

S-38-2019

Práctica antisindical. Acogida. Despido colectivo (161, inciso 1º/160, N°4, b). Libertad Sindical. Derecho a constituir sindicatos. Contenido esencial. Indicios múltiples. Indicios estándar. Falta de justificación empleador.

Santiago, trece de marzo de dos mil veinte

### ANTECEDENTES

Renzo Guerrero Cortez, Alberliz Mendoza Rondón, Lorenzo Carigni, Anibal Carreteros Rozas, Sergio Balcazar Arévalo, Fernando Castro García, Giancarlo Ganoza Rodríguez, Luis Benítez Zapata, Mauricio Baghetti Castro, Eduardo Abriaraje Yelamo, Claudio Gaete Verdugo, Omar Torrealba Abreu, Constanza Piña Neira, Guillermo Guadarrama de Andrade, Ángel Ysea Reyes y Gabriel Guadarrama de Andrade, unos garzones y otros runners (ayudantes de garzones) del restaurante Osaka, domiciliados todos en Santiago deducen acción de tutela laboral por práctica antisindical contra Kansai Chile SPA, representada por Albarto Ventura Nudman, domiciliados en Vitacura, fundados en que fueron despedidos los días 9 y 10 de abril de 2019, días después de solicitar un ministro de fe a la Inspección del Trabajo para constituir el primer sindicato de la empresa, habiéndoseles dado fecha para la constitución el 18 de abril de 2019. Como el 5 de abril los funcionarios de la Inspección del Trabajo se vieron obligados a reiterar la solicitud, manteniéndose la fecha para la constitución, oportunidad en que constituyeron el Sindicato de Empresa Osaka Vitacura, siendo elegido presidente Gabriel Guadarrama Andrade, comunicando a la demandada la formación el mismo 18 de abril de 2019. El empleador se negó a reintegrarlos una vez constituido el sindicato, al concurrir el 22 de abril de 2019 a sus lugares de trabajo, fecha en que interponen denuncia de práctica antisindical, ni lo hizo.



Indican que el despido colectivo es un acto antisindical, lo mismo que la negativa a la reintegración al ser requerido por la Inspección del Trabajo

Analiza la protección de la libertad sindical la ley de la ley 20.940 y cita normas legales.

Solicita medidas reparatorias declarativas, de recuperación de su “estabilidad laboral”, manteniendo la existencia y accionar del sindicato, restituirlos en su empleo (493, número 3), sin tener que optar entre el empleo y la afiliación; que se declare la existencia de la vulneración por prácticas antisindicales afectando su libertad sindical, decretar la reincorporación, publicar parte resolutive de la sentencia en el sitio web por el tiempo que indica y disculpas públicas del gerente general a los demandantes, incluyendo compromiso de no incurrir en represalias contra quienes se afilien, la multa del artículo 292 del Código del Trabajo.

En medida complementaria de urgencia, solicitó la readmisión inmediata con pago de remuneraciones del tiempo de separación ilegal, lo que quedó diferido para la resolución de fondo.

La demandada KANSAI Chile SPA (en adelante, también Kansai) pidió el rechazo de la demanda. Opuso excepción de transacción y finiquito respecto de los demandantes Ángel Ysea Reyes y Gabriel Guadarrama de Andrade acogándose la excepción de transacción.

En cuanto al fondo, reconoció la relación de trabajo y los cargos de los demandantes, indicando la fecha de inicio y los despidos los días 8 y 10 de abril de 2019, prestando todos servicios en el restaurante Osaka de Nueva Costanera 3736, Vitacura.

Controvierten y refutan que los actores solicitaran la constitución del sindicato el 5 de abril de 2019, que la Dirección del Trabajo hubiere estado en paralización de actividades, alega confusión en la relación de hechos de la denuncia, niega la existencia de ánimo sindical, tanto antes como después de las fechas de término, constituyéndose el presunto sindicato con el objetivo sólo de dejar sin efectos los



despidos (“sindicato del día después”), de lo cual deriva que no ha incurrido en una práctica antisindical y/o el sindicato no le es oponible. Resalta que en la demanda no se solicita que se ordene la reincorporación de los ex trabajadores, lo que estima, refleja que no tienen ánimo sindical. Sobre tales razones se negó a la reincorporación, interrumpiéndose la fase administrativa en fase de conciliación (comparendo de 7 de mayo de 2019), por la reclamación judicial ya efectuada a esa fecha.

