

La otra mirada de la ley

Comentario sobre sentencia del Tribunal Constitucional que declara inaplicable en gestión pendiente el artículo 26 bis del Código del Trabajo

COMENTARIO DE:

Hugo Fábrega Vega

Abogado.
Profesor de Teoría del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo
Miembro de la Sociedad Chilena de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Miembro del Centro Chileno de
Estudios de Derecho del Trabajo A.G.

I. Texto íntegro del fallo

"Santiago, veintiséis de julio de dos mil once.

VISTOS:

Con fecha 10 de noviembre de 2010, don Gerardo Mena Edwards, juez titular del Segundo Juzgado de Letras de Talagante, solicitó de esta Magistratura la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 26 bis del Código del Trabajo, a fin de que se emita un pronunciamiento acerca de si dicho precepto resulta lesivo a las garantías constitucionales de los trabajadores.

El precepto impugnado dispone:

"Art. 26 bis. El personal que se desempeñe como chofer o auxiliar de los servicios de transporte rural colectivo de pasajeros se regirá por el artículo precedente. Sin perjuicio de ello, podrán pactar con su empleador una jornada ordinaria de trabajo de ciento ochenta horas mensuales distribuidas en no menos de veinte días al mes. En ambos casos, los tiempos de descanso a bordo o en tierra y de las esperas que les corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, no será imputable a la jornada, y su

retribución o compensación se ajustará al acuerdo de las partes. En ningún caso los trabajadores podrán conducir por más de cinco horas continuas. Se entenderá como servicios de transporte rural colectivo de pasajeros aquellos que cumplan con los requisitos que determine reglamentariamente el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones."

La gestión judicial a propósito de la cual se promueve el requerimiento es el proceso laboral de tutela de derechos fundamentales RIT 103-10-T.L., caratulado "SINDICATO INTEREMPRESAS DE CONDUCTORES N°4 FLOTA TALAGANTE con BRAVO MIRANDA, DOMINGO, Y OTROS EMPRESARIOS", en el cual la organización sindical demandante acciona por 14 choferes en contra de los empresarios del transporte dueños de los buses que conducen y solidariamente en contra de la asociación gremial y de la cooperativa que los agrupa, que en este caso serían sus reales empleadores, invocando la doctrina del "levantamiento del velo" y el régimen legal de la subcontratación de trabajo.

En el libelo de tutela se señalan como infringidas las garantías del derecho a la integridad física y síquica de los choferes, contenidas en el N° 1° del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Los demandantes de la gestión hacen notar que dicha vulneración es posible por el aprovechamiento que sus empleadores hacen de la ineficiencia de los medios de control de asistencia y de los problemas derivados de su fiscalización.

Agregan que en la medida que los intermedios, esperas y descansos no son imputables a la jornada, en la práctica trabajan entre 15 y 16 horas diarias, que debieran descomponerse en 7,5 horas de conducción y el resto de descanso, que en realidad no existe o es mínimo, por lo cual en la práctica se ven sometidos al denominado "dos por uno", es decir, que un chofer desempeña en realidad el doble de una jornada, a causa de lo cual se ve afectado física y psicológicamente, dañando con ello a su familia y su entorno.

En la demanda de tutela solicitan el cese de la vulneración a sus derechos fundamentales y que se ordene establecer un sistema de control de asistencia y jornada, lícito y fidedigno, además de una indemnización de \$5.400.000 anuales por demandante, desde la fecha de inicio de la relación laboral, atendido que sus sueldos son de aproximadamente \$450.000 mensuales y que han sido víctimas del llamado "dos por uno".

Los demandados señalan que los hechos no son efectivos, que los sistemas de control de asistencia fueron visados por la Inspección del Trabajo, que cumplen la normativa laboral sobre jornada y que no hay "dos por uno". Señalan además que la asociación gremial demandada no es una empresa ni menos el empleador de los demandantes.

Con fecha 24 de noviembre de 2010, la Primera Sala de este Tribunal Constitucional ordenó al juez requirente que, previo a resolver acerca de la admisión a trámite, se diera cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 79 y 80 de la ley orgánica de esta Magistratura.

Cumpliendo lo ordenado, el juez requirente invoca como infringida la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, contenida en el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental, ya que el precepto impugnado establece un trato especial y distinto del general, que menoscaba derechos laborales que el ordenamiento jurídico nacional considera irrenunciables. De la misma forma, considera infringida la garantía constitucional de la libertad de trabajo, contenida en el numeral 16° del mismo artículo 19 de la Constitución Política, al vulnerarse los principios generales de protección del derecho laboral, la irrenunciabilidad de los derechos y la presunción de no gratuidad de los servicios, en función de los cuales se establecen limitaciones de jornada, sueldo mínimo y otros institutos en favor del trabajador, que es la parte más débil de la relación laboral.

