constituida la organización sindical al momento de materializar el despido¹².

Sin embargo, si en el mismo supuesto de hecho relatado en el párrafo anterior, el trabajador despedido concurre a la constitución de un sindicato con el solo fin de dejar sin efecto el despido de que ha sido objeto, sin tener intención de desarrollar actividad sindical alguna, valiéndose para lograr su objetivo de la constitución de una organización sindical

¹² En este sentido por ejemplo sentencias de la Excm. Corte Suprema de 21 de abril de 2009, considerando octavo, pronunciada en recurso de casación en el fondo, Rol N° 607-2009; sentencia de 3 de noviembre de 2010, pronunciada en recurso de casación en el fondo, Rol N° 5162-2010, considerando duodécimo, en: *Revista Laboral Chilena*, cit. (n. 9).

y de las normas de que le confieren el fuero, no gozará del fuero indicado. Pero no por no reunir el requisito de ser trabajador dependiente, sino porque ha participado en el acto de constitución con fraude a la ley o bien con abuso del derecho, valiéndose de las normas sobre constitución de organizaciones sindicales con fines exclusivamente instrumentales, para dotarse de inmovilidad laboral, siendo, por lo mismo, sancionado tal acto con la inoponibilidad frente al empleador, careciendo de eficacia el fuero sindical, no pudiendo ser invocado para dejar sin efecto el despido. Son numerosas las sentencias judiciales que se han pronunciado en estos términos¹³. También la doctrina se pronuncia en este sentido¹⁴. Cuando las organizaciones sindicales se constituyen persiguiendo los fines ilícitos indicados, han recibido en la práctica el nombre de “sindicatos del día después”.

Ahora bien, para que el trabajador dependiente pueda gozar del fuero sindical es necesario que participe en la constitución de uno de los sindicatos que menciona el artículo 221 del Código del Trabajo, y lo hace cuando asiste a la celebración de la asamblea constitutiva, participando activamente en la misma, votando para aprobar los estatutos de la organización sindical y elegir el directorio sindical, como también firmando el acta de constitución. Es decir, es un afiliado originario del sindicato, que con su participación activa permite su constitución. El tenor literal del artículo 221 del Código del Trabajo no admite dudas de lo señalado; su inciso tercero comienza señalando: “Los trabajadores que concurran a la constitución de un sindicato (...)”, por su parte, el inciso cuarto al referirse a los sindicatos de trabajadores eventuales o transitorios, dispone: “Los trabajadores que constituyan un sindicato (...)”.

En consecuencia, el presupuesto indispensable para ser beneficiario del fuero sindical del artículo 221, es que el trabajador dependiente concurra a la constitución de uno de los sindicatos que el precepto legal enumera, y lo hace cuando asiste a la asamblea constitutiva. *A contrario sensu*, si un trabajador se afilia al sindicato una vez constituido, cuando ya ha nacido a la vida del derecho, no gozará de dicho fuero, por no encontrarse en el presupuesto fáctico de la norma legal.

En cuanto a la extensión subjetiva, el fuero sindical protege a todos los trabajadores dependientes que participan en la constitución del sindicato, sin importar la calidad que pasarán a ocupar al interior de la organización sindical una vez constituida, bien sean directores sindicales o simplemente afiliados. De este modo, el artículo 221 del Código del Trabajo consagra un concepto amplio de fuero sindical, pues comprende a todos los trabajadores que hacen posible la constitución de la organización sindical¹⁵.

¹³ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de julio de 2009, Rol N° 8465 -2008. *Cfr.* [http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ21184&links=\[ABU, DERECH, LJ\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ21184&links=[ABU, DERECH, LJ]) [consultada el 10 de abril de 2012]. En el mismo sentido sentencia pronunciada por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 23 de octubre de 2010, RIT S-41-2010; Sentencia dictada por el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 9 de noviembre de 2010, RIT S-44-2010; sentencia dictada por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 30 de diciembre de 2010, RIT S-50-2010. *Cfr.* <http://www.laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do> [consultadas el 10 de abril de 2012].

¹⁴ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *op. cit.* (n. 11), pp. 460-461.

¹⁵ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *op. cit.* (n. 11), p. 454.

2.2 EXTENSIÓN TEMPORAL DEL FUERO SINDICAL DEL ARTÍCULO 221 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO

El fuero sindical del artículo 221 de nuestro Código del Trabajo, como todo fuero laboral, se encuentra limitado en el tiempo, teniendo un período de vigencia determinado, regulando detalladamente el legislador laboral el momento en que se inicia y que se extingue. No existe fuero laboral que se prolongue indefinidamente en el tiempo, el mismo se extiende solo hasta que cese la circunstancia que justifica su establecimiento y que es determinada con precisión por la norma legal que lo regula. Desapareciendo el supuesto que permite la existencia y vigencia del fuero, se extingue indefectiblemente el mismo.

El plazo de vigencia del fuero sindical que nos ocupa es diverso, dependiendo del tipo de organización sindical que se constituya. Tratándose de los sindicatos de empresa establecimiento de empresa e interempresa, el plazo de duración se extiende por 40 días, no pudiendo ser superior a dicho plazo. Ahora bien, es la fecha de celebración de la asamblea constitutiva del sindicato la que determina la forma en que se distribuye el plazo, estableciendo su fecha de inicio y término; comienza diez días antes de la celebración de la asamblea constitutiva, consagrándose de esta forma un fuero retroactivo, al igual que tratándose del fuero maternal (artículo 201 del Código del Trabajo) y el fuero de la negociación colectiva reglada (artículo 309 del Código del Trabajo). Y termina 30 días después de celebrada la asamblea constitutiva.

Tratándose de los sindicatos de trabajadores eventuales o transitorios, el fuero se extiende desde los diez días anteriores a la celebración de la asamblea constitutiva hasta el día siguiente de la misma. No obstante lo indicado, este fuero amparará a los trabajadores que participan en la constitución de dichos sindicatos solo durante la vigencia de su contrato de trabajo, si estuvieren contratados bajo las modalidades de un contrato a plazo fijo o por obra o servicio. Lo que significa que si el plazo se extingue o la obra concluye, según el tipo de contrato, durante la vigencia del fuero sindical, no es necesario solicitar autorización judicial previa para su desvinculación, debido a que el fuero sindical en estos tipos de contratos de trabajo solo tutela al trabajador durante la vigencia de los mismos, extinguiéndose junto al contrato de trabajo. Este fuero no excederá de quince días. Al igual que en los sindicatos de empresa, establecimiento de empresa e interempresa, es la fecha de celebración de la asamblea constitutiva la que determina la forma en que se distribuye el plazo de vigencia del fuero sindical que nos ocupa y determina su momento de inicio y término.

Si bien el legislador laboral no lo dice expresamente, el plazo de vigencia del fuero sindical es de días corridos, ya que frente al silencio del legislador laboral sobre si los plazos de días son de días hábiles o continuos, deben aplicarse las reglas generales sobre la forma de computar los plazos, que se encuentran en los artículos 48, 49 y 50 del Código Civil, los cuales son plenamente aplicables a los plazos regulados en el Código del Trabajo que no tienen reglas especiales, en virtud de la aplicación supletoria del Código Civil. En conformidad al artículo 50 de este último cuerpo legal los plazos de días son de días corridos, salvo que la norma que los consagre señale expresamente que son de días hábiles, lo que no ocurre en la especie, por tanto, el plazo del fuero sindical es de días corridos. Asimismo, es de días completos y de carácter fatal, extinguiéndose el fuero de pleno derecho a la media noche del último día de su vigencia.

La forma de computar el plazo de vigencia del fuero sindical, precisando su inicio y término es de gran importancia tanto para los trabajadores beneficiados como para sus empleadores. Para los primeros, porque sabrán por cuánto tiempo estarán protegidos por el mismo. Por su parte, tratándose de los empleadores, les permite saber si deben o no solicitar autorización previa al tribunal competente para despedir a un trabajador o bien reincorporar a un trabajador despedido mientras gozaba de fuero, cuando el mismo le era desconocido, habiéndolo despedido sin que algún tribunal de justicia lo haya autorizado previamente, situación que es de común ocurrencia mientras al empleador no se le comunica la celebración de la asamblea constitutiva y nómina de trabajadores constituyentes del sindicato. Dicha computación no ofrece mayores dificultades cuando en la asamblea constitutiva la votación se lleva a efecto en un solo instante, comenzando y concluyendo en un mismo acto para todos los trabajadores constituyentes, situación que es la de mayor ocurrencia en la realidad fáctica.

Sin embargo, puede ocurrir que, en ciertas ocasiones, los trabajadores no cuentan con facilidades para expresar su voluntad en un mismo día, no pudiendo reunirse todos en un mismo momento y lugar, ya sea por la ubicación geográfica del lugar en que prestan servicios, por la distribución de sus jornadas de trabajo, por los sistemas de turnos u otras situaciones similares, siendo posible que lleven a afecto el proceso de constitución de la organización respectiva en votaciones parciales a realizarse en más de un día, lo cual no significa que la asamblea constitutiva pierda su carácter de simultaneidad a que alude el artículo 246 del Código del Trabajo. El acto de constitución sigue siendo único, a pesar de estar distribuido en más de un día, y solo se entenderá terminado una vez que haya ejercido su derecho a votar el último de los trabajadores constituyentes de la organización sindical¹⁶. La duda que surge en esta situación es ¿desde cuándo se cuenta el plazo del fuero sindical y hasta cuándo se extiende? La respuesta es que comienza a correr desde diez días antes del día en que los trabajadores constituyentes llevan a efecto “el primer acto de votación” dirigido a constituir la organización sindical de que se trate, y se extiende hasta treinta o quince días, después de realizado el último acto de votación, con un máximo de vigencia de cuarenta o quince días, dependiendo del tipo de sindicato que se constituya, contados desde que se inició el fuero de diez días previos a la primera votación parcial¹⁷.

Sea que la asamblea constitutiva tenga lugar en un solo acto o en más de uno, es necesario establecer que encontrándonos en presencia de un acto jurídico de carácter colectivo, como es la constitución de una organización sindical, el fuero es común, en cuanto a su fecha de inicio y término para todos los trabajadores que participan en dicha constitución, sin importar el momento en que hayan votado.

¹⁶ Corroborar la afirmación anterior el propio artículo 246 del Código del Trabajo, citado precedentemente, a través del cual el legislador ha tenido en cuenta las dificultades prácticas que se le puede plantear a una organización sindical para llevar a efecto las diversas votaciones o elecciones, y remedia la situación entregando a sus propios estatutos la determinación de su actuar en esta materia. Solo de manera subsidiaria, en el evento que los estatutos nada dijeran se faculta a la Dirección del Trabajo para reglamentarlo en cada oportunidad en que se suscite algún inconveniente.

¹⁷ En este sentido Dictamen Nº 4777/0221 de la Dirección del Trabajo, 14 de diciembre de 2001. *Cfr.* <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-62810.html> [consultada el 10 de abril de 2012].

Debe dejarse establecido que los trabajadores podrán gozar del fuero a que se refiere el artículo 221 del Código del Trabajo, solo dos veces durante cada año calendario (artículos 221 inciso final y 238 inciso 3° del Código del Trabajo). Norma que se estableció con el fin de evitar posibles abusos por parte de los trabajadores del fuero sindical, ya que de no haberse establecido un límite al mismo, los trabajadores podrían verse tentados a constituir continuamente sindicatos con el solo propósito de gozar del fuero objeto de nuestro estudio, impidiendo que el empleador los pudiera despedir sin previa autorización judicial, lo que claramente sería un abuso del derecho y que el ordenamiento jurídico no puede amparar, por el contrario, debe evitar y combatir.

2.3 REQUISITOS DE EXISTENCIA Y EFICACIA DEL FUERO SINDICAL ESTABLECIDO EN FAVOR DE LOS TRABAJADORES QUE CONSTITUYEN UN SINDICATO

Todo fuero laboral, entre ellos el fuero sindical, supone uno o más requisitos de existencia necesarios para que nazca a la vida del derecho, determinado con precisión por las normas legales que los consagran y regulan. Exactitud que se justifica por las trascendentales consecuencias jurídicas que produce su nacimiento a la vida del derecho, tanto para los trabajadores beneficiados como para el empleador, como también para los órganos del Estado encargados de velar por su protección, principalmente la Dirección del Trabajo y los Tribunales de Justicia.