Expone la decisión de término de los contratos de trabajo de seis trabajadores el día 9 de abril, a quienes se comunicó personalmente ese día y otros 4 (Mendoza, Guerra, Carigni y Miranda) , por carta certificada el día 12 de abril de 2019, por no encontrarse en el establecimiento. Indica quienes firmaron finiquito.

Señala que el Sr. Guadarrama alentó a sus compañeros a no trabajar ese día y oponerse al despido, sumándose a tal manifestación 12 trabajadores, la que se prolongó hasta las 17 horas, sin que se hayan prestado servicios y sin que el restaurante haya podido atender público ese día, por lo que los trabajadores Abiarraje, Piña Carreteros, Gaete, Castro, Ganoza, Baguetti, Torrealba, Balcázar, Benítez, Guillermo Guadarrama e Ysea fueron despedidos por la causal del 160, número 4, letra b). Reproduce el fundamento de hecho y relato circunstanciado de los hechos que motivan el despido (paralización de funciones el 9 de abril) y de la negativa que se mantuvo durante toda la jornada, a pesar de la insistencia para que depusieran su actitud. Sin que se pudiera atender a público, debiendo cancelarse 87 reservas. Invocó subsidiariamente la causal del artículo 160, número 7 del Código del Trabajo, sobre los mismos hechos. Analiza jurídicamente la obligación contractual de prestar servicios.

Señala que el despido por necesidades de la empresa de 9 de abril “había ejercitado los despidos redactando cartas ‘tipo’, pues no vislumbraba la existencia de un eventual conflicto de relevancia jurídica y no contaba con asistencia letrada para redactar correctamente las cartas, cual es el motivo por el cual las cartas de



despido de la Sra. Rangel y el sr. Guadarrama no contienen fundamento de hecho acorde con el estándar legal, disponiendo de asistencia letrada solo a raíz de los hechos del día 9 de abril, por lo que las cartas destinadas a los trabajadores Mendoza, Guerra, Carigni y Miranda, la que reproduce. En ella se invoca reducción de rentabilidad necesaria para contar con el número de trabajadores que existía hacia diciembre de 2018, por lo que a partir de dicho mes se ha reducido progresivamente la dotación de personal del restaurante Osaka (indica las reducciones en aseadores, coperos, anfitriones, cajeros, etc), señalando que en abril se hizo necesaria la reducción de cargos del sector “salón”, labores de atención de mesas.

Alega que la terminación es ajena y en desconocimiento de un *animus sindicali*, conforme a un fundamento fáctico real en el caso de necesidades de la empresa y acorde a los hechos que fundamentan la causal de abandono (o incumplimiento grave).

Argumenta en torno a la constitución del sindicato con fraude a la ley y destaca lo que estima son omisiones de la postulación. El sindicato es un acto posterior a los despidos como una conducta “reactiva!” para generar fueros fraudulentos, se trata de un sindicato “ilícito” que le es inoponible. Cita jurisprudencia.

Alega, en subsidio, la conclusión de los fueros y la relación laboral en todos los casos (por causa justificada)

Se llevaron a efecto las audiencias de preparatoria y juicio.

#### CONSIDERACIONES DE HECHO Y DERECHO:

1. Finiquito. Los actores Ángel Ysea Reyes y Gabriel Guadarrama Reyes suscriben finiquito sin reserva, con posterioridad a la acción judicial, acogiéndose la excepción perentoria a su respecto por resolución de 19 de junio de 2019.

2. HECHOS NO CONTROVERTIDOS. No hay controversia sobre la relación laboral habida entre las partes, las labores de garzón



y *runner* de unos y otros y el despido por decisión de la demandada materializado los días 9 y 10 de abril de 2019.

3. La controversia sobre la vulneración de la libertad sindical (en su expresión de derecho a constituir sindicatos) confronta la postulación de la demandante según la cual los despidos afectan objetivamente la libertad sindical de un sindicato en formación y que se constituye al amparo de las normas vigentes, al materializarse cuando ya se ha tomado la decisión de constitución y se han realizado actos destinados a la constitución (requerimiento de ministro de fe), y al negarse a restituir a los trabajadores frente al requerimiento de la Inspección del Trabajo, con la posición de la demandada que incardina el asunto a la práctica conocida como “sindicato del día después”, que estima defraudatoria de la ley, al valerse los despidos de las normas de fuero de constitución (221/3°), –ajenos a una voluntad asociativa real- instrumentalizándola en pos de un fin no previsto por el derecho, cual es enervar los despidos.

