

Santiago, dieciséis de octubre de dos mil doce.

VISTOS:

Con fecha 17 de octubre de 2011, Hernán del Tránsito Orellana Báez, presidente del Sindicato Nacional Interempresa de Trabajadores del Transporte de Pasajeros Interurbano, Rural y Cargo, ha solicitado a esta Magistratura la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 25 del Código del Trabajo.

El precepto cuya aplicación se impugna dispone:

“La jornada ordinaria de trabajo del personal de choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana, de servicios interurbanos de transporte de pasajeros y del que se desempeñe a bordo de ferrocarriles, será de ciento ochenta horas mensuales. En el caso de los choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana y de los servicios interurbanos de transporte de pasajeros, el tiempo de los descansos 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.”

La gestión invocada es un proceso laboral colectivo de cobro de horas extra y otras prestaciones, iniciado por el Sindicato Nacional Interempresa de Trabajadores del Transporte de Pasajeros Interurbano, Rural y Cargo, en contra de la empresa Tur Bus, en el cual se demanda por labores realizadas por choferes en tiempos de espera y descanso, juicio en el que se encuentra pendiente de realizar la audiencia de rigor.

La parte requirente hace suyo lo razonado por esta Magistratura en su sentencia Rol N° 1852, entendiendo que por la aplicación del precepto impugnado los trabajadores quedan a disposición del empleador sin remuneración, lo que vulnera la garantía constitucional de la libertad de trabajo, el derecho a la justa retribución, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la declaración de principios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

De tal forma, estima que se afecta además la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, en la medida que se impide aplicar la norma general de la jornada pasiva, que debe ser remunerada.

Acogido a tramitación el requerimiento con fecha 25 de octubre de 2011, se ordenó la suspensión del procedimiento en la gestión invocada y se confirió traslado para resolver acerca de la admisibilidad.

Evacuando el traslado, la empresa Tur Bus solicitó la declaración de inadmisibilidad, por carecer el requerimiento de fundamento plausible, en la medida que a su juicio no se expone con claridad y precisión cuáles son los argumentos que llevan a sostener que se produce un resultado concreto de inconstitucionalidad.

Agrega la requerida que los presupuestos fácticos no son los mismos que en el proceso Rol N° 1852 de esta Magistratura y que el libelo contiene una serie de apreciaciones y opiniones subjetivas respecto de la norma, que además son de orden abstracto, sin referencias al caso concreto que se debe resolver. Añade que el pago de sumas que a juicio del requirente son exiguas no necesariamente lleva a un resultado inconstitucional, que en todo caso debe ser fundamentado y acreditado por la parte requirente.

Con fecha 15 de noviembre de 2011 se declaró la admisibilidad del requerimiento y posteriormente se confirió traslado acerca del fondo del conflicto de constitucionalidad planteado.

La parte requerida, empresa Tur Bus, evacuó el traslado conferido solicitando el rechazo del requerimiento, a cuyo efecto da cuenta detalladamente de los antecedentes de hecho y derecho del mismo y de lo resuelto por esta Magistratura en el proceso Rol N° 1852. Posteriormente se refiere al estatuto actual y a los caracteres del control concreto de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, especificando que produce efectos relativos y que un precepto ya declarado inaplicable no necesariamente debe ser declarado inaplicable para otro caso, pues ello dependerá de las circunstancias de la causa, para luego señalar que el artículo 26 bis del Código del Trabajo y el precepto impugnado en el presente proceso no son lo mismo y que las circunstancias de hecho también son diferentes, de tal manera que en el libelo se omite explicitar cómo se afecta el caso concreto, sin perjuicio, además, de no existir contradicción entre la Constitución y el artículo 25 del Código del Trabajo.

Por otra parte, señala que es errado deducir que una declaración de inaplicabilidad del artículo 26 bis importaría una suerte de declaración de inconstitucionalidad general.

Posteriormente, agrega que la jornada de 180 horas mensuales implica:

- que dentro de cada 24 horas hay 8 de descanso ininterrumpido,
- que tras una jornada a bordo de 8 o más horas,

los conductores deben tener un descanso de mínimo 8 horas,

- que los choferes no pueden manejar más de 5 horas seguidas, con un descanso posterior de no menos de 2 horas,
- si el descanso se realiza a bordo, el bus debe contar con una litera adecuada.

Manifiesta asimismo que por resolución N° 1082, de 22 de septiembre de 2005, dictada en ejercicio de las atribuciones establecidas en el artículo 38 del Código del Trabajo, la autoridad respectiva autorizó implementar jornadas especiales, consistentes en:

- Siete días de trabajo continuos, seguidos de dos de descanso (7x2);
- Nueve días de trabajo continuos, seguidos de tres de descanso (9x3);
- Diez días de trabajo continuos, seguidos de cuatro de descanso (10x4).