Tratándose del fuero sindical previsto en el artículo 221 del Código del Trabajo, al tener como finalidad esencial proteger a los trabajadores que concurren a la constitución de un sindicato base en contra de actos de hostigamiento y represión del empleador, tiene como requisito de existencia básico la constitución de un sindicato base. Es decir, para que nazca a la vida del derecho deben cumplirse las formalidades establecidas por el legislador para constituir una organización sindical; las necesarias para obtener su personalidad jurídica, no siendo suficiente la sola celebración de la asamblea constitutiva, no obstante que la misma fije la fecha de nacimiento y distribución del plazo de vigencia del fuero sindical. Por consiguiente, debe celebrarse la asamblea constitutiva del sindicato con el quórum necesario exigido por el Código del Trabajo en los artículos 227 y 228, que es diverso según el tipo de sindicato que se constituya, reuniéndose los trabajadores interesados ante un ministro de fe, con el fin de aprobar los estatutos y elegir el primer directorio, levantando un acta de todo lo obrado (artículo 221 incisos 1° y 2° del Código del Trabajo). Luego, el directorio electo debe depositar en la Inspección del Trabajo el acta original de constitución del sindicato y dos copias de sus estatutos certificadas por el ministro de fe actuante dentro del plazo de 15 días desde la fecha de celebración de la asamblea constitutiva, después de lo cual el sindicato goza de personalidad jurídica, naciendo a la vida del derecho y, con ello, el fuero sindical (artículo 222 del Código del Trabajo).

Debe advertirse que el control de legalidad de la constitución del sindicato efectuado por parte de la Inspección del Trabajo, cuyo procedimiento se regula en el artículo 223 del Código del Trabajo, no influye en el nacimiento del fuero sindical, ya que el mismo nació con el depósito de los documentos señalados en el párrafo anterior; a lo más podría provocar la caducidad de la personalidad jurídica del sindicato si se formulan observaciones y no se subsanan, la que no opera con efecto retroactivo, sino solo para el futuro, por lo que solo

podría acortar el plazo de vigencia del fuero, extinguiéndose anticipadamente, de producirse la caducidad dentro del lapso señalado en el artículo 221, pero en ningún caso impide su nacimiento.

Al leer los incisos 1° y 2° del artículo 221 del Código del Trabajo, pudiera creerse que basta la sola celebración de la asamblea constitutiva para que los trabajadores puedan gozar del fuero sindical previsto en los incisos 3° y 4° del mismo precepto. Sin embargo, ello no es así, ya que la asamblea fija el momento de inicio del fuero y su forma de distribución, pero para su nacimiento se requieren las formalidades de constitución del sindicato (con la excepción del control de legalidad), so pena que si no se cumplen, el fuero no ha nacido jamás a la vida del derecho. El fuero del artículo 221 al tener por objeto proteger a los trabajadores que concurren a la constitución de un sindicato, es dependiente de la constitución del mismo, lo que solo va a ocurrir cuando obtenga su personalidad jurídica, que sucede en el momento del depósito de los documentos señalados en el artículo 222 del Código del Trabajo; por lo que no se concibe sin su constitución, careciendo de razón de ser. En otros términos, el fuero sindical tiene su inicio con la celebración de la asamblea constitutiva, distribuyéndose retroactivamente y para el futuro, sujeto empero a una condición suspensiva, que consiste en que se cumplan el resto de las formalidades de constitución del sindicato, por tanto, si las mismas no se cumplen, la condición habrá fallado, no habiendo nacido el fuero sindical a la vida del derecho, lo que significa que los trabajadores que concurren a la asamblea constitutiva nunca tuvieron fuero. Por el contrario, si se cumplen las formalidades de constitución del sindicato, el fuero nace desde que se celebra la asamblea constitutiva, con el plazo de vigencia previsto en el artículo 221 del Código del Trabajo.

La conclusión anotada en principio parece pacífica, pero no lo es, ya que conforme se dirá más adelante, es perfectamente posible sostener que la comunicación que debe dar el directorio sindical a la empresa de la celebración de la asamblea constitutiva de la organización sindical es un requisito de existencia del fuero sindical, y por lo mismo, no sería suficiente cumplir solamente con las formalidades de constitución de un sindicato, sino también con la comunicación indicada, bajo el riesgo de no gozar los trabajadores constituyentes del fuero sindical, por no haber este nacido a la vida del derecho. Sin embargo, conforme se explicará, es discutible que este último requisito se exija para el nacimiento del fuero sindical, existiendo sobre el punto opiniones diversas.

Solo la constitución de un sindicato base provoca el surgimiento del fuero sindical a favor de los trabajadores constituyentes, estando los mismos enumerados taxativamente en el artículo 221 del Código del Trabajo, cuales son los sindicatos de empresa, interempresa, de trabajadores eventuales o transitorios y de establecimiento de empresa. Los tres primeros mencionados se encuentran definidos en el artículo 216 del Código del Trabajo¹⁸, por lo que no ofrecen mayor dificultad en cuanto a su delimitación, con la salvedad del sindicato

¹⁸ El artículo 216 del Código del Trabajo dispone: “Las organizaciones sindicales se constituirán y denominarán en consideración a los trabajadores que afilien. Podrán, entre otras, constituirse las siguientes:

a) Sindicato de empresa: es aquel que agrupa a trabajadores de una misma empresa;

b) Sindicato interempresa: es aquel que agrupa a trabajadores de dos o más empleadores distintos;

c) Sindicato de trabajadores independientes: es aquel que agrupa a trabajadores que no dependen de empleador alguno, y

d) Sindicato de trabajadores eventuales o transitorios: es aquel constituido por trabajadores que realizan labores bajo dependencia o subordinación en períodos cíclicos o intermitentes”.

de empresa, que presenta las dificultades propias del concepto de empresa, pues dependiendo del alcance que se dé a su definición legal¹⁹, especialmente a la expresión “individualidad legal determinada”, se podrá entender cuando un sindicato es de empresa. El caso es que el problema no es tan sencillo, debido a que en doctrina se discute el alcance que el Código del Trabajo le da a la noción de empresa, existiendo diversas opiniones al respecto²⁰.

Por otra parte, el Código del Trabajo omitió definir el sindicato de establecimiento de empresa, lo que podría generar confusiones sobre su exacto alcance, mayormente cuando las nociones que derivan sobre el mismo de la historia de la Ley Nº 19.759 y de la doctrina no son coincidentes. Del primer informe de la Comisión del Trabajo, cuando se tramitaba la ley en referencia, se desprende que para estar en presencia de un sindicato de establecimiento de empresa lo importante es que los trabajadores constituyentes y afiliados presten servicios en un mismo lugar físico, independientemente de quien sea su empleador. Textualmente se señaló:

“(…) merece especial mención la definición de sindicato de establecimiento, al cual podrán pertenecer todos los trabajadores que desempeñen sus funciones en un mismo lugar, de tal suerte que pueden formar parte del mismo tanto los trabajadores de la empresa como trabajadores de un contratista, o bien puede organizarse un sindicato común en un mall donde existen diferentes empleadores”²¹.

En cambio, para la doctrina el sindicato de establecimiento de empresa “se trata del sindicato de empresa que se constituye en un establecimiento de la misma”²², no pudiendo, por tanto, existir en su seno trabajadores de distintos empleadores, aun cuando trabajen en el mismo lugar o espacio físico. De ocurrir ello, se estará en presencia de un sindicato inter-empresa y no de establecimiento de empresa.

Cualquier otro sindicato diverso a los señalados que se constituya, sea de base, de segundo (federaciones, confederaciones) o tercer grado (centrales), no confiere a los trabajadores el fuero sindical en comento, ya que al ser excepcional, la norma que lo consagra debe ser interpretada restrictivamente, no pudiendo extenderse a situaciones no previstas en la misma. Solo existen los fueros laborales que el legislador ha señalado y regulado, no pudiendo existir otros por analogía o extensión, ni los Tribunales de Justicia y Dirección del

¹⁹ El artículo 3 inciso 3° del Código del Trabajo define empresa en los siguientes términos: “Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo un dirección, para el logro de fine económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada”.

²⁰ Ver un resumen sobre las distintas posiciones del concepto de empresa en TAPIA GUERRERO, Francisco. “El concepto de empresa y los derechos sindicales en el derecho chileno del Trabajo”, en: VV. AA. *Estudios en homenaje al profesor William Thayer A.* Santiago, Chile: Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1998, pp. 222-244; GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *op. cit.* (n. 11), pp. 121-133; PALAVECINO CÁCERES, Claudio. “De la empresa como pura factibilidad a la relación de trabajo sin contrato”, en: *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 2, n° 4, Santiago, Chile, pp. 13-27.

²¹ Historia de la Ley Nº 19.759. *cit.* (n. 5), p. 110.

²² GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *op. cit.* (n. 11), p. 458.

Trabajo crear un fuero laboral, pues la ley ni la Constitución Política les han otorgado competencia para ello.

Ahora bien, la duda que surge es si el fuero sindical del artículo 221 del Código del Trabajo, además, de las formalidades propias de la constitución del sindicato base ya señaladas, está sujeto a otros requisitos de existencia o de eficacia, que sean necesarios para que nazca a la vida del derecho, o bien que permitan a los trabajadores hacerlo valer respecto de cualquier persona, entre ellos su empleador. Duda que surge, debido a que como el fuero sindical impone una serie de prohibiciones, cargas y deberes al empleador, el artículo 225 inciso 1° del Código del Trabajo ordena a la directiva sindical electa comunicar a la administración de la empresa la celebración de la asamblea constitutiva. Por consiguiente, cabe preguntarse ¿es la comunicación del artículo 225 del Código del Trabajo un requisito de existencia o eficacia del fuero sindical establecido en favor de los trabajadores que concurren a la constitución de un sindicato base? O por el contrario ¿basta con cumplir con las formalidades de constitución del sindicato, para que el empleador esté obligado a respetar el fuero del artículo 221, aunque ignore la celebración de la asamblea constitutiva o quienes concurren a la misma, por no haberlo comunicado la directiva sindical?

Preguntas que revisten gran importancia, porque dependiendo de su respuesta, los trabajadores podrán invocar el fuero del artículo 221 del Código del Trabajo respecto de su empleador, con todas las consecuencias que ello importa. También la Dirección del Trabajo y los Tribunales de Justicia Laborales, encargados de velar por la correcta aplicación de la legislación laboral, al fiscalizar y sancionar sus vulneración podrán determinar si existe o no infracción por parte del empleador de las normas que regulan el fuero sindical establecido en beneficio de los trabajadores que asisten a la constitución de un sindicato base.

Como respuesta preliminar, debe decirse que es discutido, principalmente en la jurisprudencia, si la comunicación del artículo 225 inciso 1° es o no un requisito de existencia o eficacia del fuero del artículo 221 del Código del Trabajo, al menos respecto del empleador, y por lo mismo su naturaleza jurídica es controvertida. Controversia que se plantea porque el legislador no señaló expresamente cuál es la sanción aplicable cuando el directorio sindical electo no comunica a la administración de la empresa la celebración de la asamblea constitutiva, o bien no la realiza en la forma dispuesta por el Código del Trabajo, ni tampoco señaló cuál es su naturaleza jurídica. Por tanto, a fin de dar una respuesta a las preguntas formuladas, debe analizarse pormenorizadamente el sentido y alcance del artículo 225 del Código del Trabajo en la parte que dice relación con la comunicación de la asamblea de constitución del sindicato, para luego responderlas.