4. De cara a la cuestión fáctica determinada por la carga de aportación de la regla del artículo 493, la controversia se presenta como una negación de los hechos esenciales por parte de la demandada, especialmente aquellos que en el relato de la demanda dan inicio al proceso de formación del sindicato, la formación de la voluntad de formar un sindicato y la concurrencia a la Inspección del Trabajo en fecha previa al despido a solicitar ministro de fe (5 de abril), el otorgamiento de una fecha para la constitución del sindicato con presencia del funcionario (18 de abril), en un contexto circunstancial que hace a una especial particularidad del caso: paralización de los funcionarios del órgano público hacia el 5 de abril de 2019.

5. Toda acción de tutela supone, antes de la cuestión del ejercicio y posible conculcación y ponderación de la justificación de la medida, la protección de un derecho fundamental amparado por el ordenamiento, la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, el sacrificio de una libertad amparada constitucionalmente (Prieto Sanchiz/ Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales/2003). Tal



interés o derecho, en el caso, es negado siquiera en su nacimiento, al punto que se subordina la actuación de los actores a una actuación espuria a ojos del derecho.

6. Corresponde entonces analizar la prueba de las partes enfocada primeramente hacia la cuestión del acaecimiento de los actos preparatorios de la constitución del sindicato en asamblea y a al contexto de la formación de la voluntad colectiva en su génesis.

En este punto, precisamente por la tesis de descargo de la empresa, es relevante señalar desde ya que el postulado fáctico (no controvertido por la demandada) de haberse negado a la reincorporación de los trabajadores ante el mandato administrativo (29 de abril), es un elemento indiciario relevante pero no suficiente.

#### 7. PRUEBA APORTADA POOR LAS PARTES.

##### A) Documental

i) Copia de Solicitud de Ministro de Fe, fechada 5 de abril de 2019, suscrita por Giancarlo Ganoza, Guillermo Guadarama, Luis Benítez, Sergio Balcazar, Constanza Piña, Gabriel Guadarama y Dailina Rangel. Sin timbre de recepción.

ii) Documento denominado “Comunicaciones”, fechado 4 de abril de 2019 que informa “Asociaciones ANEF de la DT -Anfuch y APU- reanudan huelga por modernización y ley de planta”, indicando en su cuerpo que la movilización iniciada ese mismo día “ en esta oportunidad será de 48 horas”. En relación con éste documento, la Asociación nacional de funcionarios del Trabajo de Chile, Anfuntch, informó al tribunal sobre la paralización los días 31 de marzo 4, 5, 11 y 12 de abril de 2019

iii) Formulario de solicitud de designación de Ministro de Fe de la Inspección del Trabajo Santiago Oriente, recibido 10 de abril de 2019 que indica nombre de organización “Sindicato de Empresa Osaka Vitacura”, con votación el 18 de abril de 2019, con 10 socios participantes, suscrito por Claudio Gaete.



iv) Copia de Acta de Constitución del Sindicato de Osaka Vitacura de 18 de abril de 2019, que consigna asamblea de 18 personas, aprobándose los estatutos y eligiéndose directiva (presidente Gabriel Guadarrama), con formulario de la misma fecha en que se depositan los estatutos.

v) Carta de notificación de 18 de abril de 2019 a la empresa en que se informa la constitución del sindicato, con comprobante de correo certificado.

vi) Denuncia de vulneración de derechos fundamentales de 22 de abril de 2019 ante Inspección del Trabajo, efectuada por Gabriel Guadarrama quien pide el reintegro de los trabajadores que constituyeron el sindicato y señala haber pedido hora para constitución el 5 de abril de 2019.

vii) Acta de investigación por separación ilegal de trabajadores con fuero laboral-sindical, de 29 de abril de 2019, de la misma Inspección, consigna que la empresa “no se allana”/ mismo documento presentado por demandada con nómina de 17 trabajadores; consigna motivo del empleador: necesidades de la empresa en un grupo y en el otro paralización de sus labores en su horario de trabajo.