En específico, sostiene el tribunal requirente que, según las normas generales contenidas en el artículo 21 del Código del Trabajo, todo el tiempo que el trabajador se encuentre a disposición del empleador sin desempeñar funciones, por causa no imputable al dependiente, constituye jornada y debe ser remunerado, por lo cual, en la medida que el precepto impugnado establece lo contrario, dispone un trato diferenciado que vulnera el derecho a una jornada establecida según las normas comunes, por lo que introduce un factor de incertidumbre acerca de la duración de la jornada.

Por otro lado, al dejar la retribución del tiempo de espera entre turnos al acuerdo de las partes, se desconoce por el legislador la existencia e irrenunciabilidad del sueldo mínimo como base de cálculo supletoria de la remuneración, por lo cual se retorna al criterio civilista de autonomía de la voluntad, haciendo ilusorio el pago por los tiempos de espera entre turnos y aumentando de manera gratuita e ilegal el horario de trabajo.

Señala finalmente que también se viola el derecho de propiedad del trabajador sobre su tiempo fuera de la jornada trabajo, ya que por este régimen es el empleador quien dispone de los tiempos del dependiente, sin contraprestación pecuniaria, perturbando así la vida familiar y el derecho al esparcimiento y al descanso.

Sostiene asimismo que no existe asidero alguno que justifique esta diferencia de trato, que por tanto resulta inconstitucional.

Con fecha 15 de diciembre de 2010 el requerimiento fue acogido a trámite, confiriéndose traslado para resolver acerca de su admisibilidad.

A fojas 99, el sindicato demandante de tutela señala que la conducta de los demandados se ampara en lo dispuesto por la norma impugnada, que vulnera la Constitución, y agrega que se cumplen los presupuestos de admisibilidad, ya que basta la posibilidad previsible de que la norma sea aplicada para dar curso al proceso de inaplicabilidad.

A fojas 102 y siguientes, comparecen las demandadas solidarias Asociación Gremial Flota Talagante y Cooperativa de Servicios de Transporte Talagante Santiago, solicitando la declaración de inadmisibilidad del requerimiento. Argumentan que al ser formulado el libelo como una consulta o solicitud de informe, incluso complementado no cumpliría los presupuestos exigidos por la ley al no señalar la forma en que se produciría la infracción a la Constitución. Por otro lado, agregan que la acción carecería de fundamento plausible al fundarse en derechos irrenunciables contenidos en otras normas generales del Código del Trabajo, que no tienen rango constitucional y frente a las cuales prima la norma especial que se impugna. Afirman que la sola existencia de normas especiales no es sinónimo de una inconstitucionalidad y que la situación de los demandantes es en los hechos distinta a la habitual, omitiéndose por el juez requirente la alusión a la historia fidedigna del precepto impugnado.

A fojas 106, comparecen los empresarios del transporte que obran como demandados principales en la gestión invocada, solicitando la declaración de inadmisibilidad de la acción formulada. Exponen que la aplicación del precepto impugnado no resulta decisiva en el proceso de tutela y que se les acusa de haber utilizado de manera abusiva la norma, burlando así su sentido y espíritu. Agregan que el 9 de diciembre de 2010 se realizó la audiencia de juicio, pues el juez consideró que la decisión de esta controversia constitucional no obstaba a ello, ya que "no incide en la resolución del asunto controvertido", según se señala a fojas 107. Reiteran lo argumentado por las otras demandadas, en orden a que el requerimiento es inadmisibile al haber sido formulado como un oficio o una solicitud de informe y agregan que en el proceso de tutela se promovió un incidente de recusación en contra del juez, por haber emitido opinión acerca del fondo del asunto al requerir de inaplicabilidad.

Con fecha 5 de enero de 2011 fue declarado admisible el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y con posterioridad se confirió traslado sobre el fondo del mismo a las partes de la gestión invocada. A fojas 160, el juez requirente presentó un escrito de "evacua traslado", en el cual, además de reiterar sus argumentos, profundiza acerca de la

irrenunciabilidad de los derechos establecida por el artículo 5° del Código del Trabajo, que estima contradicha por el precepto impugnado en lo relativo a las remuneraciones y a la limitación de jornada. Agrega que la irrenunciabilidad de los derechos en materia laboral cumple la función de restablecer el equilibrio contractual, para proteger a la parte más débil de la relación jurídica, todo lo cual en este caso se ve vulnerado, sin que el trabajador pueda disponer de las 8 horas de descanso ni de las 8 horas para otras actividades.

Agrega que los propios demandados invocaron la norma impugnada para validar su actuación y profundiza algunos aspectos de la historia legislativa del precepto en cuestión, el cual tuvo por finalidad establecer para este tipo de trabajadores las mismas condiciones laborales de los servicios urbanos de transporte de pasajeros, en el que si bien los tiempos de espera no constituyen jornada, se remuneran con un mínimo de 1,5 ingresos mínimos mensuales como base de cálculo.