3. COMUNICACIÓN DE LA CELEBRACIÓN DE LA ASAMBLEA CONSTITUTIVA DEL SINDICATO AL EMPLEADOR

La Ley N° 19.759, junto con agregar al artículo 221 los incisos 3° y 4°, modificó el artículo 225 del Código del Trabajo²³, imponiendo al directorio sindical del sindicato base

²³ El artículo 225 del Código del Trabajo en sus incisos 1° y 3° regula la comunicación de la celebración de la asamblea constitutiva del sindicato al empleador, disponiendo en la parte pertinente: "El directorio sindical comunicará por escrito a la administración de la empresa, la celebración de la asamblea de constitución y la nómina del directorio y quienes dentro de él

constituido la carga de comunicar a la administración de la empresa en que trabajan los trabajadores constituyentes la celebración de la asamblea de constitución, la nómina del directorio electo y quienes dentro de él gozan de fuero sindical, dentro de un plazo perentorio de tres días hábiles laborales. Es oportuno consignar que el grueso de esta norma ya estaba en el Código del Trabajo antes de la reforma introducida por la ley señalada, modificándose principalmente el plazo que se tiene para informar al empleador, aumentando de un día a tres días.

No cabe duda que la finalidad primordial que se persigue con la comunicación prevista en el inciso 1° de la norma en comento es informar al empleador la constitución de un sindicato, la nómina de directores sindicales electos, y quienes dentro de la misma gozan del fuero del artículo 243 del Código del Trabajo, pues no es razonable que una empresa funcione con un sindicato constituido al interior de la misma cuya existencia y directiva sindical ignore, en especial para poder identificar los directores con fuero sindical, ya que respecto de ellos el Código le impone al empleador una serie de prohibiciones y deberes²⁴. Más dudoso es si la comunicación también tiene como objetivo notificar al empleador quienes son los trabajadores que concurren a la constitución del sindicato, a fin que puedan gozar del fuero del artículo 221, debido a las consecuencias jurídicas que derivan a su respecto; duda que surge debido a que el artículo 225 del Código del Trabajo no exige expresamente que la comunicación deba incluir a los trabajadores constituyentes. Los autores nacionales que han escrito al respecto, han negado a la comunicación este objeto, fundando su respuesta en el tenor literal del artículo 225 inciso 1°²⁵. En el mismo sentido parecen pronunciarse algunas sentencias judiciales²⁶. Sin embargo existe otra jurisprudencia judicial que sostiene que la comunicación tiene también por objeto poner en conocimiento del empleador los trabajadores que gozan del fuero establecido en el artículo 221 del Código del ramo, que son los trabajadores constituyentes, debido a las consecuencias jurídicas que de producen a su respecto²⁷. Por lo que a mí respecta, me inclino por la última posición, agregando en su

gozan de fuero, dentro de los tres días hábiles laborales siguientes al de su celebración. (...) En el caso de los sindicatos interempresa, la comunicación a que se refieren los incisos anteriores deberá practicarse a través de carta certificada”.

²⁴ El Primer Informe de la Comisión de Trabajo señaló al respecto: “La notificación al empleador respecto de la constitución de un sindicato y elección de Directorio en su caso debe realizarse como hoy, al día siguiente, pues no es razonable que una empresa funcione con un sindicato cuya existencia y directiva ignore, en especial para poder identificar a los dirigentes con fuero”. Historia de la Ley N° 19.759, *cit.* (n. 5). p. 106.

²⁵ YÁÑEZ MONJE, Eduardo. “El fuero sindical está sujeto a la condición suspensiva de comunicarse al empleador la celebración de la asamblea constitutiva”, en: *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 2, n° 4, Santiago, Chile, p. 196.

²⁶ Así pueden verse sentencia del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 31 de diciembre de 2009, considerando décimo, RIT T-13-2009; sentencia del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 30 de diciembre de 2010, considerando quinto, RIT S – 50 – 2010. *Cfr.* <http://www.laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do> [consultadas el 10 de abril de 2012].

²⁷ Sentencia de remplazo de la Excm. Corte Suprema, 22 de diciembre de 2011, pronunciada en recurso de unificación de jurisprudencia, Rol N° 829 - 2011, considerando 5°. *Cfr.* [http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ30195&links=\[ARTICUL, 225, LJ\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ30195&links=[ARTICUL, 225, LJ]), identificador microjuris MJJ30195 [consultada el 29 marzo 2012]. Concluye la sentencia de remplazo dictada en el recurso de unificación indicado: “Quinto: (...) Al efecto, cabe tener presente que la comunicación a que se refiere el artículo 225 del Código del Trabajo, tiene por objeto poner en conocimiento del empleador por parte de la organización sindical, de quienes se encuentran protegidos por el fuero establecido en el artículo 221 del mismo texto legal, por las consecuencias jurídicas que dicha protección acarrea, especialmente en relación con el empleador, pues entre

defensa, que lo que el intérprete debe buscar no es el tenor literal de la ley sino su sentido, su razón de ser, donde la finalidad juega un rol esencial, y en este caso estimo que la comunicación también comprende a los trabajadores constituyentes, por ser coincidente con la razón de ser del artículo 225 del Código del Trabajo. Ello debido a que es la forma en que el empleador podrá conocer qué trabajadores están dotados de fuero sindical, para determinar qué conducta debe adoptar respecto de ellos, con el fin de evitar vulnerar las normas que protegen el fuero laboral, que imponen severas sanciones en el evento de infringirse. De sostenerse la opinión contraria, cabe preguntarse ¿cómo sabrá oportunamente el empleador qué trabajadores gozan del fuero del artículo 221?, y la respuesta es que no existe otra forma más adecuada de tener ese conocimiento, que el que le dé la propia directiva sindical. De ahí, que a fin de ser coherentes, la interpretación teleológica de las normas laborales debe ser el mecanismo interpretativo a seguir no solo cuando la norma es favorable para el trabajador, sino también cuando la misma protege los intereses del empleador, como lo es el artículo 225 de nuestro Código del Trabajo, pues no existe justificación alguna para adoptar distintos criterios interpretativos dependiendo del interés protegido por cada norma laboral. No sería coherente seguir una interpretación teleológica solo cuando la norma protege intereses del trabajador y una interpretación literal cuando la norma está establecida en beneficio del empleador.

Como se puede observar la finalidad de la comunicación del artículo 225 inciso 1° se encuentra en estrecha relación con las consecuencias jurídicas que la constitución de un sindicato produce para el empleador. Es así, que tratándose de los directores sindicales que gozan de fuero sindical, el empleador deberá concederles los permisos regulados en los artículos 249 y 250 del Código del Trabajo, no podrá despedirlos sin autorización judicial previa durante la vigencia de su cargo y hasta seis meses después de cesado en el mismo, salvo las casos excepcionales previstos en el artículo 243 inciso 1° del Código del Trabajo (directores que gozan de fuero según el artículo 235 del Código del Trabajo), como tampoco podrá ejercer el *ius variandi* por regla general (artículo 243 inciso 2° del Código del Trabajo). Por tu parte, respecto de los trabajadores constituyentes del sindicato, no podrá despedirlos libremente durante la vigencia del fuero sindical, siendo para ello necesario obtener del tribunal competente la autorización que lo permita, y de acuerdo con las causales que establece la ley (artículo 174 del Código del Trabajo). De ahí, que sea tan importante tal comunicación para el empleador, toda vez que de infringir las normas que regulan el fuero sindical, los permisos sindicales y el *ius variandi* se ve expuesto a severas sanciones, como son: condenas por práctica antisindicales, con todas las consecuencias que ello conlleva, entre las que se encuentran el despido nulo, cuantiosas multas²⁸ y prohibición de contratar

otras significará que a quienes hayan concurrido a la celebración de la asamblea, por una parte y a quienes ostentan la calidad de directores, por la otra, no podrá despedirseles durante el período de vigencia del fuero, sino que para ello será necesario obtener del tribunal competente la autorización que se lo permita y de acuerdo con las causales que establece la ley". En el mismo sentido la sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Valdivia, 9 de marzo de 2010, RIT T-21-2009, considerando 4°. *Cfr.* <http://www.laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do> [Consultada el 6 de mayo de 2012].

²⁸ El artículo 292 del Código del Trabajo dispone en lo pertinente: "Las prácticas antisindicales o desleales serán sancionadas con multa de diez a ciento cincuenta unidades tributarias mensuales, teniéndose en cuenta para determinar su cuantía la gravedad de la infracción. En caso de tratarse de una reincidencia, se sancionará con multas de cien a ciento cincuenta unidades tributarias mensuales (...). Si la práctica antisindical hubiere implicado el despido de un trabajador respecto de quien se haya

con el Estado por el plazo de 2 años²⁹; multas por infracción a las normas que regulan el fuero laboral³⁰, dependiendo de las normas infringidas³¹.

Tan importante se consideró que el empleador tuviera conocimiento de quienes son los trabajadores que concurren a la constitución del sindicato, tanto antes de la celebración de la asamblea constitutiva como después de la misma, que durante la tramitación de la Ley Nº 19.759, se propuso mediante indicación de los Senadores señores Bombal, Díez, Pérez, Stange y Urenda, agregar un nuevo inciso al artículo 221, del siguiente tenor: “Los trabajadores que concurren a la constitución de un sindicato de empresa gozan de fuero laboral desde el momento en que se notifique al empleador la fecha de la celebración de la respectiva asamblea constitutiva y hasta 30 días de realizada. En todo caso la notificación no podrá hacerse antes de diez días de la fecha de la asamblea”³². Sin embargo la indicación fue rechazada en la Comisión del Trabajo por tres votos en contra y dos a favor³³. Posteriormente, en la discusión de sala en el Senado se renovó la indicación en la forma indicada, volviendo a ser rechazada, por 19 votos en contra, 14 en favor y dos pareos³⁴.

El principal argumento que se dio durante la discusión en el Senado sobre la necesidad de regular la comunicación al empleador de la celebración de la asamblea constitutiva del sindicato con 10 días de anticipación, es que si no se estableciera en el Código, habrá un fuero respecto de un evento que el empleador no conoce, lo que no es aceptable por las consecuencias jurídicas que derivan por el mismo. En efecto, se señaló:

“(…) El problema es cómo podría un empleador que ha despedido a un trabajador, por ejemplo, saber que dentro de diez días se llevará a cabo una asamblea, en circunstancias de que no existe ningún aviso formal ni nada que le permita conocer tal situación. Vale decir, existiría un fuero retroactivo respecto de algo de lo que él no está enterado. En consecuencia, se trata de una situación absolutamente indeterminada para el empleador”³⁵.

acreditado que se encuentra amparado por el fuero establecido en los artículos 221, 224, 229, 238, 243 y 309, el juez, en su primera resolución deberá disponer, de oficio o a petición de parte, la inmediata reincorporación del trabajador a sus labores y el pago de las remuneraciones y demás prestaciones derivadas de la relación laboral durante el período comprendido entre la fecha del despido y aquella en que se materialice la reincorporación, todo ello, bajo apercibimiento de multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales”.

²⁹ El artículo 4 inciso 1° de la Ley Nº 19.886 sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios señala: “Podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que acrediten su situación financiera e idoneidad técnica conforme lo disponga el reglamento, cumpliendo con los demás requisitos que este señale y con los que exige el derecho común. *Quedarán excluidos quienes, al momento de la presentación de la oferta, de la formulación de la propuesta o de la suscripción de la convención, según se trate de licitaciones públicas, privadas o contratación directa, hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, dentro de los anteriores dos años*”.

³⁰ El artículo 506 inciso final del Código del Trabajo prescribe: “La infracción a las normas sobre fuero sindical se sancionará con multa de 14 a 70 unidades tributarias mensuales”.

³¹ En este trabajo solo se analizará el alcance de la comunicación de la asamblea constitutiva de un sindicato.

³² Este inciso fue propuesto mediante indicación de los Senadores señores Bombal, Díez, Pérez, Stange y Urenda, en: Historia de la Ley Nº 19.759, *cit.* (n. 5), p. 316.

³³ *Ibid.*, p. 521.

³⁴ *Ibid.*, pp. 817 - 825.

³⁵ *Ibid.*, p. 818.