#### B) Testifical.

Declaración de Gabriel Guadarrama de Andrade, quien prestó servicios como garzón para la demandada, relata la existencia de un conflicto en la primera semana de abril por la distribución semanal de las propinas (rebaja decidida por empresa y sin informar previamente de los porcentajes entregados a ayudante o *runners*). Señala que se produjo una situación en que trabajadores se negaron a trabajar hasta que no se arreglara la situación, interviniendo la srta. Katy (representante de la empresa), lo que se solucionó hacia el final del día, pero ahí decidieron trabajadores que formaban parte del salón (trabajan garzones y ayudantes de garzones) iniciar trámites para formar un sindicato, yendo al día siguiente el testigo y otros



trabajadores a la Inspección del Trabajo de Vitacura (ese día se reunieron en la mañana), pero estaba en paro, con las puertas cerradas, les preguntaron a los inspectores y les dieron una plantilla (reconoce documento 1 del demandante) . Refiere detalle del conflicto previo, en cuanto se les pidió a la empresa que no administrara las propinas, accediendo la señora Katy, quedando en que a la semana siguiente se les daría dinero y comprobante. Se pusieron de acuerdo para que el testigo quien recibiera ese dinero y Claudio Gaete, jefe de garzones informó a la empresa que el testigo recibiría el dinero. Explica que el turno empieza a las 17 horas. El día del despido llegó a las 16.20 para hacer la repartición, se le entregó sin comprobante e informe de propinas; hizo el reparto. Luego Pedro Soto lo llama a la oficina y le comunica el despido; entiende que fue represalia por el tema del dinero; sus compañeros decidieron no trabajar hasta que se le reintegrara. Señala que el chef Ciro se dio cuenta y dijo “aquí trabajan o trabajan, en su país comunista se cobra sin trabajar” en alusión a que son inmigrantes. Señala que Aracely les señaló a los demás trabajadores que él ya estaba despedido y que amenazó con llamar a la policía, lo cual ocurrió. Dice que no se prestó servicio ese día. Señala que informó lo del sindicato, y alude a diversas irregularidades y descontento que había. Estaban muy unidos. El día 10 de abril fueron a la Inspección del Trabajo de Vitacura y entraron él y Claudio Gaete para presentar la solicitud y les dieron fecha para 18 de abril; crearon grupo de whats app y a las 13.30 de ese día comienzan a llegar mensajes de que los estaban despidiendo de manera verbal. El 18 de abril fueron a la constitución 17 que ya estaban despedidos y además Macarena Chodil, que a esa época no estaba despedida y quien no había paralizado funciones. La empresa se negó a reintegrarlos. Posteriormente eligieron a Macarena Chodil como nueva presidenta, para que sindicato pudiera funcionar (Acta de renovación de directorio allegada al proceso de 16 de mayo de 2019 y certificado de votación ante ministro de fe).



Considera que su despido fue injusto, firmó finiquito porque estaba sin trabajo; señala que no disponían de abogado, que solo lo tuvieron para la demanda.

Declaración de Ángel Ysea Reyes; refiere antecedente hacia el día 5 de abril por cambio de sistema de entrega y reparto de propinas. Señala que 9 de abril despiden a Guadarama (el testigo tenía libre pero se comunicaban por watts app), quien era el representante de todos y por el despido “los chicos deciden parar la atención al público si no se daba la reincorporación”, eran 11. Ese día no se atendió público. Señala que el día 5 de abril, siete chicos decidieron formar sindicato, pues se dieron cuenta que si estaban en grupo podían llegar a algo más; refiere paro de actividades y luego concurren el día 10 todos los garzones y ayudantes. El día que les comunicaron el despido (10/4) el testigo ingresaba a las 12 horas y el libro de asistencia no estaba, el sheff había cancelado todas las reservas para el almuerzo, los llamaron uno a uno y los despidieron verbalmente. El 18 constituyeron sindicato en la Inspección del Trabajo y en mayo hacen votación para elegir a Macarena Cholil. Interrogado por la demandada explica el sistema de turnos (de apertura, nocturno y “cortado”, el que se inicia a las 12 horas)

#### PRUEBA DE LA DEMANDADA:

##### A. Documentos:

- i) Contratos y comunicaciones de despido de todos los trabajadores, con comprobantes de despacho por correo
- ii) Notificación de reclamo ante Inspección del Trabajo de 10 de abril de 2019 efectuado por Ysea, Castro, Balcazar, Benítez y Carigni
- iii) Acta de Constitución del sindicato de empresa Osaka de 18 de abril de 2019
- iv) Acta de comparendo de conciliación de 3 de junio de 2019.



v) Acta de investigación por separación ilegal de 29 de abril de 2019, con nómina de 17 trabajadores e inicio de procedimiento de fiscalización.