Añade que en la discusión legislativa se hizo ver la inconveniencia de pagar estos tiempos como horas extraordinarias, la inconveniencia de imputarlos a la jornada, además de la improcedencia de su gratuidad, pero que finalmente el objetivo de igualación no se cumplió, generándose la diferencia de trato existente hoy.

A fojas 273, el abogado Jorge Correa Sutil, en representación de la Asociación Gremial demandada, evacua el traslado acerca del fondo del asunto, solicitando el rechazo de la acción en los siguientes términos:

– En cuanto a los antecedentes de la gestión, señala que los tiempos en cuestión corresponden a lapsos de espera entre turnos de trabajadores del transporte rural, que pueden ser en tierra –como en este caso–, durante los cuales el trabajador no está a disposición del empleador. Sobre este punto, señala que el juez requirente ha entendido incorrectamente que sí se encuentran a disposición de su empleador, pero que eso no es efectivo, toda vez que no realizan labor alguna, lo cual debe ser así a causa de los tiempos de extensión de los viajes.

– En el caso de los demandantes, no están obligados a permanecer a disposición de su empleador, ni en el lugar de trabajo ni en los terminales durante dichos lapsos, siendo totalmente libres para trasladarse donde quieran y hacer lo que les plazca en su tiempo libre, en una verdadera interrupción de jornada que sólo los obliga a volver a la hora prefijada. Agrega que la norma impugnada no permite que en tiempo de descanso o espera de turno estén a disposición del empleador.

– Expone que, por lo anterior, es imposible conceptualmente que estos tiempos se imputen a la jornada, porque no lo son, ni menos que se remuneren, porque no hay trabajo ni sujeción al empleador.

– A fojas 266 señala que estos tiempos de espera son una molestia para el trabajador, pero que la ley permite compensarlos o retribuirlos. Serían una molestia por no ser jornada, no ser remunerables y por su carácter irregular, determinado por demoras de viajes y factores mecánicos imprevisibles. Expone que en este caso todos los demandantes de tutela son compensados en su contrato individual por este concepto, con un 2% de la venta bruta de boletos del mes, agregando que además reciben un incentivo variable de producción.

– A continuación señala que la norma impugnada no tiene la aptitud de producir el resultado contrario a la Constitución que se denuncia, cuestión que se debe a gruesos errores de apreciación del juez. Por lo anterior trae a colación la abundante jurisprudencia de este Tribunal en orden a que en materia de inaplicabilidad el efecto contrario a la Carta Fundamental debe producirse por causa del correcto entendimiento de la norma, en función de la gestión invocada, y no por una interpretación errada o abusiva, cuestión que a su juicio sí ocurre en el caso y que redundaría en el rechazo de la acción, ya que el precepto impugnado fue celebrado en su momento como una verdadera conquista laboral.

– Expresa que la interpretación errada del juez se funda en estimar que el trabajador está a disposición del empleador en los tiempos de descanso y espera, en entender que la aplicación del precepto conlleva a que los tiempos de espera no sean retribuidos, cuando en realidad ello depende del acuerdo de las partes. Agrega que otro de los errores que lleva a la interpretación equivocada del precepto consiste en creer que el mismo permite negociar libremente una remuneración, cuando en realidad el pago por tiempos de espera es una simple compensación por una situación gravosa y no podría ser una remuneración, para lo cual cita una intervención del senador Pablo Longueira, consignada en la historia de la ley, a fojas 282, en la cual se señala que de imputarse los descansos a la jornada del trabajador se generaría el problema de que a mediados de mes el trabajador se vería impedido de continuar conduciendo, por haber agotado su jornada, agregando que el tiempo extra se genera en la espera, lo que justifica un trato distinto al común.

– En otro orden aduce que la solicitud de inaplicabilidad se funda en principios generales del derecho laboral, no recogidos por la Constitución, por lo cual hay una cuestión de interpretación de ley general y de prevalencia de norma especial, mas no una cuestión de constitucionalidad.

– Por otra parte alega que el juez entiende que se cobran remuneraciones retroactivamente, en circunstancias que se demanda una indemnización de perjuicios.

– Por todo lo expuesto, señala que según la jurisprudencia de este Tribunal la acción de inaplicabilidad no persigue corregir errores ni resolver dudas derivadas de la mera interpretación de la ley, aun cuando ello genere inconstitucionalidades, agregando que los eventuales vicios denunciados desaparecen con una interpretación razonable de la norma impugnada en función del caso concreto.