Sin embargo, pese al debate, la opinión que primó en definitiva fue la de no establecer una comunicación previa a la asamblea constitutiva, sosteniéndose para ello que: “si el empleador tiene conocimiento de que se está constituyendo un sindicato, inmediatamente, por razones de funcionamiento de la empresa, despide a quienes lo están organizando”³⁶.

De ahí que se contemple un fuero retroactivo de diez días en desconocimiento del empleador.

Se agregó por parte del Senador Gazmuri que:

“era complicado regular una notificación previa, dado que no hay sujeto jurídico pasivo hasta que se constituya el sindicato, y tampoco se puede prever cuántas personas lo integrarán. En la práctica, he comprobado que debido al clima empresarial hostil al sindicato, su constitución pasa a ser un evento casi clandestino. De hecho es así. Y si hay un clima hostil, los trabajadores no le comunicarán de su organización al empleador, no tratarán de conseguir un recinto para ello dentro de la empresa, etcétera. En síntesis, no se dan las condiciones para materializar el aviso porque no hay sujeto jurídico y la situación interna no es normal”³⁷.

Por consiguiente, la única comunicación que debe darse al empleador de la celebración de la asamblea constitutiva de una organización sindical es posterior a la misma, regulándose en el artículo 225 del Código del Trabajo. Solo en ese momento tomará conocimiento de la constitución de una organización sindical al interior de la empresa, de la fecha de la celebración de la asamblea constitutiva y de cuáles fueron los trabajadores que participaron en la constitución del sindicato.

3.1 SUJETO PASIVO Y DESTINATARIO DE LA COMUNICACIÓN DE CELEBRACIÓN DE LA ASAMBLEA CONSTITUTIVA

El artículo 225 inciso 1° del Código del Trabajo contempla como sujeto pasivo de la comunicación que debe darse al empleador al directorio sindical, esto es, aquel que fue elegido en la asamblea constitutiva. Decisión que resulta justificada, porque el directorio es el órgano ejecutivo y administrativo del sindicato, representándolo judicial y extrajudicialmente (artículo 234 del Código del Trabajo). Por tanto, en la representación que inviste comunica al empleador la celebración de la asamblea constitutiva y cuáles son los trabajadores que concurrieron a la misma, produciendo dicha comunicación efecto respecto de todos los trabajadores afiliados al sindicato que representa (artículo 1448 del Código Civil).

La duda que surge, es que como la organización sindical no tiene límites en cuanto al número de directores que componen el directorio sindical, lo que depende de lo establecido en los estatutos, salvo que el sindicato tenga 24 o menos afiliados, donde el director necesariamente es uno solo por decisión del legislador (artículo 235 del Código del Trabajo), puede resultar dificultoso que todos los directores realicen la comunicación. Por tanto, la pregunta que se plantea es si bastará con que algunos de los directores efectúen la comuni-

³⁶ *Ibid.*, p. 818.

³⁷ *Ibid.*, pp. 821-822.

cación? Creemos que, no obstante, que la norma emplea la expresión “directorio sindical”, dando a entender que la comunicación deben realizarla todos los integrantes del directorio, basta con que la misma la realice uno o más actuando por el directorio, debiendo necesariamente ser uno de ellos el presidente del directorio, al presidir la directiva sindical. Sostener lo contrario haría engorrosa la comunicación, demorándola muchas veces, por tener que efectuarla toda la directiva, conclusión que no se condice con la necesidad de informar al empleador lo más pronto posible la constitución de un sindicato al interior de la empresa.

El destinatario de la comunicación es la administración de la empresa en que los trabajadores constituyentes del sindicato prestan servicios bajo subordinación y dependencia. La interrogante que se plantea es cuál es el alcance de la expresión “administración” que utiliza el artículo 225, la que en empresas de gran tamaño puede presentar dificultades, debido a los numerosos órganos administrativos y personas con facultades de administración con que cuentan. Creemos, que como el Código del Trabajo tiene reglas propias en materia de representación de la empresa respecto a los trabajadores, previstas en los artículos 4 inciso 1° y 154 N° 6 del Código del Trabajo, la comunicación podrá efectuarse al gerente, capitán de barco, administrador o a cualquier persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta de la empresa, aun cuando no tengan poder para representarla conforme a las normas civiles y comerciales.

Tratándose de los sindicatos interempresas, la comunicación debe efectuarse a cada una de las empresas en que prestan servicios los trabajadores que concurrieron a la constitución de la organización sindical, no bastando con la notificación a cualquiera de las empresas indistintamente o a aquella que tenga el mayor número de trabajadores afiliados, a libre elección del directorio sindical. Todos los empleadores tienen derecho a conocer si existe un sindicato al interior de su empresa y cuáles son los trabajadores que concurrieron a su constitución, por las consecuencias jurídicas que le ocasiona este suceso. Ahora bien, en lo que dice relación con necesidad de informar también cuáles son los trabajadores que participaron en la constitución del sindicato, creemos que respecto de cada empleador debe comunicarse solamente quienes de los que trabajan para él concurrieron a la asamblea constitutiva, no teniendo trascendencia la omisión de los restantes, pues él tiene que ver con sus propios trabajadores, sobre los que tiene la facultad de despedirlos, en nada le perjudica que no se le informe los trabajadores constituyentes del sindicato que dependen de otros empleadores.

3.2 CONTENIDO DE LA COMUNICACIÓN

No existe mucha claridad sobre el contenido de la comunicación que debe darse al empleador, dificultad que se relaciona con la finalidad que se persigue con la misma, pues dependiendo de la posición que se siga al respecto el contenido de la comunicación será diversa. Si se estima que tiene por objeto notificar al empleador la constitución de un sindicato, el directorio sindical electo y quienes dentro de él gozan de fuero, la comunicación pondrá en conocimiento del empleador tres cosas: a) la celebración de la asamblea constitutiva, b) la nómina del directorio sindical y c) qué directores de dicha nómina gozan de fuero³⁸.

³⁸ En este sentido sentencia del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 31 de diciembre de 2009, RIT T-13-2009, que resolvió: “DÉCIMO: (...) se debe tener en cuenta que el Sindicato referido es de interempresa con lo que conforme al artículo 225 inciso tercero del Código del Trabajo –sin que este elemento constituya un requisito de validez de la organización

Como se puede observar esta posición para dar determinar el contenido de la comunicación se funda exclusivamente en el tenor literal del artículo 225 inciso 1° del Código del Trabajo, sin considerar algún otro antecedente.

Por el contrario, si se estima que la comunicación tiene como finalidad no solo notificar al empleador la constitución de un sindicato, sino también los directores electos, quienes de ellos están dotados de fuero sindical y qué trabajadores concurrieron a la asamblea constitutiva, por las consecuencias jurídicas que derivan para el empleador, la comunicación debe dar noticia de la celebración de la asamblea constitutiva del sindicato, la nómina de los trabajadores que concurrieron a la asamblea, la individualización de los miembros del directorio sindical y quienes dentro de él gozan de fuero sindical. Debe precisarse que solo las dos primeras menciones guardan relación con el artículo 221 del Código del Trabajo, las restantes no, las cuales guardan relación principalmente con los artículos 235, 243, 249 y 250 del Código del Trabajo, que regulan el fuero de los directores sindicales y sus permisos.

Si bien puede resultar dudoso que la comunicación incluya la nómina de trabajadores que asistieron a la asamblea constitutiva del sindicato, debido a que el artículo 225 del Código del Trabajo no lo señala expresamente, exigiendo solamente notificar la celebración de la asamblea constitutiva, creemos que es necesario, atendido el objetivo perseguido con su instauración, cual es que el empleador tenga noticias de las personas que gozan del fuero del artículo 221 del Código del Trabajo, a fin de reincorporar a quienes despidió dentro de los 10 días antes de la celebración de la asamblea constitutiva sin autorización judicial previa, o bien solicitarla para poder despedir a algunos de los trabajadores que gozan del referido fuero, evitando ser sancionado por prácticas antisindicales o por infracción a las normas del fuero sindical. Así, por lo demás, lo han resuelto algunas sentencias judiciales que se han pronunciado sobre la materia³⁹. Refuerza esta opinión la ubicación del artículo 225 del Código del Trabajo dentro del capítulo II del Libro III del Código del Trabajo, de la constitución de sindicatos, a continuación del artículo 221, lo que revela que ambos preceptos deben interpretarse armónicamente, de manera que debe buscarse la debida correspondencia y armonía entre ambos preceptos, conforme a los elementos de interpretación de la ley, lógico y sistemático, que no obstante, estar regulados en el Código Civil son plenamente aplicables para interpretar las normas laborales.

respectiva— pero si para invocar el conocimiento de la existencia de la organización por parte de la empresa *se debe comunicar la celebración de la asamblea de constitución y la nómina del directorio por carta certificada*”; sentencia del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 30 de diciembre de 2010, considerando quinto, RIT S-50-2010, *cit.* (n. 26). En el mismo sentido YÁÑEZ MONJE, Eduardo, *op. cit.* (n. 25), p. 196.

³⁹ Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, 22 de diciembre de 2011, Rol N° 829-2011, *cit.* (n. 27). La sentencia de reemplazo señala: “Quinto: (...) Al efecto, cabe tener presente que la comunicación a que se refiere el artículo 225 del Código del Trabajo, tiene por objeto poner en conocimiento del empleador por parte de la organización sindical, *de quienes se encuentran protegidos por el fuero establecido en el artículo 221 del mismo texto legal, por las consecuencias jurídicas que dicha protección acarrea, especialmente en relación con el empleador*, pues entre otras significará que a quienes hayan concurrido a la celebración de la asamblea, por una parte, y a quienes ostentan la calidad de directores, por la otra, no podrá despedírseles durante el período de vigencia del fuero, sino que para ello será necesario obtener del tribunal competente la autorización que se lo permita y de acuerdo con las causales que establece la ley”. En el mismo sentido sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Valdivia, 9 de marzo de 2010, RIT T-21-2009, considerando 4°, *cit.* (n. 27). También parece incluir dentro de la comunicación a los trabajadores constituyentes la sentencia de la Excm. Corte Suprema de 21 de abril de 2009, considerando decimocuarto, pronunciada en recurso de casación en el fondo, Rol N° 607-2009, *cit.* (n. 9).

De estimarse que no es necesario comunicar la nómina de trabajadores que concurren a la constitución de una organización sindical, carecería de sentido la comunicación que debe dar el directorio sindical a la empresa, resultando un acto meramente formal, desprovisto de razón de ser. En caso de dudas, las normas laborales deben interpretarse en forma teleológica, esto es, atendiendo fundamentalmente a su finalidad, al propósito que se persigue con las mismas.

El sentido de la ley y no su tenor literal es lo que debe buscar el intérprete⁴⁰, el cual puede encontrarse en el tenor literal de su texto, cuando son coincidentes el sentido de la ley y el sentido del tenor literal de la ley. Sin embargo, cuando el tenor literal es ambiguo u obscuro, debe recurrirse a su intención o espíritu. Como señala el profesor Ducci: “En efecto, para buscar el sentido de la ley puede considerarse su razón o espíritu, es decir, realizar una interpretación teleológica, buscando la finalidad de la ley, o sea, la *ratio legis*. Al mismo tiempo permite que se busque la causa que determinó su dictación (...)”⁴¹.

Debemos dejar en claro que la finalidad en referencia es la finalidad objetiva de la ley manifestada en ella misma o en la historia de su establecimiento la que debe buscar el legislador⁴². Por consiguiente, las palabras de la ley deben ser interpretadas conforme a la *ratio legis*, al objetivo perseguido con la norma, aun cuando no esté en su tenor literal.

Por tanto, frente a la duda indicada, debe preferirse la interpretación que está conforme al objetivo principal del artículo 225 inciso 1° del Código del Trabajo, cual es que el empleador tome conocimiento de la constitución de un sindicato al interior de su empresa, de los trabajadores que gozan del fuero que la ley le otorga a quienes concurren a la constitución de una organización sindical base, de los directores sindicales y de quienes gozan del fuero del artículo 243, que son las más altas mayorías conforme a las reglas que proporciona el artículo 235 del Código del Trabajo .