vi) Citación a mediación de 29 de abril y acta final

vii) Dos impresiones de mensajería una de una fotografía, atribuida a Araceli Bersano del días 9 de abril de 2019, en que se indica que aparece el sargento Fierro, Rangel y Guadarrama y la segunda atribuida a un mensaje de la misma y Claudio Gaete del “9 de abril de 2019” que señala “no se va a trabajar para que le avises a las reservas (19:12)”.

viii) 4 impresiones de pantalla del denominado “sistema Mitre” (registros no relacionados con otra prueba y no legibles)

ix) Finiquitos de Dwigh Miranda, (15 de abril), Renzo Guerra (24 de abril) y Dailina Lilibet Rangel (22 de abril)

#### B. Testifical de la demandada

Declaración de María Carolina Ascui Berardi, quien se identifica como florista (proveedora de la demandada) señala haber estado presente en el salón el 9 de abril en el restaurante “haciendo las flores”, señala que escuchó a uno molesto porque lo habían despedido y empezó a hablar uno por uno con sus compañeros; señala no conocer a cada uno de los trabajadores pero los saluda. Dice que los trabajadores comenzaron a hacer lo que estaban haciendo y se reunieron; bajó la anfitriona y se reunieron. Señala sin poder precisar los diálogos, que estuvo hasta las 19.30 horas aproximadamente y que llegó Carabineros. Dice que no pudo escuchar directamente las conversaciones (*“puntualmente no me acuerdo bien, no estaba atenta”...“estaba un poco de espaldas”*). Aracely, a quien identifica como administrativa de la demandada, le dijo que el despido no era nada personal, que era por razones de la empresa. Dice que otro que fue a hablar fue el ayudante de anteojos, Pedro.



Declaración de Pedro Soto Sandoval (asistente de manager de la demandada), señala conocer a demandantes y a quienes están en la audiencia (5 de ellos). Sobre ellos señala que el día 2 de abril “tampoco quisieron trabajar” (garzones y *runners*) por la repartición de las propinas que cree que fue repartición el primer suceso: “reclamaban que se estaban repartiendo mal las propinas”, la empresa volvió al sistema antiguo; se hizo reunión viernes 5 de abril, con todo el equipo incluidas Araceli (manager) y Katy Alfaro. La sitúa entre 11 a 13 horas.

El martes 9 de abril tenían dos despidos programados Gabriel Guadarrama y Lili; antes de eso fueron a entregar propinas, entregándolas Araceli, sin recordar bien a quien. Más adelante señala que Gabriel le dijo que entregaría las propinas cuando lo fue a buscar a oficina de Araceli en el momento comunicársele el despido. Se les despidió por 161, inciso primero, porque estaban haciendo reducción de personal; despidiendo antes de 8 a 10 personas). Ese día se le informó a Gabriel el despido y no firmó; señala que dijo que él iba a repartir la propina pero testigo no lo sabía (no recuerda más). Él se quedó en oficina y escuchó gritos de discusión, discutían con Ciro Watanabe, éste les decía que fueran a trabajar, la mayoría eran garzones. El testigo y Araceli trataron de calmar la situación. Sitúa el hecho a eso de las 17.30 horas, informando que el restaurant está abierto a clientes desde 13 a 16 y desde 19.30 a 24 horas. A esa hora algunos debían estar en descanso y otros preparando el salón. Luego el testigo llamó a Lilibet Rangel para comunicarle el despido, quien tampoco firmó. Todos se quedaron en el salón de descanso en el piso -1. Ante la negativa de salir del local, Watanabe llamó a carabineros. Ese día no abrió a público. A él Clausio Gaete le informó a las 18.30 que no se iba a trabajar (no indica las razones); no tenían personal. Al día siguiente, se despidió a todos a 7, por la causal del artículo 161 inciso primero y a 11 por “cese de funciones”. Los no despedidos fueron los de cocina, bar y barra de sushi.

Contra examinado, vuelve a reunión de 5 de abril y señala que la empresa “corrigió entrega mal de la propina” y acordaron que se les



entregaría el dinero a ellos y que ellos la repartirían. Indica que despidos de 10 de abril estaban programados desde diciembre de 2018; pero el 10 de abril no estaba lista la carta, lo que luego rectifica diciendo que sí. Dice que no les preguntó por qué no querían trabajar

C. Inspección de grabación de interior del establecimiento el día 9 de abril de 2019- Se exhibieron grabaciones de las cámaras interiores del local (Cámaras 6 y 11) en diversas horas desde 14.25 que exhiben el salón sin actividad de atención el día 9 de abril de 2019, en área de descanso, barra y salón (con mesas de público), sin clientes y con mesas vacías.