– Posteriormente manifiesta que no hay inconstitucionalidad alguna al no infringirse la igualdad ante la ley, porque la diferencia de trato es fundada, en la medida que cualquier trabajador alejado de centros urbanos puede pactar jornadas por tiempos superiores a la semana, citando ejemplos y doctrina que sostiene la compatibilidad de esta circunstancia con el derecho internacional. Señala además que este régimen de descanso, interrupción de jornadas y espera se funda en las objetivas circunstancias del rubro del transporte y la protección de valores superiores, aludiendo a pasajes de la historia de la norma en los cuales se dejó expresa constancia de la intención de proteger al trabajador mediante este sistema.

– Agrega que toda interrupción de jornada diaria se funda en las mismas reglas, citando ejemplos al efecto, en el régimen general del Código del Trabajo y en otras jornadas especiales, por lo que la diferencia no es irracional.

– Argumenta asimismo que la imputación de la espera a la jornada en el rubro del transporte es una opción de cada país, amparada por la OIT, citando, además, las legislaciones venezolana, argentina y mexicana acerca de la materia.

– A fojas 301 expone que la normativa contenida en el precepto impugnado es similar a otra que regula una situación análoga, el artículo 25 del Código del Trabajo, referido a choferes o auxiliares de buses interurbanos y trenes, agregando que el requirente está equivocado en esta materia, ya que para ellos no hay piso de 1,5 sueldos mínimos como base de cálculo de la compensación, cosa que sí ocurre con el transporte de carga.

– Señala que de declararse inaplicable la norma, los trabajadores no tendrían derecho a compensación por la espera ni tampoco gozarían del derecho al descanso, quedando así a disposición de su empleador, ya que esta norma se estableció en su favor. En síntesis, argumenta que la declaración de inaplicabilidad sí produciría un efecto contrario a la Constitución, ya que además los tiempos de conducción disminuirían y la remuneración también.

– Por otro lado señala que no se infringe la libertad de trabajo, ni sus límites, ni el derecho a una justa remuneración, porque la norma impugnada no puede producir el resultado denunciado, argumentando que tampoco se vulnera de forma alguna el derecho de propiedad.

– Finalmente agrega que si se llegara a declarar la inaplicabilidad del precepto impugnado, sus efectos subsistirán, porque en lugar de aplicarse la normativa general del artículo 21 del Código del Trabajo, se debieran aplicar los preceptos de su artículo 25, que dispone las mismas reglas para choferes o auxiliares de transporte interurbano, con la sola modificación de 2 horas menos de descanso, lo cual, conforme a la jurisprudencia de este Tribunal, inhibe la declaración de inaplicabilidad, al hacerla inconducente.

Por todo lo anterior solicita se rechace la solicitud de inaplicabilidad.

A fojas 317, y fuera de plazo, el sindicato demandante evacuó el traslado conferido, señalando que el Estado de Chile tiene deberes de derechos humanos que cumplir, los cuales han sido infringidos mediante el uso de la norma cuestionada, haciendo ver que no es efectivo que el trabajador pueda hacer lo que quiera con su tiempo en el marco de la relación laboral. A continuación expone un cuadro, a fojas 319, en el cual se explicita que un trabajador, en virtud de esta norma, puede llegar a estar las 24 horas del día a disposición del empleador.

Agrega que no es efectivo el supuesto efecto de mayor gravamen de la declaración de inaplicabilidad y que dicha tesis busca mantener un statu quo violatorio del derecho internacional, escudándose en una eventual baja de remuneraciones que está fuera de la materia litigiosa, reiterando que acoger la acción es restablecer el imperio del derecho y no un atentado a la seguridad jurídica.

Con fecha 31 de marzo de 2011 se ordenó traer los autos en relación y con fecha 19 de abril siguiente tuvo lugar la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados Gerzo Gallardo, por el Sindicato Interempresas de Conductores N° 4 Flota Talagante, y Jorge Correa Sutil, por los empresarios demandados en la gestión pendiente y las dos entidades que en ella aparecen como demandados solidarios.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el artículo 93 N° 6° de la Constitución Política de la República dispone que es atribución de este Tribunal Constitucional *"resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial resulte contraria a la Constitución"*;

SEGUNDO: Que, tal y como se ha indicado en la parte expositiva de esta sentencia, el requerimiento materia de autos fue presentado por el juez titular del Segundo Juzgado de Letras de Talagante, solicitando a esta Magistratura pronunciarse sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 26 bis del Código del Trabajo, con el fin de esclarecer si lo dispuesto en dicho precepto legal vulnera las garantías establecidas en el artículo 19, N°s 2°, 16° y 24°, de la Constitución Política de la República, respecto de los trabajadores implicados en el proceso laboral de tutela de derechos fundamentales RIT 103-10-T.L., que se tramita ante el juez requirente y que constituye la gestión pendiente sobre la que incide el requerimiento;

TERCERO: El precepto impugnado dispone:

"Art. 26 bis: El personal que se desempeñe como chofer o auxiliar de los servicios de transporte rural colectivo de pasajeros se regirá por el artículo precedente. Sin perjuicio de ello, podrán pactar con su empleador una jornada ordinaria de trabajo de ciento ochenta horas mensuales distribuidas en no menos de veinte días al mes. En ambos casos, los tiempos de descanso a bordo o en tierra y de las esperas que les corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, no será imputable a la jornada, y su retribución o compensación se ajustará al acuerdo de las partes. En ningún caso los trabajadores podrán conducir por más de cinco horas continuas.