Estas jornadas obedecen a las peculiaridades del transporte interurbano, para armonizar la continuidad del servicio con el descanso de los choferes y las necesidades de seguridad; pues, al igual que con trabajadoras de casa particular, deportistas, artistas, tripulantes de aviones y otros, la ley debe hacerse cargo de la realidad de las labores específicas que desempeñan.

El inciso segundo del artículo 21 del Código del Trabajo, al establecer las normas de la llamada jornada pasiva, dispone que *"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"*, en el marco de lo cual este Tribunal declaró que si las esperas se deben a decisiones

del empleador y si mientras duran el trabajador no es libre de disponer de su tiempo, deben remunerarse aunque no se realice labor.

Explica la requerida que esa norma tiene razón de ser y se aplica en la mayoría de las relaciones laborales, colocando como ejemplo a las telefonistas, pero agrega que el transporte interurbano es diferente, pues la organización de la jornada es muy compleja; por ejemplo, señala que para un viaje entre La Serena y Antofagasta, de 899 kilómetros, y 12 horas y media de duración, se debe considerar:

- i) que los choferes no manejen por un lapso mayor a cinco horas;
- ii) que descansen el tiempo que efectivamente corresponde, y
- iii) que una vez que arriben a la estación, puedan permanecer, a lo menos, 8 horas en tierra.

De esa forma, si los tiempos de espera y descanso fueran considerados jornada, las 180 horas mensuales se agotarían en 7 días.

Agrega que la estructura de la jornada y de los descansos emana de la ley y es imperativa, por lo que el trabajador debe descansar efectivamente en todos estos períodos, sin poder recibir orden alguna del empleador.

Expone que si bien durante el descanso el trabajador está lejos de su hogar y no puede disponer libremente de su tiempo, ello no resulta imputable al empleador, sino a la naturaleza de la actividad, que motiva la existencia de este régimen especial de jornada, cuyos elementos no se pueden comprender aisladamente.

Expresa también que en los descansos el trabajador

dispone de su tiempo como mejor le parezca, y si el empleador le exige conducir, estaría infringiendo la ley.

Agrega que la Dirección del Trabajo ha dictaminado que, respecto del precepto impugnado, los tiempos de descanso no son jornada, que su finalidad es reponer energías para el trabajador, que son obligatorios para ambas partes y si alguna de ellas no cumple incurre en infracciones a la legislación laboral.

Por lo expuesto, argumenta que estimar como jornada los tiempos de espera, por estar el chofer a disposición del empleador, es presumir que se vulnera la ley de manera permanente. Argumenta que la norma podría producir efectos inconstitucionales si es que los choferes en el lapso de descanso o espera se vieran obligados a realizar otras labores como limpieza, mantención, ventas, etc.

Por otra parte, expone que en toda relación laboral hay descansos que no se imputan a la jornada, como el horario de colación, por lo que la regla especial de los choferes es una más, con el agregado de que se puede remunerar por acuerdo de las partes.

Tal como lo señaló este Tribunal respecto del artículo 26 bis del Código del Trabajo, la norma de jornada excluye que el trabajador esté a disposición del empleador y si se alega que ello ocurrió en los hechos, es de carga del requirente acreditar que estuvieron permanentemente sometidos a instrucciones para que proceda el pago de remuneraciones, todo lo cual constituye un conjunto de circunstancias fácticas indispensables para que se pueda producir un resultado contrario a la Constitución.

Posteriormente, y ya entrando en los hechos de la

causa, señala que se encuentra en condiciones de probar fehacientemente que los descansos se han respetado y que los choferes no se han encontrado sometidos a instrucciones ni labores en los tiempos de descanso y espera.

Expone que por resolución exenta N° 1081, de 22 de septiembre de 2005, la Dirección del Trabajo estableció, con carácter de obligatorio, un sistema único de control de asistencia de los trabajadores del transporte interurbano, operado con un chip, una bitácora automatizada y un software cerrado y certificado, lo que impide falsear datos o dar información inexacta.

Por otro lado expone que los trabajadores conocen sus turnos con a lo menos 6 días de anticipación, información que es corroborada en los terminales posteriormente, sin que nadie se vea sometido a horarios indeterminados ni a situaciones que afecten su dignidad laboral.