8. Otros hechos demostrados. Previo a abordar la cuestión de la satisfacción del estándar indiciario, se hace indispensable establecer desde ya cuestiones que aparecen asentadas sin controversia desde diversas fuentes de información:

i) La carta de despido de 9 de abril de 2019 correspondiente a Guillermo Guadarrama y Lilibet Rangel invoca la causal del 161 inciso primero, pero no tiene hechos.

ii) Los trabajadores Mendoza, Carigni, Carreteros, Balcázar, Castro Ganoza, Benítez, Baghetti, Abriarraje, Gaete Torrealba y Piña, despedidos por la causal del artículo 160, número 4 letra b) el día 10 de abril, por los hechos acaecidos el día anterior, efectivamente no ejecutaron sus labores ese día.

iii) El sindicato se constituyó ante Ministro de fe en la Inspección del Trabajo el 18 de abril de 2019, eligiendo presidente a Gabriel Guadarrama Andrade.

iv) La Inspección del Trabajo requirió la reincorporación de los trabajadores reclamantes despedidos los días 9 y 10 de abril, con fecha 29 de abril, a lo que la empresa se rehusó, invocando los despidos por necesidades de la empresa en unos casos y por paralización de labores dentro de horario de trabajo en otros.



9. Establecidos tales hechos, corresponde identificar la existencia de indicios suficientes destinados a develar que el despido ha sido un acto que afecta la libertad sindical. La prueba permite establecer los siguientes hechos que obran como indicios:

a) La existencia de un clima de conflictividad colectiva reconocido por testigos de la demandante y referido por el testigo Pedro soto de la demandada.

b) La proximidad temporal del hecho que expresa esa conflictividad (modificación unilateral y rebaja por parte de la empresa del sistema de reparto de propinas que afecta a garzones y ayudantes, reclamo, breve paralización), los primeros actos de organización colectiva de trabajadores para la defensa de intereses común y la concurrencia de 7 de ellos a la Inspección del Trabajo a solicitar un ministro de fe, respecto del acto sospechoso de vulneración (despido colectivo).

c) La particular circunstancia de contexto invocada como postulado fáctico en orden a que ese día los funcionarios del organismo público estaban en paralización de funciones y la relación temporal acreditada entre el conflicto del día 5 (que el testigo Soto de las demandada sitúa al mediodía) con la concurrencia el mismo día a la Inspección.

d) La manifiesta falta de fundamentos fácticos –reconocida por la demandada- de los despidos iniciales de 9 de abril que afectan a Gabriel Guadarrama y Lilibet Rangel.

e) La afectación directa de uno de esos despidos de quien ejercía como cabecilla de la organización de los trabajadores en su estadio inicial, ya expresada en el conflicto del día 5 de abril y refrendada por su actuación el día 9 en la cuestión del reparto de las propinas (reconocida por el testigo Soto) en calidad de diputado a tal cometido por demás trabajadores

¶) La resistencia que ante la acción patronal de despido de dos trabajadores (Gabriell Guadarrama y Lilibet Rangel) despliegan los



trabajadores que comparten las mismas labores (garzones y *runners*) y que impresiona como represalia a un conflicto que afecta a todos ellos (reclamo por reparto de propinas)

g) Ausencia absoluta de justificación mediante prueba instrumental idónea del proceso de reestructuración que se invoca en las cartas de 10 de abril, sin perjuicio de la propia falta de idoneidad de la causal invocada en términos que no es congruente con razones económicas de entidad suficiente para respaldar la medida

h) La resistencia del empleador a reincorporar a los socios que concurren a la constitución, una vez que el órgano llamado por ley a ponderar la concurrencia de los requisitos legales para la constitución del sindicato, dispone tal hecho.

10. Los hechos establecidos precedentemente son suficientes para –de la mano de la doctrina de la prueba por indicios- satisfacer el estándar estimado suficiente para establecer la vulneración del derecho de la libertad sindical

Los signados en literales a), b), d) y g) de la motivación precedente han sido sistematizados como indicios estándar en los fenómenos de vulneración fundamental y/o discriminación por la doctrina, en el análisis de la jurisprudencia sostenida del Tribunal constitucional español (vid, entre otras: STC 90/9784/2002; 17/2003; 171/2003).