Se entenderá como servicios de transporte rural colectivo de pasajeros, aquellos que cumplan con los requisitos que determine reglamentariamente el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones".

CUARTO: Que para resolver adecuadamente el requerimiento de que se trata debe precisarse, en primer término, que no todo lo dispuesto en el artículo 26 bis del Código del Trabajo fue cuestionado en autos, sino sólo la parte que alude a las esperas que les corresponda cumplir a los choferes y auxiliares del transporte rural colectivo de pasajeros entre turnos laborales sin realizar labor, lapsos que el precepto legal considera no imputables a la jornada de trabajo y cuya retribución o compensación se ajustará libremente al acuerdo entre las partes. En consecuencia, la cuestión relevante a resolver en esta sentencia es si tales tiempos de espera deben o no formar parte de la jornada laboral que tienen que cumplir los respectivos trabajadores.

En efecto, dilucidar si la aplicación de este precepto legal vulnera garantías constitucionales de los trabajadores implicados en la respectiva gestión pendiente, exige precisar si los tiempos de espera sin realizar labor a que alude el artículo 26 bis del Código del Trabajo son de libre disponibilidad para los trabajadores, ya que de ello depende la procedencia de incluirlos o no en la jornada laboral y si su empleador está o no obligado a remunerarlos;

QUINTO: Que el artículo 21 del Código Laboral establece la norma general respecto de las esperas que deban cumplir los trabajadores durante la jornada laboral, sin realizar labor por motivos que no les sean imputables. Conforme a lo dispuesto en este artículo, dichas esperas forman parte de la jornada de trabajo si durante ellas el dependiente se encuentra a disposición del empleador. Por tanto, si las esperas son decididas por el empleador y mientras duran los trabajadores no son libres para disponer de ese tiempo en la forma en que autónomamente decidan, tales lapsos, aun cuando durante su transcurso los trabajadores no realicen labor alguna, deben ser considerados tiempo de trabajo y por tanto ser remunerados;

SEXTO: Que la regulación legal de los tiempos de espera del artículo 21 del Código Laboral es concordante con el reconocimiento constitucional de la libertad de trabajo y de su protección. Si la ocurrencia y duración de las esperas que deban cumplir los empleados durante la jornada diaria de trabajo dependen de la discrecionalidad de su empleador y si durante ellas los trabajadores no son libres para hacer lo que deseen, sino que deben permanecer dispuestos a seguir las instrucciones que reciban de parte del empleador, esos lapsos deben ser considerados laborados.

En efecto, la protección constitucional del trabajo del artículo 19 N° 16° de nuestra Carta Fundamental no se limita sólo a garantizar la libertad de elección y de contratación laboral, sino que, al incluir la garantía constitucional el reconocimiento expreso de la libertad de trabajo y su protección, la Constitución extiende la protección al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma en que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo. En consecuencia, la Constitución también protege al trabajo propiamente tal, no consagrando el derecho al trabajo en términos generales, pero sí derechos que constituyen elementos fundamentales de éste y que pueden exigirse efectivamente del Estado (Luz Bulnes: "La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980", en *Revista de Derecho Público* N° 28, Universidad de Chile. Santiago, 1980, p. 215). En el mismo sentido se ha pronunciado José Luis Cea, para quien la protección jurídica sobre el trabajo incluye no sólo la libertad de buscarlo, sino también el trabajo en sí: "Lo protegido es la libertad de trabajo, es decir, el derecho a buscar un trabajo, aunque sin garantizar que se obtenga el pretendido u otro satisfactorio. Empero, el Código del ramo ha corregido esto, legislando de manera que se protege igualmente el trabajo en sí por su función social y el derecho al trabajo, entendiéndose por este último el que asegura al trabajador cierta estabilidad o permanencia en su empleo o labor" (José Luis Cea: *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II, Derechos, deberes y garantías*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2004, p. 427).