3.3 OPORTUNIDAD EN QUE DEBE EFECTUARSE LA COMUNICACIÓN

El directorio sindical tiene un plazo de 3 días para efectuar la comunicación de la celebración de la asamblea constitutiva, la nómina de trabajadores que asistieron a la misma y demás información que menciona el artículo 225 inciso 1° del Código del Trabajo, pla-

⁴⁰ El profesor Ducci señala al respecto: “El claro concepto de que es el sentido de la ley y no su tenor literal lo que debe buscar el intérprete, está reafirmado en el art. 22 del Código Civil, al decir que “el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes”. A su vez el artículo 23 del Código Civil insiste en el concepto expresando que “la extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido”. Por su parte, el Mensaje, explicando los numerosos ejemplos que en el Código se utilizan, dice que ellos, “poner a la vista el verdadero sentido y espíritu de una ley en sus aplicaciones; los colorarios demuestran lo que está encerrado en ella. Estas disposiciones y comentarios, fuera de la reiteración del concepto, indican que la expresión “sentido” no fue empleada al azar por el legislador, sino reflexivamente con un contenido y alcance perfectamente determinados”. DUCCI CLARO, Carlos. *Interpretación jurídica en general y en la dogmática chilena* –2ª edición–. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1977, p. 120.

⁴¹ *Ibid.*, p. 120.

⁴² Como señala Wolf: “Consta que la voluntad se determina por motivos, que son la razón suficiente de la volición. Constando, pues, cuál razón únicamente movió la voluntad de otro, o por qué quiso esto, las palabras deben ser interpretadas de modo que convenga a aquella; y consecuentemente, si varias razones constituyen el motivo, de modo que convengan a las mismas conjuntamente; si en forma separada, de modo que convengan separadamente a cada una”, citado por GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Las reglas del “Código Civil” de Chile sobre interpretación de las leyes* –2ª edición–. Santiago, Chile: Editorial Abeledo Perrot LegalPublishing, 2011, p. 91.

zo que comienza a correr desde el día siguiente laboral al de la celebración de la asamblea. Ahora bien, el momento de inicio del plazo no ofrece mayor dificultad cuando la asamblea constitutiva se celebra en una sola votación, a la cual concurren todos los trabajadores que participan en la constitución del sindicato base, iniciándose y concluyendo la asamblea en un mismo momento para todos los trabajadores. El problema surge cuando las votaciones se efectúan parcialmente, no iniciándose y concluyendo la asamblea constitutiva en un solo día, prolongándose por más de un día hasta que vote el último trabajador constituyente; hipótesis en la cual creemos que el plazo comienza a correr desde el día siguiente de efectuada la última votación parcial, porque solo en ese momento concluye la asamblea constitutiva y se tiene conocimiento de cuántos y cuáles fueron los trabajadores que concurren a la constitución del sindicato, como también a qué empresa pertenecen, tratándose de los sindicatos interempresa, estando la directiva sindical en condiciones de efectuar la comunicación en los términos previstos en el artículo 225 inciso 1º del Código del Trabajo.

El plazo es de 3 días hábiles laborales, lo que significa que se atiende a los días en que la empresa o empresas en que se constituyó el sindicato base, desarrolla (n) su (s) actividades empresariales. Por consiguiente, solo se considerarán los días en que efectivamente la empresa está funcionando, excluyéndose los días en que está cerrada, sean o no hábiles, según el calendario. De esta forma, el criterio que adoptó el legislador en el artículo 225 es diferente a la forma de computar la generalidad de los plazos de días hábiles, donde para determinar si un día es hábil o inhábil se sigue el calendario.

Conforme a lo señalado, es posible que un día sea inhábil de acuerdo con el calendario, pero hábil laboralmente, por desarrollar la empresa sus actividades durante los feriados calendarios, tal como sucede con aquellas exceptuadas del descanso dominical, las cuales pueden distribuir la jornada laboral de los trabajadores en forma que incluyan los días domingos y festivos (artículos 37, 38 y 39 del Código del Trabajo), caso en el cual deben considerarse los días inhábiles según el calendario para contar el plazo que nos ocupa.

Finalmente cabe señalar que al ser un plazo de días, es de días completos, computándose hasta la medianoche del último día, y es de carácter fatal, extinguiéndose por el solo ministerio de la ley una vez transcurrido.

Se consagró un plazo breve pero razonable con el fin de conciliar los intereses en juego. El directorio tendría un plazo suficiente para poder informar el empleador la constitución de un sindicato, los trabajadores constituyentes y los miembros del directorio sindical. Por otra parte, no se quiso establecer un plazo mayor, debido a que no podía mantenerse al empleador prolongadamente en desconocimiento del sindicato constituido al interior de la empresa, de modo que debe ponerse en su conocimiento dicha circunstancia lo más pronto posible, a fin de que ajuste su actuar conforme a las normas que regulan las organizaciones sindicales.

3.4 FORMALIDADES DE LA COMUNICACIÓN

Con el propósito de dar certeza al cumplimiento de la notificación en la forma y oportunidad prevista por el legislador, y a fin de evitar posibles discrepancias entre la organización sindical, sus trabajadores afiliados y el empleador, el artículo 225 del Código del Trabajo exige que la comunicación deba realizarse por escrito. Sin embargo, en cuanto

a la forma en que debe enviarse el documento en que consta la comunicación es necesario distinguir según el tipo de sindicato base que se ha constituido. Así, tratándose de los sindicatos de empresa, de establecimiento de empresa y de trabajadores eventuales o transitorios, la comunicación escrita puede entregarse de cualquier modo, personalmente o por tercera persona, por carta, sea o no certificada, es decir, el legislador no ha exigido una forma determinada de efectuar la notificación, requiriéndose solamente que sea escrita. Sin embargo, la situación es distinta, tratándose de los sindicatos interempresa, ello porque el legislador exige un modo particular de realizar la comunicación, debiendo efectuarse única y exclusivamente por carta certificada, el inciso final del artículo 225 del Código del Trabajo no admite dudas sobre lo señalado, al exigir en forma imperativa que la comunicación se practique por carta certificada.

El legislador ha aumentado el nivel de exigencia en cuando al modo de efectuar la comunicación de la constitución de una organización sindical, tratándose de los sindicatos interempresas, haciendo una distinción con los restantes tipos de sindicatos bases que no se justifica, provocando que la notificación sea más engorrosa respecto de los sindicatos interempresas. Habría bastado con efectuar la comunicación por escrito, o por lo menos permitirle esa forma de comunicación. Sin embargo, y no obstante lo señalado, en la práctica la comunicación, cualquiera sea el sindicato base de que se trate, se realiza generalmente por carta certificada, debido a que así se adquiere certeza que la comunicación se ha efectuado dentro de plazo; hecho que certifica un tercero distinto al empleador y a la organización sindical, la entidad encargada de entregar la carta certificada, evitando discrepancias sobre el punto.

3.5 NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMUNICACIÓN DEL ARTÍCULO 225 INCISO 1º DEL CÓDIGO DEL TRABAJO

Determinar la naturaleza jurídica de una institución no es un ejercicio intelectual de carácter meramente teórico, sino que es de gran importancia, porque permite determinar cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan cuando no se han observado las normas legales que la regulan. De ahí, que sea de gran importancia determinar cuál es la naturaleza de la comunicación regulada en el artículo 225 inciso 1º tantas veces mencionado.

La primera cuestión a dilucidar es si es una facultad o un deber para el directorio sindical efectuar la comunicación de celebración de la asamblea constitutiva y nómina de trabajadores que asistieron a la constitución del sindicato base. Si se examina el tenor literal del artículo 225 del Código del Trabajo, que emplea la forma verbal imperativa “comunicará”, no cabe duda que es un deber jurídico, por estar regulado en una norma legal, el cual debe cumplirse en la forma prevista por el precepto en comento. Lo anterior se ve reforzado con la finalidad que tuvo el legislador para instaurar la comunicación, esto es, que el empleador tenga conocimiento de la constitución de un sindicato al interior de la empresa y cuáles son los trabajadores que gozan del fuero del artículo 221 del Código del Trabajo, con el objeto de reintegrar a quienes gozan de dicho fuero desde los 10 días anteriores a la celebración de la asamblea constitutiva, y que despidió sin autorización judicial previa por desconocer en ese momento que gozaban de fuero, o bien, para solicitar autorización judicial para poder despedir a algunos de los trabajadores asistentes a la asamblea.

Ahora bien, se plantea otra interrogante, estrechamente vinculada con la anterior, cual es, si la comunicación tiene por objeto que el empleador tome conocimiento de quienes gozan del fuero que otorga el Código del Trabajo ¿es la misma un requisito de existencia o eficacia del fuero previsto en el artículo 221? Pregunta que se relaciona con otra ¿el deber de comunicar es sancionable cuando el directorio sindical no lo cumple o bien lo cumple imperfectamente? Interrogantes que surgen porque el legislador laboral no señaló expresamente ninguna sanción cuando no se cumple el deber referido, lo que ha provocado que existan distintos pronunciamientos, principalmente de parte de la jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia, la cual ha tenido ocasión de pronunciarse sobre si la comunicación es o no un requisito de existencia o de eficacia del fuero sindical de que gozan los trabajadores que participan en la constitución de un sindicato, como también cuál es la sanción a aplicar cuando se omite o se cumple imperfectamente. Lo que nos lleva a determinar si la comunicación es o no un requisito de existencia o bien una formalidad de publicidad y las consecuencias que derivan de su observancia o inobservancia, cuestiones estrechamente relacionadas con su naturaleza jurídica.

3.6 CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LA OMISIÓN O COMUNICACIÓN DEFECTUOSA. TRES RESPUESTAS PARA UNA MISMA PREGUNTA

Al existir una estrecha relación, una conexión lógica entre los artículos 221 y 225 del Código del Trabajo, la principal duda que surge es ¿si la comunicación que debe dar el directorio sindical al empleador de la celebración de la asamblea constitutiva y la nómina de trabajadores asistentes es o no un requisito de existencia o de eficacia del fuero del artículo 221 del Código del Trabajo?

Como ya lo señalamos, el legislador no contempló expresamente la respuesta a tal pregunta, ni estableció cuál era la sanción del incumplimiento del deber de comunicación impuesto a la directiva sindical, mención que habría contribuido a solucionar la interrogante que se nos plantea.

Ante el silencio del legislador, las respuestas posibles son tres. La primera respuesta es que la comunicación del artículo 225 inciso 1º del Código del Trabajo no es un requisito de eficacia, ni menos de existencia del fuero del artículo 221 del Código del Trabajo, por lo que los trabajadores gozan del mismo, independientemente que la directiva sindical comunique o no al empleador la celebración de la asamblea constitutiva y el listado de trabajadores asistentes a la misma, bastando para su existencia el cumplimiento de los requisitos de constitución de una organización sindical. La segunda respuesta es que la comunicación es un requisito de eficacia del fuero del artículo 221, específicamente una medida de publicidad, que tiene por objeto hacer oponible al empleador el fuero sindical que el legislador otorga a quienes concurren a la constitución de un sindicato base, por lo que si la comunicación se omite o es defectuosa el fuero es inoponible al empleador, lo que significa que existe, pero no se puede hacer valer respecto al empleador, por no haberse cumplido la medida de publicidad ordenada por el legislador. Finalmente, la tercera respuesta es que la comunicación es un requisito de existencia del fuero sindical, siendo necesaria efectuarla en la forma dispuesta por la ley para que nazca a la vida del derecho, estando la protección que otorga el artículo 221 del Código del ramo sujeta a una condición suspensiva, cual es, la necesaria

comunicación al empleador de la asamblea constitutiva del sindicato y nómina de asistentes a esa reunión. De esta forma, conforme a esta última respuesta, si la comunicación no se efectúa o bien es defectuosa, los trabajadores jamás habrán gozado del fuero sindical, por no haberse cumplido la condición suspensiva que era necesaria para hacer nacer la mencionada protección legal.