11. Se suceden, con cierta regularidad y no necesariamente en forma copulativa en la estructura fenomenológica de la vulneración de libertades constitucionales, la presencia de un contexto de conflictividad (escenario tanto el ejercicio de la libertad, cuanto la represalia), la relación temporal entre ejercicio del derecho constitucional y la medida sospechosa de vulneración y/o discriminación y la falta de fundamento de esta medida. Este último extremo, en relación con los despidos del artículo 161, inciso primero queda asentado por la ausencia de fundamento en los dos primeros despidos y la absoluta falta de justificación probatoria respecto de los



despidos por tal causal el día siguiente. La ausencia de una huella trazable hacia atrás de una restructuración organizativa sostenida en razones económicas impresiona congruente además con el uso generalizado de la referida causal en el modelo de despido chileno, como un arbitrio de libre despido o *desistimiento unilateral pagado* del contrato por decisión patronal, ajeno a las hipótesis objetivas que exige la norma que cautela la estabilidad relativa del empleo. Tal aplicación erige a la causal en contextos conflictivos como el que se despliega en el caso, como una decisión de suyo sospechosa de encubrir razones no explicitadas formalmente y potencialmente vulneratorias.

12. Establecidos los indicios suficientes de vulneración, ya se ha adelantado como nota necesaria del razonamiento sobre un aspecto indiciario relacionado al despido, que no existe justificación respecto de las exoneraciones sustentadas en la causal objetiva. Como tampoco existe justificación en la aplicación de causal disciplinaria.

En efecto, en la dinámica de los hechos descritos, la negativa de los trabajadores que en la tarde del 9 de abril deciden no ejecutar sus labores está justificada y configura una resistencia lícita asilada frente a la posición de incumplimiento del co-contratante, contemplada en la propia norma en razón de:

i) Reaccionar ante el despido sin causa de compañeros de trabajos comprometidos en la solución de un conflicto laboral que atinge al grupo

ii) Reaccionar ante el despido en represalia ante la organización colectiva en el marco de un conflicto económico que emana del contrato de trabajo que los afecta a todos.

iii) Instar –como aparece sobradamente demostrado- a la modificación de la decisión arbitraria de la empleadora de exclusión, buscando una solución al conflicto, impresionando la reacción como proporcional y razonable.



13. Involucrados directamente todos los despedidos por la causal del 160, N°4 letra b) en los hechos que despliegan el panorama indiciario de vulneración al ejercicio de la libertad sindical, la decisión injustificada de despido a su respecto, no satisface la exigencia probatoria del artículo 493 del Código del Trabajo.

14. Lo razonado en cuanto al ejercicio del derecho de libertad sindical excluye la estimación de la defensa que postula que el colectivo de trabajadores ha obrado al margen de los fines lícitos amparados por el derecho.

15. La decisión patronal en todos los casos afecta el contenido esencial del derecho de libertad sindical que tradicionalmente se extiende a los extremos de sindicación, negociación colectiva y huelga. El derecho de sindicación supone primeramente el derecho a constituir sindicatos sin autorización previa. Sin perjuicio de los alcances diversos que la doctrina nacional le ha dado al contenido originario del texto constitucional, tal extremo, nunca ha estado en discusión. (Vid. este debate de Iruretas, Gamonales, Toledos y Tapias, en ROJAS MIÑO/. *Los derechos de libertad sindical en la constitución chilena/2017*). El derecho a “fundar sindicatos”, como expresión particular de la libertad sindical, se despliega en diversos instrumentos internacionales, ya desde el artículo 23/4° de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

16. Puede comprenderse, sin necesidad de grandes esfuerzos argumentativos, la relevancia que para el derecho fundamental de la libertad sindical tiene la fase formativa de la voluntad asociativa y del mandato de abstención que pesa sobre terceros, particularmente sobre ese tercero que ejerce un poder de mando instrumental contractualmente legitimado sobre los trabajadores en el ámbito de la empresa y que es el naturalmente llamado a antagonizar con los intereses de los trabajadores, como bien refrenda este caso.