Por todo lo anterior, es indudable que el legislador no puede liberar al empleador de remunerar el tiempo que a él le dedican sus trabajadores, ya que de esa forma vulneraría la protección constitucional de que goza el trabajo. En consecuencia, si el legislador califica a priori y sin excepción como no imputables a la jornada diaria de trabajo los lapsos de espera que acontezcan durante la misma por decisión del empleador, excluye la posibilidad de que durante esos lapsos los trabajadores hayan estado sometidos a las instrucciones del empleador. Pero si pese a ello y en el hecho los trabajadores sí se mantienen a disposición del empleador durante tales esperas, ya que aun cuando no presten labores continúan efectivamente sujetos a la autoridad de aquél, quien decide la ocurrencia y duración de tales esperas y exige de sus empleados mantenerse atentos y disponibles en cualquier momento para conducir o desempeñar otras tareas, tal y como ocurre en el caso de autos, el precepto legal que excluye de la jornada de trabajo tales tiempos de espera liberando al empleador de la obligación de remunerarlos debe ser declarado contrario a la protección constitucional del trabajo;

SÉPTIMO: Que, por otra parte, sucesivas interrupciones de la jornada diaria de trabajo debido a esperas entre los turnos asignados por la empresa, como las que ocurren en el caso de autos, que responden a la organización del tiempo de trabajo que ha decidido el empleador para sacar un provecho más eficiente a su actividad, impiden a los trabajadores cumplir de forma continuada e ininterrumpida las horas diarias de trabajo comprometidas en el respectivo contrato laboral, lo que redundaría en una prolongación del tiempo de dedicación al trabajo, limitando con ello las horas diarias de uso libre y privado que le queda al trabajador. Ello, por cierto, vulnera los derechos del trabajador a estar sujeto a una jornada diaria de duración razonable, al descanso y a disponer libremente de su tiempo, todos los cuales están expresamente reconocidos en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 5° de la Constitución Política de la República complementan la garantía constitucional de protección sobre el trabajo reconocida en el artículo 19 N° 16° de nuestra Constitución.

En efecto, el artículo 24° de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que "toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre y a una limitación razonable de la duración del trabajo"; el artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce "el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: ... d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos", y el artículo 7° del Protocolo Adicional a la Convención Americana

de Derechos Humanos declara que "el derecho al trabajo supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual los Estados partes garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:... g) La limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales, y h) El descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales".

Por tanto, la garantía constitucional de libertad de trabajo y su protección que declara el artículo 19 N° 16° de la Constitución Política de la República, incluye el reconocimiento de que todo operario debe gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, lo que implica que pueda disponer de descanso adecuado y exista una limitación razonable de la duración del tiempo de trabajo, que le permita disfrutar de tiempo libre para compatibilizar sus obligaciones laborales con los otros aspectos de su vida.

Y VISTO:

Lo prescrito en el artículo 93, inciso primero, N° 6, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República, así como lo señalado en el artículo 31 N° 6 de la Ley 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

SE RESUELVE:

1) QUE HA LUGAR AL PRESENTE REQUERIMIENTO POR LAS RAZONES QUE SE HAN SEÑALADO Y QUE EN CONSECUENCIA SE DECLARA INAPLICABLE, EN LA GESTIÓN PENDIENTE, LA PARTE DEL ARTÍCULO 26 BIS DEL CÓDIGO DEL TRABAJO QUE SEÑALA QUE LAS ESPERAS QUE CORRESPONDA CUMPLIR ENTRE TURNOS LABORALES SIN REALIZAR LABOR NO SERÁN IMPUTABLES A LA JORNADA LABORAL, POR CONTRAVENIR LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 19 N° 16° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

2) CORRESPONDERÁ AL JUEZ REQUIRENTE DETERMINAR LA NORMA APLICABLE AL CASO CONCRETO SOBRE EL QUE INCIDE ESTA SENTENCIA DE INAPLICABILIDAD, TODA VEZ QUE ESTA DECISIÓN NO PREJUZGA ACERCA DE LA NORMA LEGAL QUE DEBE APLICARSE EN REEMPLAZO DEL PRECEPTO CUESTIONADO, CUESTIÓN QUE ES DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL A QUO Y NO DE ESTA MAGISTRATURA.

Adoptada con el voto en contra de los ministros señores Raúl Bertelsen Repetto e Iván Aróstica Maldonado, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento de inaplicabilidad en virtud de las siguientes consideraciones:

1. Que el precepto legal impugnado y cuya inaplicabilidad se solicita, esto es, el artículo 26 bis del Código del Trabajo, es una disposición especial aplicable sólo a los choferes o auxiliares de los servicios de transporte rural colectivo de pasajeros, que integra el párrafo 1° Jornada ordinaria de trabajo del capítulo IV "De la jornada de trabajo", del Libro Primero del Código del Trabajo, por lo cual no debe interpretarse en forma aislada, sino en relación con las otras disposiciones legales sobre la materia, de modo que guarden entre ellas la debida correspondencia y armonía;
2. Que el mencionado precepto legal no ha sido impugnado en su totalidad, sino únicamente en lo relativo a los tiempos de descanso a bordo o en tierra y a las esperas que les corresponde cumplir a los choferes o auxiliares entre turnos sin realizar labor, descansos y esperas que la ley declara que no son imputables a la jornada, debiendo, sin embargo, compensarse o retribuirse por acuerdo entre las partes, por lo cual el análisis de su conformidad o disconformidad con la Constitución debe limitarse a ese solo aspecto;
3. Que la no imputabilidad a la jornada laboral del tiempo de descanso a bordo o en tierra y de las esperas que les corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, se aplica asimismo en virtud del artículo 25 del Código del Trabajo a los choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana y de los servicios interurbanos de transporte de pasajeros, a los que igualmente debe retribuirse o compensarse estos tiempos por acuerdo entre las partes, como también se extiende, según el artículo 25 bis del mismo Código que contiene una regla similar para los choferes de vehículos de carga terrestre interurbana;
4. Que el artículo 26 bis del Código del Trabajo, al establecer la no imputación a la jornada laboral de los tiempos de descanso y esperas que corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, no cabe considerarla una norma arbitraria, carente de justificación y que signifique una desprotección de los derechos del trabajador, sino que, al igual que los artículos 25 y 25 bis, tiene su justificación en la índole peculiar de las labores que efectúan los choferes, quienes, conforme a lo dispuesto en las normas citadas, no pueden conducir más de cinco horas continuas, contemplándose asimismo reglas especiales sobre el número de horas al mes que pueden trabajar, sobre su distribución diaria y descanso mínimo entre turnos;
5. Que todo ello demuestra que la norma impugnada no sólo no vulnera derechos de los choferes trabajadores, sino que los protege adecuadamente, puesto que de aplicárseles las normas generales del Código del Trabajo en virtud de las cuales la jornada de trabajo puede ser de ocho horas diarias de trabajo y sólo interrumpida por una media hora para la colación –tiempo

que no se considera trabajado para computar la jornada diaria-, tal solución sí que los colocaría en una situación de desprotección al obligarlos a conducir durante ocho horas casi continuas e incluso pondría en riesgo su vida e integridad física y psíquica, por lo que su aplicación resultaría inconstitucional a su respecto al infringir los números 1° y 16° del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Redactó la disidencia el ministro señor Raúl Bertelsen Repetto.

Redactó la sentencia el ministro señor Francisco Fernández Fredes y la disidencia el ministro señor Raúl Bertelsen Repetto.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 1852-10-INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su presidente (s), ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y el ministro señor Hernán Vodanovic Schnake, la ministra señora Marisol Peña Torres y los ministros señores Francisco Fernández Fredes, Enrique Navarro Beltrán, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino.

Autoriza la secretaria del Tribunal, señora Marta de la Fuente Olguín".

II. Comentario

Sin entrar al "otro tema" que subyace a los elementos procesales que en materia laboral parecen favorecer y alentar la calidad de juez y parte que mella el ejercicio independiente de la potestad jurisdiccional contenida de manera incólume en el artículo 76 de la Constitución, y que valdría un comentario aparte, me refiero en específico a la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional de 26 de julio de 2011 en la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 26 bis del Código del Trabajo, en los autos laborales RIT 103-10-TL, sustanciados ante el 2° Juzgado de Letras de Talagante.

En definitiva, el pleno del Tribunal Constitucional, en votación dividida, declara inaplicable en la gestión pendiente la parte del artículo 26 bis del Código del Trabajo que señala que las esperas o descansos de los choferes o auxiliares de los servicios de transporte rural colectivo de pasajeros que corresponda cumplir entre turnos sin realizar labor no serán imputables a la jornada laboral por contravenir la garantía constitucional del artículo 19 N° 16 de la Constitución Política.

El Tribunal arriba a esta conclusión analizando, en primer término, *"si los tiempos de espera sin realizar labor a que alude el artículo 26 bis del Código del Trabajo son de libre disponibilidad para los trabajadores, ya que de ello depende la procedencia de incluirlos o no en la jornada laboral y si su empleador está o no obligado a remunerarlos"*¹, a lo cual, con tal punto de partida, toma como referencia única el inciso segundo del artículo 21 del Código del Trabajo, que preceptúa primariamente: *"Se considerará también jornada de trabajo el tiempo en que el trabajador se encuentra a disposición del empleador sin realizar labor, por causas que no le sean imputables"*. De esta única variante interpretativa el voto de mayoría se nutre de razones constitucionales e internacionales que pregonan la inconstitucionalidad del precepto impugnado al ser contrario a la dignidad de los trabajadores involucrados y, fundamentalmente, a la función social del trabajo remunerado, ya que el trabajador quedaría limitado de *"las horas diarias de uso libre y privado"*² que le quedarían, lo cual *"por cierto, vulnera los derechos del trabajador a estar sujeto a una jornada diaria de duración razonable, al descanso y a disponer libremente de su tiempo"*³.