3.6.1 *La comunicación no es un requisito de existencia ni de eficacia del fuero de que gozan los trabajadores que concurren a la constitución de un sindicato*

Una de las respuestas a la pregunta que nos ocupa, es que los trabajadores gozan del fuero del artículo 221 por el solo hecho de concurrir a la celebración de la asamblea constitutiva, en la medida que se cumplan las formalidades de constitución del sindicato base, no siendo necesario para su eficacia respecto del empleador, ni tampoco para su existencia, la comunicación prevista en el artículo 225 inciso 1° del Código del Trabajo. Ello porque la exigencia de una comunicación formal a la empresa como condición para adquirir el fuero que otorgan los incisos 3° y 4° del artículo 221 del Código Laboral no se halla prevista en precepto alguno del ordenamiento laboral⁴³.

Asimismo, se señala que el fuero que se otorga a quienes constituyen un sindicato es oponible a la empresa, aun cuando no se comunique la celebración de la asamblea constitutiva en la forma dispuesta por el artículo 225 incisos 1° y 3° del Código del Trabajo, pues el legislador ha hecho prevalecer la opción de la existencia del mismo, en desconocimiento del empleador, no solo porque así deriva del artículo 221 del Código del Trabajo, al conferir un fuero retroactivo de 10 días, donde el empleador ignora que se constituirá una organización sindical, sino porque ante el derecho del empleador de organizar y dirigir la empresa, ha superpuesto bienes jurídicos superiores, como lo son el derecho a sindicarse, la autonomía de las organizaciones sindicales y las normas protectoras del derecho de sindicación⁴⁴. Nuestro ordenamiento jurídico consulta varias situaciones de oponibilidad del fuero al empleador aun sin su conocimiento de tal circunstancia. Así el artículo 201 del Código, en relación con el fuero maternal, señala que si por ignorancia del estado de embarazo se hubiere dispuesto el término del contrato en contravención a lo dispuesto en el artículo 174, la medida quedará sin efecto. En materia de negociación colectiva, el artículo 309 del Código del

⁴³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de noviembre de 2008, pronunciada en recurso de casación en la forma, Rol N° 796-2008, en: *Gaceta Jurídica*, año 2008, n° 341, p. 262. Santiago, Chile: Editorial LegalPublishing Chile, 2008. También se ha fallado: “SEXTO: (...) el fuero del trabajador existe independiente de la referida publicada, y más allá que se haya cumplido o no con el requisito de comunicación –lo que por cierto no lo invalida–, el fuero surte todos sus efectos legales, hasta que por las causas legales que correspondan y, o los procedimientos que procedan, establezcan el término del mismo” (Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta, 13 noviembre 2009, RIT S-3-2009. En: *Cfr.* [http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ22649&links=\[ARTICUL, 225, LJ\], identificador MJJ22649](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ22649&links=[ARTICUL, 225, LJ], identificador MJJ22649) [consultada el 11 abril de 2012]. En el mismo sentido sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta, 26 noviembre 2009, considerando 9°, RIT S-4-2009. En: *Cfr.* [http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ22293&links=\[ARTICUL, 225, LJ\], identificador MJJ22293](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ22293&links=[ARTICUL, 225, LJ], identificador MJJ22293) [consultada el 11 de abril de 2012].

⁴⁴ Sentencia de la Excm. Corte Suprema, 3 de noviembre de 2010, pronunciada en recurso de casación en el fondo, considerando 10°, Rol N° 5162-2010. En: *Cfr.* [http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ25333&links=\[ARTICUL, 225, LJ\], identificador microjuris MJJ25333](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ25333&links=[ARTICUL, 225, LJ], identificador microjuris MJJ25333) [consultada el 27 de marzo de 2012]. En el mismo sentido TAPIA GUERRERO, Francisco. *Sindicatos en el Derecho Chileno del Trabajo*. Santiago, Chile: Editorial LexisNexis, 2005, pp. 326-327.

Trabajo dispone que los trabajadores involucrados en una negociación colectiva gozarán del fuero establecido en la legislación vigente, desde los diez días anteriores a la presentación del proyecto de contrato colectivo. Este fuero regirá con efecto retroactivo. A partir de la segunda negociación colectiva el empleador sabrá aproximadamente la fecha en que le será presentado el proyecto, atendido lo dispuesto en el artículo 322 del Código del Trabajo. Pero tratándose de la primera negociación no tendrá ni siquiera el conocimiento previo aproximado, debido a que los trabajadores en las empresas en que no existiere contrato colectivo anterior, podrán presentar al empleador un proyecto de contrato colectivo en el momento que lo estimen conveniente (artículo 317 Código Trabajo)⁴⁵.

Por otra parte, la comunicación de celebración de la asamblea constitutiva y su eventual omisión o notificación defectuosa es, “con mucho, más irrelevante que el valor de la libertad sindical y sus normas protectoras, que debe inspirar la interpretación de la normativa del Libro III del Código del Trabajo, por lo tanto, la notificación debe ceder ante el libre ejercicio del derecho de los trabajadores a formar sindicatos y elegir sus representantes⁴⁶.”

A mayor abundamiento, no es aceptable sancionar a los trabajadores que asisten a la constitución de un sindicato, con la privación del fuero del artículo 221, si se omite la comunicación del artículo 225 inciso 1° y 3° o la misma es defectuosa, debido que es el directorio sindical el que incurre en tal anomalía, del que los mismos no han formado parte⁴⁷. Sin embargo, a decir verdad este último argumento solo es válido si el trabajador con fuero no es miembro del directorio sindical, por el contrario, si forma parte del mismo, podría sostenerse que aquel es inoponible a su empleador, al desaparecer la objeción formulada.

Otro argumento en apoyo a esta respuesta es sostener que las sanciones para poder ser aplicadas requieren de texto legal expreso, mayormente cuando están en juego normas protectoras del derecho fundamental de sindicación. Y tratándose de la materia que nos ocupa, no existe precepto legal alguno que señale que si el directorio sindical no comunica a la empresa la celebración de la asamblea constitutiva y los trabajadores que concurrieron a la misma, o la comunicación es errónea, el fuero del artículo 221 del Código del Trabajo no existirá o será inoponible respecto al empleador. Por tanto, no es procedente aplicar sanción alguna frente al incumplimiento del deber regulado en el artículo 225 incisos 1° y 3° del Código del Trabajo. Esta conclusión se ve apoyada por la historia fidedigna del establecimiento del artículo 225 del Código del Trabajo, ya que durante la tramitación de la Ley Nº 19.759, se propuso agregar mediante indicación un inciso final al artículo 225, del siguiente tenor: “La falta de notificación al empleador hará que los fueros le sean

⁴⁵ Sentencia de la Excm. Corte Suprema, 21 de abril de 2009, pronunciada en recurso de casación en el fondo, considerandos 9° y 10°, Rol Nº 607-2009. *Cf.* [http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ19816&links=\[ARTICULO, 225, LJ\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ19816&links=[ARTICULO, 225, LJ]), identificador microjuris MJJ19816 [consultada el 6 de junio de 2012].

⁴⁶ Sentencia del Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, 30 diciembre 2010, considerando sexto, RIT S-50-2010. *Cf.* <http://www.laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do> [consultada el 10 abril el 2012].

⁴⁷ Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, 21 de abril de 2009, pronunciada en recurso de casación en el fondo, Rol Nº 607 -2009, *cit.* (n. 9), p.36.

inoponibles”⁴⁸, la que fue rechazada por tres votos en contra y uno a favor⁴⁹. Constatación que permite concluir, que si se rechazó incluir un inciso que hacía inoponible el fuero del artículo 221 del Código del Trabajo al empleador por falta de comunicación, es porque el legislador no quiso sancionar la omisión o comunicación defectuosa por parte del directorio sindical, pues de haber sido su intención la contraria, se habría aprobado la indicación transcrita⁵⁰.

Se puede agregar que si bien el artículo 225 en sus incisos 1º y 3º del Código del Trabajo regula un deber jurídico, por tanto, su incumplimiento importa una infracción a la legislación laboral, la sanción aplicar es una multa a la organización sindical respectiva por parte de la Inspección del Trabajo competente en los términos del artículo 506 del Código del Trabajo, al no tener dicha infracción asignada una sanción especial. Este último precepto regula la sanción a aplicar frente a una infracción a la legislación laboral que no tiene una especial sanción, sin distinguir quien es el infractor, pudiendo por lo mismo ser el empleador, un trabajador o una organización sindical⁵¹.

La conclusión anterior se ve reforzada por el criterio interpretativo que debe utilizarse al determinar el correcto sentido y alcance de las normas que regulan instituciones de tutela de derechos fundamentales, como es la libertad sindical, con consagración a nivel nacional e internacional. Es así, como la interpretación de las normas que regulan el fuero sindical, que permiten el ejercicio efectivo del derecho de sindicación, debe ser extensivo, debiendo favorecer a los trabajadores y sus sindicatos, al igual que en el derecho internacional, donde la interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos debe *ser pro hominis*, siempre a favor del individuo, en armonía con el derecho constitucional, donde impera *el principio pro libertate*, como presunción general a favor de la libertad del ciudadano y sus prerrogativas⁵². Criterios interpretativos que en el derecho del trabajo tiene su fuente en el principio *in dubio pro operario*, debiendo, por tanto, ser aplicados por el intérprete al momento de determinar el correcto sentido y alcance de los artículos 221 y 225 del Código del Trabajo.

Conforme a esta posición la comunicación de la celebración de la asamblea constitutiva de una organización sindical regulada en el artículo 225 del Código del Trabajo no es un requisito de existencia del fuero sindical del artículo 221 del mismo Código, no impi-

⁴⁸ Historia de la Ley Nº 19.759, *cit.* (n. 5), pp. 317.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 523.

⁵⁰ El profesor Tapia señala sobre el punto: “De este modo, no se observa en parte alguna de la tramitación de la ley Nº 19.759 que se haya establecido como requisito del fuero sindical, la comunicación de la elección del representante de los trabajadores a la empresa, y muchos menos, que esta prerrogativa sindical haya quedado sujeta a dicha comunicación, ni que el derecho al fuero quede sujeto a una condición suspensiva”. TAPIA GUERRERO, Francisco. “Comentario a la jurisprudencia de la Corte Suprema del 22 de diciembre de 2011, Rol Nº 829-2011 sobre fallo de unificación de jurisprudencia en materia de libertad sindical”, en: *Gaceta Jurídica*, n° 379. Santiago, Chile: Abeledo Perrot LegalPublishing, 2012, p. 51.

⁵¹ Sentencia del Juzgado del Trabajo de Antofagasta, 26 de noviembre de 2009, *cit.* (n. 43), cuyo considerando décimo señala: “DÉCIMO: (...) Tampoco, a juicio de esta sentenciadora provoca la inoponibilidad del fuero del delegado sindical, pues en primer lugar la norma en cuestión no contempla tal efecto, luego si no hay sanción específica debe acudir a la normativa genérica del cuerpo normativo laboral, cual se establece a propósito de las infracciones a la legislación laboral, que corresponde a las de carácter administrativas de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 503 del Código del Trabajo (...)”.

⁵² GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *op. cit.* (n. 11), pp. 88-89.

diendo su omisión o cumplimiento indebido la existencia del fuero sindical. Ni tampoco es una medida de publicidad necesaria para hacer oponible el fuero al empleador de los trabajadores constituyentes de la organización sindical, cuya omisión o realización imperfecta sea sancionada con la inoponibilidad del fuero respecto del empleador.

3.6.2 *La comunicación es un requisito de eficacia del fuero del artículo 221 respecto del empleador*

Si se considera que la comunicación que debe darse a la empresa de la celebración de la asamblea constitutiva y la lista de los trabajadores asistentes a la misma tiene por objeto poner en conocimiento del empleador la constitución de una organización sindical base y quienes han participado en el mismo, por las consecuencias jurídicas que de ello deriva para la entidad empleadora, especialmente que no podrá despedir a los trabajadores que gozan del fuero del artículo 221 durante la vigencia del mismo, siendo para ello necesario obtener del tribunal competente la autorización que se lo permita, forzoso es concluir que la comunicación prevista en el artículo 225 inciso 1° del Código del Trabajo es una formalidad de publicidad, al tener por objeto proteger a un tercero ajeno al acto de constitución de un sindicato que puede verse alcanzado por los efectos jurídicos que derivan del mismo, concretamente el fuero del artículo 221 del Código del Trabajo. Siendo este la posición que defendimos en el presente trabajo.