17. El derecho de la libertad sindical -a diferencia de aquellos que despliegan su ejercicio pleno, mediante conductas individuales de su titular- particularmente en su dimensión constitutiva, se materializa



como la acción colectiva de un conjunto de personas que forman la voluntad asociativa en un *iter* de actos sucesivos, que abarca desde la fase genética de esa voluntad (conversaciones, reuniones y otras conductas comunicativas para lograr la adhesión, deliberación preparatoria) complementada por la satisfacción de las formas elementales que prescribe la ley. Todos estos extremos fácticos desplegados en un tiempo variable, son entonces expresión del contenido esencial del derecho, pues se corresponden con conductas copulativas indispensables para la constitución de la organización, donde las primeras son condición indispensable de las sucesivas, hasta llegar el acto de constitución que sanciona la ley con ciertas formalidades. Éste no prospera sin aquellos esenciales, que le han antecedido en el tiempo. En su regulación infra constitucional el ordenamiento lo entiende así, cautelando la fase formativa de la voluntad colectiva con instituciones que reconocen la necesidad de tutela de los trabajadores en la fase previa a la asamblea constitutiva, mediante el fuero de constitución, al tiempo que dispensa arbitrios como la acción de tutela, para amparar y sancionar las perturbaciones a tal libertad, desde las primeras manifestaciones asociadas a su génesis.

18. La práctica antisindical que configuran los despidos de trabajadores que concurren a formación de un sindicato en la forma anotada es un acto inconstitucional que impone la adopción de las medidas requeridas por los demandantes, incluida la de no repetición y la de readmisión a sus puestos de trabajo –salvo voluntad en contrario sobreviniente de los mismos que deberá manifestarse expresamente en la fase de cumplimiento de la sentencia-, petición contenida expresamente en la demanda, reiterada como medida cautelar de urgencia y diferida en su última solicitud a esta resolución para una mejor ponderación de los antecedentes. La medida impone además, en todo caso, como efecto propio de la declaración de nulidad del acto, la solución de los denominados *salarios caídos*, esto es la solución por parte del empleador de las remuneraciones y prestaciones laborales entre el tiempo que transcurre entre el acto



írrito y la reincorporación efectiva o la manifestación de voluntad de no reincorporarse al tiempo de que la sentencia quede en condiciones de ejecutarse.

19. No hay otra prueba atingente para analizar

Y de acuerdo además con lo que disponen los artículos 19, número 16 de la Constitución Política, Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, artículos, 1, 3, 5, 7, 9, 160, 162, 221, 292, 420, 253, 454, 485 y siguientes del Código del Trabajo, se resuelve:

I. Hacer lugar a la demanda en todas sus partes declarándose que el despido de los demandantes Renzo Guerrero Cortez, Alberliz Mendoza Rondón, Lorenzo Carigni , Anibal Carreteros Rozas, Sergio Balcazar Arévalo, Fernando Castro García, Giancarlo Ganoza Rodríguez, Luis Benítez Zapata, Mauricio Baghetti Castro, Eduardo Abriarraje Yelamo, Claudio Gaete Verdugo, Omar Torrealba Abreu, Constanza Piña Neira, Guillermo Guadarrama de Andrade de fecha 9 y 10 de abril de 2019 es una práctica antisindical, lo mismo que la negativa de la empleadora a su reincorporación, a instancias de la Inspección del Trabajo de fecha 29 del mismo mes.

II. La demandada deberá reincorporar a los trabajadores a las labores pactadas contractualmente dentro de tercero día de ejecutoriada la presente resolución y pagar la totalidad de las remuneraciones pactadas de acuerdo al promedio de los tres meses íntegramente trabajados previos al despido, enterando las prestaciones de seguridad social, del tiempo que media entre la separación y la reincorporación efectiva, salvo voluntad contraria a la readmisión de los demandantes, que deberá manifestarse expresamente dentro del mismo término, circunstancia en que el pago de la remuneración y obligación previsional corresponderá hasta el día en que se manifieste en el proceso tal decisión.

III. La demandada publicará, bajo el apercibimiento del art en el sitio web del restaurante OSAKA (Osaka.com.pe) la parte resolutive



de la presente sentencia como noticia destacada durante 30 días, a contar del quinto día hábil de ejecutoriada esta resolución, conjuntamente con disculpas públicas a los demandantes en la misma forma y medio, ofrecidas por el gerente general por las prácticas ejecutadas en su contra, con el compromiso de no incurrir en represalias contra trabajadores que se afilien al sindicato.

IV. Aplicar multa del artículo 292 del Código del Trabajo a la demandada, la que se aplicará en la cuantía superior del rango correspondiente a la empresa, una vez determinado el número de trabajadores en la fase de cumplimiento incidental.

V. Notificar la sentencia a la Dirección del trabajo.

VI. Condenar en costas a la demandada por haber sido totalmente vencida, regulándose las costas personales en la suma de \$ 3.000.000.

RIT S-38-2019

Pronunciada por Álvaro Flores Monardes, Juez titular.