A nuestro juicio, la conclusión del fallo de mayoría es errada, básicamente por los siguientes aspectos de raigambre interpretativa:

- 1° El artículo 26 bis se basta asimismo para definirse en su identidad como parte de la solución al problema ventilado ante el 2° Juzgado de Letras de Talagante. En efecto, basta el tenor literal de las normas comprendidas en los actuales artículos 25, 25 bis y 26 bis del Código del Trabajo para entender que las condiciones que se entienden lógicamente establecidas en aquellas normas poseen la suficiente claridad para bastarse a sí mismas orientando su aplicación;
- 2° Frente al grupo de normas antes descritas (25, 25 bis y 26 bis del Código del Trabajo) existe toda una historia fidedigna en su establecimiento. Esta queda comprendida en la tramitación y posterior modificación del Código del Trabajo a través de la Ley 20.271 publicada en el Diario Oficial con fecha 12 de julio de 2008, la cual se refiere de manera expresa y clara en varios pasajes de su discusión como proyecto⁴ que el tiempo de espera del personal (choferes o auxiliares) de los servicios de transporte rural colectivo de pasajeros no será imputable a la jornada de trabajo y que su retribución quedaría entregada al acuerdo de las partes; y

¹ Considerando Cuarto.

² Considerando Séptimo.

³ Considerando Séptimo.

⁴ Tanto en comisión o en sala (incluyendo las indicaciones del gobierno de la época y de los variados intervinientes en la gestación de la norma –autoridades o asociaciones gremiales interesadas–), véanse en la Historia de la Ley N° 20.271, páginas 10, 14, 29, 30, 31, 35, 43, 48, 50, 51, 55, 56, 67, 68, 69, 70, 76, 77, 82, 83, 84, 90 y 91.

3° La simple explicación que detenta el establecimiento del artículo 26 bis del Código del Trabajo al establecer la no imputación a la jornada laboral de los tiempos de descanso y esperas que corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, se basa en la propia disposición contenida en las normas objeto de dicha modificación legal, vale decir, que no pueden conducir más de cinco horas continuas, contemplándose asimismo reglas especiales sobre el números de horas al mes que pueden trabajar, sobre su distribución diaria y descanso mínimo entre turnos, lo cual también fue objeto de la discusión que dio origen a la Ley 20.271.

Esa y no otra es la explicación de fondo, lo cual olvida completamente el análisis del voto de mayoría que da lugar a la inaplicabilidad de la gestión pendiente, algo que incluso la misma Dirección del Trabajo ya había interpretado correctamente al fijar el sentido y alcance de la Ley 20.271⁵.

Por otro lado, es loable la sintética manera de conciliar la dignidad de los trabajadores supuestamente afectados por la imposición de esta norma por parte del voto de minoría, al declarar textualmente que *"la norma impugnada no sólo no vulnera derechos de los choferes trabajadores, sino que los protege adecuadamente, puesto que de aplicárseles las normas generales del Código del Trabajo en virtud de las cuales la jornada de trabajo puede ser de ocho horas diarias de trabajo y sólo interrumpida por una media hora para la colación –tiempo que no se considera trabajado para computar la jornada diaria–, tal solución sí que los colocaría en una situación de desprotección al obligarlos a conducir durante ocho horas casi continuas e incluso pondría en riesgo su vida e integridad física y psíquica, por lo que su aplicación resultaría inconstitucional a su respecto al infringir los números 1° y 16 del artículo 19 de la Carta Fundamental"* ⁶.

Creemos firmemente que el intérprete debe guiarse por criterios que otorguen al derecho una medida axiológica, que, de manera sustancial y formal, promuevan los valores necesarios para calificar conductas sociales, puesto que de lo contrario, y encauzando este simple comentario en una realidad vociferante de cambios radicales en variados aspectos, tendremos una discusión que se alejará de estos fines axiológicos que busca el derecho, cuando se detone la misma discusión interpretativa, pero esta vez frente al servicio de transporte urbano colectivo de pasajeros.

⁵ Véase ORD. 4409/079 de 23 de octubre de 2008, que en lo referente al artículo 26 bis dice "b) Descansos y esperas. La segunda parte del inciso 1° de la norma legal que nos ocupa señala, en relación a los tiempos de descanso a bordo o en tierra y de las esperas que les corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, sea que la jornada ordinaria de trabajo se haya pactado semanal o mensualmente, tales tiempos no son imputables a la jornada y su retribución o compensación se ajusta al acuerdo de las partes".

⁶ Numeral 5. Voto de minoría.

¿Será necesario recordar, entonces, la importancia que posee el derecho en la paz social?