Ahora bien, aclarado lo anterior, la duda que surge es si la notificación que nos ocupa es una publicidad noticia o una publicidad sustancial, lo que tiene especial importancia por las consecuencias jurídicas que derivan de su omisión o cumplimiento defectuoso⁵³. Atendiendo una vez más a su objetivo, conforme al cual se pretende hacer oponible al empleador el fuero de que gozan los trabajadores, debe concluirse que es una publicidad sustancial, por ser un requisito esencial para hacer efectivo el fuero sindical que regula el artículo 221 del Código del Trabajo, por tanto, una vez efectuada, el fuero sindical es oponible al empleador, quien no podrá desconocerlo, produciendo sus efectos en toda su intensidad, desde los 10 días anteriores a la celebración de la asamblea constitutiva.

Determinada la naturaleza jurídica de la comunicación del artículo 225 inciso 1°, además de ser un deber, no resulta difícil establecer las consecuencias jurídicas que derivan de la omisión o comunicación defectuosa. Al ser una publicidad sustancial, el acto no tiene valor ni eficacia respecto del empleador; el fuero existe, nació a la vida del derecho con el cumplimiento de los requisitos de constitución de la organización sindical, solo que el mismo no produce sus efectos para con el empleador, lo que equivale a que no existiera para con este, ya que puede despedir a los trabajadores constituyentes de un sindicato como a cualquier trabajador, no siéndole exigible por parte de la organización sindical respectiva, los Tribunales de Justicia y autoridades administrativas que observe las normas que regulan el fuero sindical⁵⁴.

⁵³ Ver por todos LEÓN HURTADO, Avelino. *La voluntad y capacidad en los actos jurídicos* –3ª edición actualizada–. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1979, p. 24.

⁵⁴ En este sentido parece pronunciarse la sentencia dictada por el Juzgado de Letras de Valdivia el 9 de marzo de 2010, RIT T-29-2009, *cit.* (n. 27) al resolver: “CUARTO: (...) Al efecto el artículo 225 prescribe, como una obligación del directorio, el deber de comunicar por escrito a la administración de la empresa, la celebración de la asamblea de constitución y la nómina del directorio y quienes dentro de él, gozan de fuero, dentro de los tres días hábiles laborales siguientes al de su celebración.

Cabe agregar que muchos de los argumentos esgrimidos por la respuesta contraria no tienen la fuerza suficiente para dejar sin efecto la conclusión arribada en este numeral, por las razones que se exponen a continuación. En primer lugar, debe señalarse que si bien la sanción de la inoponibilidad no está establecida en forma expresa en precepto legal alguno, si emana del ordenamiento jurídico considerado en su conjunto, teniendo especial influencia en la misma la naturaleza jurídica de la comunicación, esto es, que es una formalidad de publicidad sustancial, conclusión que respeta el principio que toda sanción por reprochable que frente a la moral sea al acto a sancionar, ha de venir del legislador mismo. Como señala la doctrina, “no es imprescindible que tal sanción sea formulada por una norma específica si ella puede extraerse del ordenamiento, sin dejar así de ser positivo”⁵⁵.

En segundo término, la conclusión señalada no atenta contra la libertad sindical y sus normas protectoras, entre las que se encuentran las que regulan el fuero sindical, ya que como todo derecho, sea o no fundamental, el ejercicio del derecho de sindicación debe cumplir con una serie de requisitos internos y externos, siendo estos últimos impuestos por las normas legales que lo regulan. El caso es que como la constitución de una organización sindical produce una diversos efectos jurídicos, algunos de los cuales alcanzan al empleador, el legislador laboral ha establecido requisitos con el propósito que el sindicato nazca a la vida del derecho y el fuero sindical pueda invocarse ante el empleador, encontrándose dentro de estos últimos la comunicación del artículo 225 inciso 1° del Código del Trabajo. Si no se observan las normas legales, quien no las cumplió debe soportar las consecuencias jurídicas que derivan de su inobservancia. De esta forma, la sanción de la inoponibilidad al estar establecida en el ordenamiento jurídico, ninguna vulneración de la libertad sindical deriva de su aplicación. La vulneración de produce cuando se actúa al margen del derecho, lo que no ocurre en la especie. Cosa distinta es que no se esté de acuerdo con tal sanción, cuestión que es un problema de técnica legislativa, pero no de violación a las normas sobre fuero sindical.

La norma del artículo 225 inciso 1° del Código del Trabajo no puede ser interpretada conforme a los principios *pro libertate* y *pro hominis*, debido a que la misma no regula un derecho fundamental de la persona humana, ni contempla un mecanismo de protección de los mismos, por el contrario, está establecida en favor del empleador. Su propósito es poner a cubierto al empleador, poniéndolo en conocimiento del nacimiento de un sujeto colectivo del derecho laboral y de los miembros que lo integran, a fin que pueda ejercer sus facultades de administración, dirección y disciplina, con pleno conocimiento de esta situación, sabiendo cuáles son las consecuencias jurídicas que derivan de su actuar. El precepto señalado debe ser interpretado en conformidad a las reglas de interpretación de las leyes establecidas en el párrafo 4° del Título Preliminar del Código Civil, por fijar los mismos criterios de in-

Por tanto, no constando ni de las declaraciones de los testigos, ni de la prueba documental como tampoco de la absolución de posiciones del representante de la denunciada, que el sindicato hubiere puesto por escrito en conocimiento del empleador la constitución del mismo y de quienes concurrieron a su celebración, **este le es inoponible a la fecha de los despidos** y, en consecuencia, mal pudo haber realizado actos antisindicales, si no tuvo un válido conocimiento del sindicato, ni de una nómina de trabajadores que participaron en su conformación”, *cit.* (n. 27).

⁵⁵ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. “*Fraus omnia corrumpit*. Notas sobre el fraude en el Derecho Civil”, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXIX, n° 3, Santiago, Chile, 1992, p. 77.

interpretación de la ley en general⁵⁶. Y es de acuerdo con estas normas que debe descubrirse el sentido del precepto del artículo 225 inciso 1° del Código Laboral, esto es, su significado y alcance.

Así, aplicados los elementos de interpretación gramatical, lógico, histórico y sistemático, cabe concluir que la comunicación prevista en el artículo 225 inciso 1° es un requisito de eficacia del fuero previsto y regulado en el artículo 221 del Código del Trabajo. Lo anterior se ve reforzado con la finalidad misma de la comunicación que nos ocupa. El principio *indubio pro operario* tan frecuentemente mencionado por los operadores jurídicos, no tiene influencia decisiva en la conclusión anotada, todavía más, no procede su aplicación para interpretar la disposición del artículo 225 inciso 1° del Código del Trabajo. Tal principio solo es aplicable cuando al interpretar una norma laboral tutelar del trabajador –carácter que no tiene el artículo 225– existe duda sobre su alcance, y la misma no puede resolverse acudiendo a las reglas de interpretación generales, por consiguiente, es evidente que las reglas de interpretación del Código Civil tienen preferencia sobre el *principio in dubio pro operario*, que solo entra a operar cuando después de haberse agotado los restantes criterios legales, subsiste la duda⁵⁷.

Tampoco tiene justificación el argumento sostenido por la posición contraria, en orden a que es injusto sancionar a los trabajadores con la inoponibilidad del fuero, si fue la directiva sindical la que incurrió en la omisión o comunicación defectuosa. Ello porque la misma es el órgano ejecutivo del sindicato, que representa a este y los trabajadores tanto ante el empleador como ante los órganos públicos, por lo que las infracciones a la ley efectuadas en la representación que inviste afectan a sus representados por los efectos propios de la representación, ya que conforme a ella las consecuencias de lo actuado por el representante se radicarán en el representado, como si el mismo lo hubiere efectuado. En efecto, la opinión contraria desconoce por completo los efectos propios de la representación, que es una institución de aplicación transversal en el derecho.

Por otra parte, tampoco es válido el argumento histórico invocado. Ello porque en la historia de la Ley Nº 19.759 no existe constancia de las razones del rechazo de incorporar un inciso al artículo 225 del Código del Trabajo en el sentido que la no comunicación al empleador haría inoponible los fueros sindicales. Omisión que permite concluir que los legisladores no estimaron necesario incorporar un inciso de este tenor, debido a que es tan evidente que la comunicación del artículo 225 inciso 1° es una publicidad sustancia, cuya sanción es la inoponibilidad, que bastaba con aplicar los principios generales del derecho para solucionar el punto. De esta forma dejar constancia expresa de ello, habría sido una reiteración innecesaria.

Asimismo, debe señalarse que tampoco es aceptable aplicar el artículo 506 del Código del Trabajo cuando la directiva sindical incumple el deber del artículo 225 incisos 1° y 3°

⁵⁶ El profesor Ducci señala al respecto: “Por su parte, Andrés Bello ya anticipó lo anterior y es así como en sus notas al Proyecto Inédito dice: Este título debe considerarse como una introducción, no solo al presente Código Civil, sino a la legislación toda: cualquiera que sea, por ejemplo, la ley que se trata de interpretar” DUCCI CLARO, Carlos, *op. cit.* (n. 40), p. 94.

⁵⁷ En este sentido DESDENTADO BONETE, Aurelio. “El principio *pro operario*”. En: DE LA VILLA GIL, Luis Enrique; LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (Directores). *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Madrid, España: Centro de Estudios Financieros, 2003, p. 101.

del Código del Trabajo. Debido a que no cabe duda que dicho precepto solo es aplicable cuando es el empleador quien incumple la legislación laboral, no siendo procedente si es el trabajador o la organización sindical la incumplidora. Basta examinar el tenor literal de los artículos 505 al 513 del Código del Trabajo, para determinar que los mismos regulan las sanciones, el procedimiento de fiscalización y sanción administrativa aplicables al empleador infractor, no siendo aplicables a los trabajadores y organizaciones sindicales infractores de la legislación laboral.

Finalmente debemos decir que esta última posición encuentra también apoyo en el principio de buena fe, el cual es un principio general del derecho que tiene plena aplicación en el derecho del trabajo. Conforme el mismo estimamos que los trabajadores no pueden mantener oculta su participación en la constitución de un sindicato respecto del empleador, sino que, por el contrario, debe comunicarla lo más pronto posible, a fin que tome todas las medidas necesarias para evitar vulnerar las normas que regulan las organizaciones sindicales o corregir la vulneración. Por tanto, de estimarse que la comunicación que nos ocupa no afecta la eficacia del fuero del artículo 221 del Código del Trabajo respecto del empleador, atenta contra la buena fe, debido a que el trabajador solo daría a conocer que concurrió a la constitución de una organización sindical una vez despedido para obtener provecho de esta situación, no pudiendo el derecho amparar esta situación, debido que oportunamente pudo efectuar la notificación y no lo hizo, lo que no es aceptable. Las partes tienen el deber de informar oportunamente la situación especial en que se encuentran y que produce efectos jurídicos respecto de la otra, a fin de evitar perjudicarla⁵⁸.

No obstante haber expuesto y desarrollado argumentos en favor de ambas posiciones, me inclino en favor de última posición por la fuerza y solidez de sus argumentos, los cuales no solo sustentan la inoponibilidad del fuero, sino también desvirtúan los argumentos de la posición contraria.

3.6.3 La comunicación es un requisito de existencia del fuero sindical del artículo 221 del Código del Trabajo

Una tercera respuesta posible sobre la naturaleza jurídica de la comunicación de la celebración de la asamblea constitutiva de una organización sindical, es estimar que es un requisito de existencia del fuero sindical previsto en el artículo 221 del Código del Trabajo. Fundado en las consecuencias jurídicas que emanan para el empleador del fuero sindical, particularmente las limitaciones para despedir a los trabajadores aforados, es que se estima que la comunicación del artículo 225 inciso 1º del Código del Trabajo es indispensable para que el fuero nazca a la vida del derecho el fuero sindical. Esta es la posición de algunas sen-

⁵⁸ En un caso conocido por la Excm. Corte Suprema se invocó, entre otros argumentos, la buena fe para privar de eficacia al fuero que amparaba a un dirigente sindical de un sindicato interempresa que al momento de ingresar a la empresa no informó al empleador que detentaba esa calidad, ignorándolo durante toda la vigencia de la relación laboral, y solo lo supo una vez que despidió al trabajador, declarando que el despido fue eficaz, por ser inoponible al fuero al empleador. Sentencia de la Excm. Corte Suprema, 29 mayo 2008, considerando 14º, Rol Nº 1484-2008, que señala: “Decimocuarto: Que no puede dejar de mencionarse que en este caso, el actor, no ha respetado el principio de Buena Fe que está envuelto en este contrato, pues ocultó, como ya se ha dicho, a su empleador, no solo que estaba revestido de fuero sino que pretendió hacerlo valer solo a su término, con el único fin de obtener una ventaja de carácter económica como es el que se le compense por todo el período de vigencia de ese fuero”. En: *Revista Laboral Chilena*, nº 171, noviembre, Santiago, Chile, 2008, p. 65.

tencias pronunciadas por nuestros Tribunales Superiores de Justicia, entre las que se encuentra la sentencia recaída en el único recurso de unificación de jurisprudencia existente sobre la materia⁵⁹.

De este modo, la protección que otorga el artículo 221 del Código del Trabajo a los trabajadores que participan en la constitución de un sindicato base:

“(...) está sujeta a una condición suspensiva, cual es la necesaria comunicación al empleador de la celebración de la asamblea constitutiva del sindicato y de la nómina de los asistentes a esa reunión, la que en el evento de no producirse ...priva a los trabajadores involucrados del fuero que se establece en su favor, por no haberse verificado la condición necesaria para hacer nacer la protección que la ley les otorga”⁶⁰.

Conforme al artículo 1479 del Código Civil la condición se llama suspensiva si mientras no se cumple suspende la adquisición de un derecho, consistiendo la misma, de acuerdo a la doctrina, en el hecho futuro e incierto, del cual depende el nacimiento de un hecho y su obligación correlativa. Es efecto, mientras no se efectúe la comunicación prevista en el artículo 225 del Código del Trabajo, los trabajadores que participaron en la constitución de una organización sindical no estarán dotados de fuero sindical, y el empleador no tendrá la obligación de respetarlo, por la sencilla razón de que todavía no existe. Pero si la comunicación se realiza en la forma dispuesta por la ley, se cumple la condición suspensiva, y los trabajadores gozarán del fuero sindical por el plazo indicado en el artículo 221 del Código del Trabajo. Por el contrario, si la comunicación no se materializa o se efectúa sin sujeción a las exigencias del artículo 225 del Código del Trabajo, la condición suspensiva habrá fallado, lo que quiere decir que el fuero sindical y su correlativa obligación de respetarlo por parte del empleador no van ya a nacer, no habiendo nunca existido⁶¹.

No compartimos del todo esta posición, por estimar más ajustada a la finalidad de la comunicación de la celebración de la asamblea constitutiva de una organización sindical, la postura que sostiene que la misma es una formalidad de publicidad sustancia. Si esta comunicación tiene por objeto informar al empleador la constitución de una organización sindical y los trabajadores que participaron en su constitución, por las consecuencias jurídicas que surgen para él, no cabe duda que la misma se aviene más con la formalidad de publicidad, dejando subsistente el fuero sindical para los restantes sujetos del derecho del trabajo, como son los órganos del Estado, los trabajadores y la propia organización sindical.

⁵⁹ Sentencia de la Excma. Corte Suprema, 27 de septiembre de 2007, pronunciada en recurso de casación en el fondo, considerando 10°, Rol N° 3695-2006, en: *Revista fallos del mes*, nº 548, Santiago, Chile, 2007; Sentencia de la Excma. Corte Suprema, 29 mayo 2008, pronunciada en recurso de casación en el fondo, considerando 13°, Rol N° 1484-2008, *op. cit.* (n. 58), p. 65; Sentencia de remplazo de la Excma. Corte Suprema, 22 de diciembre de 2011, pronunciada en recurso de unificación de jurisprudencia, considerando séptimo, Rol N° 829-2011, *cit.* (n. 27).

⁶⁰ *Ibid.* En igual sentido el voto disidente de sentencia de la Excma. Corte Suprema, 21 de abril de 2009, pronunciada en recurso de casación en el fondo, Rol N° 607-2009, *cit.* (n. 9).

⁶¹ Ver sobre la condición suspensiva y sus efectos ABELIUK MANASEVICH, René. *Las Obligaciones* –4ª edición–. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 455-458. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 354-384.

4. CONCLUSIONES

Luego de analizar el sentido y alcance de los artículos 221 incisos 3° y 4 y 225 incisos 1° y 3° del Código del Trabajo, forzoso resulta concluir que, no obstante tener la directiva sindical elegida el deber jurídico de notificar al empleador la celebración de la asamblea constitutiva del sindicato y la nómina de los trabajadores que asistieron a su constitución, no existe una respuesta uniforme sobre cuál es su naturaleza jurídica y, por lo mismo, las consecuencias que derivan del no cumplimiento o cumplimiento imperfecto (comunicación fuera de plazo, verbal, incompleta), existiendo tres respuestas posibles. Una que señala que la omisión o comunicación errónea no priva a los trabajadores del fuero del artículo 221 del Código del Trabajo, no siendo aquella un requisito de existencia ni de eficacia de la protección que otorga el legislador laboral a los trabajadores. La segunda respuesta concluye que al ser la notificación, una formalidad de publicidad sustancia, es un requisito de eficacia del fuero sindical, siendo sancionada su omisión o cumplimiento defectuoso con la inoponibilidad del fuero respecto del empleador respectivo. Y finalmente, la tercera respuesta sostiene que la comunicación regulada en el artículo 225 incisos 1° y 3° del Código del Trabajo es un requisito de existencia del fuero sindical del artículo 221 del Código del Trabajo, por lo que si aquella no se efectúa en la forma exigida por el legislador laboral, su natural consecuencia es que el fuero sindical no ha nacido a la vida del derecho como tampoco la correlativa obligación del empleador de respetarlo.

Esta diversidad de respuestas se observa en la jurisprudencia judicial, la cual ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el sentido y alcance de los artículos 221 y 225, cuando el empleador despide a un trabajador que concurrió a la constitución de un sindicato base diez días antes o treinta días después, sin que el directorio sindical haya realizado la comunicación prevista en el artículo 225 incisos 1° y 3°, en tiempo y forma, existiendo sentencias judiciales en todos los sentidos. Algunas concluyen que el despido es ineficaz, por existir el fuero independiente de la comunicación que debe darse al empleador. En cambio, otras sentencias afirman que el despido es válido, ya que al no cumplirse con un requisito de eficacia del fuero, el mismo es inoponible al empleador. Y otras que sostienen que el despido es plenamente válido, ya que al no realizarse la comunicación en la forma debida, el fuero nunca nació a la vida del derecho, no habiendo existido obligación de solicitar autorización al juez competente para despedir al trabajador.

Conclusiones que producen una serie de consecuencias jurídicas, ya que dependiendo de la respuesta, el empleador puede o no ser condenado por práctica antisindical por los Tribunales de Justicia, multado por la Inspección del Trabajo, el despido puede o no ser dejado sin efecto.

La constatación de la aplicación práctica de las normas que analizamos, nos lleva a concluir que los artículos 221 y 225 incisos 1° y 3° del Código del Trabajo no son aplicados uniformemente por los Tribunales de Justicia, adoptándose decisiones diversas y contradictorias, dependiendo del criterio del juez, lo que en un Estado de Derecho es inaceptable, ya que se vulnera la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, la cual exige que la norma legal sea aplicada de la misma forma a todas las personas que se encuentran en idéntica situación de hecho; frente a iguales hechos la norma debe ser interpretada y aplicada de la misma forma.

A fin de evitar tan pernicioso vicio, se recomienda agregar un inciso al artículo 225 del Código del Trabajo, señalado cuál es la sanción que debe aplicarse si la directiva sindical no comunica al empleador la celebración de la asamblea constitutiva y la nómina de los trabajadores que participaron en la misma o la comunicación es efectuada sin cumplir con las exigencias legales, a fin de evitar disparidad de criterios. No es suficiente que exista una sentencia recaída en recurso de unificación de jurisprudencia, para solucionar el vicio descrito, pues como sabemos, en nuestro sistema jurídico de tradición romana, la jurisprudencia no es vinculante para los Tribunales de Justicia, teniendo tan solo un poder de autoridad, existiendo la posibilidad que se reiteren los pronunciamientos contradictorios, tal como ha ocurrido con la semana corrida y la determinación de la base de cálculo de las indemnizaciones por término de contrato de trabajo, donde no obstante existir numerosos recursos de unificación de jurisprudencia sobre la materia, algunos Tribunales de Justicia inferiores siguen resolviendo en sentido diverso a lo resuelto por nuestra Corte Suprema.

Por otra parte, debe concluirse que la comunicación del artículo 225 incisos 1 y 3° del Código del Trabajo tiene la naturaleza jurídica de un deber, tal como lo revela la norma, y es una formalidad de publicidad a nuestro parecer, aunque es discutible si es de sustancia o noticia, tal como lo hemos señalado. Discusión que tiene directa relación con los efectos que produce. Si se cumple en forma debida, no hay duda que los trabajadores gozarán del fuero del artículo 221 del Código del Trabajo. Por el contrario, si la comunicación se omite o la misma es defectuosa, son discutibles las consecuencias que produce, por las razones expuestas en este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVICH, René. *Las Obligaciones* –4ª edición–. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- DESDENTADO BONETE, Aurelio. “El principio *pro operario*”. En: DE LA VILLA GIL, Luis Enrique; LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (Directores). *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Madrid, España: Centro de Estudios Financieros, 2003.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. “*Fraus omnia corrumpit*. Notas sobre el fraude en el Derecho Civil”, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXIX, n° 3, Santiago, Chile, 1992.
- DUCCI CLARO, Carlos. *Interpretación jurídica en general y en la dogmática chilena* –2ª edición–. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1977.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *Derecho Colectivo del Trabajo* –2ª edición–. Santiago, Chile: Editorial LegalPublishing, 2011.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Las reglas del “Código Civil” de Chile sobre interpretación de las leyes*. –2ª edición–. Santiago, Chile: Editorial Abeledo Perrot LegalPublishing, 2011.
- LEÓN HURTADO, Avelino. *La voluntad y capacidad en los actos jurídicos* –3ª edición actualizada–. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1979.
- PALAVECINO CÁCERES, Claudio. “De la empresa como pura factibilidad a la relación de trabajo sin contrato”, en: *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 2, n° 4, Santiago, Chile, pp. 13-27.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- YÁÑEZ MONJE, Eduardo. “El fuero sindical está sujeto a la condición suspensiva de comunicarse al empleador la celebración de la asamblea constitutiva”, en: *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 2, n° 4, Santiago, Chile, p. 196.

TAPIA GUERRERO, Francisco. “El concepto de empresa y los derechos sindicales en el derecho chileno del Trabajo”, en: VV. AA. *Estudios en homenaje al profesor William Thayer A.* Santiago, Chile: Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1998, pp. 222-244.

TAPIA GUERRERO, Francisco. *Sindicatos en el Derecho Chileno del Trabajo.* Santiago, Chile: Editorial LexisNexis, 2005.

TAPIA GUERRERO, Francisco. “Comentario a la jurisprudencia de la Corte Suprema del 22 de diciembre de 2011, Rol Nº 829-2011 sobre fallo de unificación de jurisprudencia en materia de libertad sindical”, en: *Gaceta Jurídica*, n° 379. Santiago, Chile: Abeledo Perrot LegalPublishing, 2012.