Ahora bien, en cuanto a la alegación de que la norma impugnada permitiría la ausencia de remuneración o bien un pacto insuficiente, se expone que un chofer de Tur Bus gana aproximadamente 780 mil pesos mensuales, uno de los promedios más altos del mercado, dando cuenta de que su estructura de remuneraciones se establece en contratos colectivos y que, de conformidad al precepto impugnado, se retribuyen o compensan los tiempos de espera y descanso, mediante una cláusula presente en los contratos colectivos existentes en la empresa, referida a la "permanencia pasiva", agregando que la asimetría de la relación laboral individual se ve descartada por la existencia de sindicatos y de negociación colectiva. Además, señala que no es justo remunerar por igual el tiempo de labores conductivas que el tiempo en el cual no

se realizan.

Posteriormente se refiere con latitud a la Empresa Tur Bus, su estructura y organización, su flota y número de trabajadores, agregando que cuenta con más de 70 pensiones para proveer el descanso de su personal a lo largo del país y que desarrolla labores para el bienestar y la seguridad de sus trabajadores, además del control de salida y el monitoreo permanente, contando con talleres de mantenimiento de alta capacidad en las principales ciudades del país.

Por todo lo expuesto y sintetizando sus argumentos en un capítulo de conclusiones, solicita el rechazo del requerimiento.

La parte requirente, a su vez, reiteró lo alegado en su libelo, haciendo presente que las esperas son organizadas y determinadas por el empleador, y que no existe razón alguna para que sean de cargo del trabajador, pues son un costo social que debe ser asumido por el empresario, ya que el trabajador no dispone de su propio tiempo durante ellas y no se le remunera.

Expone que 180 horas de conducción implican 320 horas de trabajo, que los descansos a bordo son en una litera estrecha que impide moverse y están sujetos a los vaivenes del bus, agregando que esta verdadera política de gratuidad del tiempo del trabajador impide el fomento del empleo al haber poca gente trabajando muchas horas, a lo que añade una serie de cálculos acerca del exceso de horas trabajadas y acompaña un listado de infracciones laborales cursadas a la empresa por infringir jornadas y descansos.

La empresa Tur Bus presentó un informe en derecho

del profesor William Thayer en abono de su tesis.

Concluida la tramitación del proceso, se ordenó traer los autos en relación.

Con fecha 7 de junio de 2012 se verificó la vista de la causa.

CON LO RELACIONADO Y 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 solicita a esta Magistratura pronunciarse sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 25 del Código del Trabajo, con el fin de esclarecer si la aplicación de lo dispuesto en dicho precepto legal vulnera las garantías constitucionales que dicho requerimiento señala, respecto de los trabajadores implicados en el proceso laboral de que se trata y que se invoca como gestión pendiente;

TERCERO: El precepto impugnado dispone:

“Art. 25: La jornada ordinaria de trabajo del personal de choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana, de servicios interurbanos de transporte de pasajeros y del que se desempeñe a bordo de ferrocarriles, será de ciento ochenta horas mensuales. En el caso de los choferes y auxiliares de la locomoción

colectiva interurbana y de los servicios interurbanos de transporte de pasajeros, el tiempo de los descansos 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 concreto, el requerimiento acota su reproche de inconstitucionalidad a la parte del precepto legal aludido que se refiere a los tiempos de descansos a bordo o en tierra y a las esperas que corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, que deban observar los choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana y de los servicios interurbanos de transporte de pasajeros;

CUARTO: Que para resolver adecuadamente el requerimiento de que se trata, debe precisarse que la parte del precepto legal que se impugna distingue claramente dos situaciones: los tiempos de descanso a bordo o en tierra y las esperas que deban cumplirse entre turnos laborales.

Durante los tiempos de descanso, los trabajadores no permanecen a disposición de su empleador; es tiempo durante el cual el trabajador no realiza labor alguna y puede disponer libremente del mismo, aun cuando dicha libertad esté restringida por disfrutar de tal descanso a bordo de un bus, pernoctando lejos de su hogar o reposando en el lugar de trabajo. Dormir en una litera en un bus, por ejemplo, atenúa sin duda el efecto reparador del descanso de que se trata, pero no por eso puede afirmarse que ese lapso no sea un descanso o tiempo libre propiamente tal.

En cambio, las esperas que se deben cumplir entre turnos laborales, pese a que durante su transcurso tampoco se realiza labor, no son lapsos de libre disposición de los trabajadores, ya que su ocurrencia y

duración dependen de la propia organización de trabajo que haya decidido el empleador, en procura de un uso eficiente del tiempo. En este caso, la duración y ocurrencia de las esperas que deben observar entre turnos laborales los choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana y de los servicios interurbanos de transporte de pasajeros, dependen de la frecuencia de salida de los buses que haya fijado el empleador. A eso se agrega que, durante tales esperas, los choferes y auxiliares no se desentienden de sus labores como sí lo hacen cuando están descansando, de manera que, en realidad, siguen bajo las órdenes e instrucciones de su empleador mientras esperan retomar las labores;

QUINTO: Por lo anteriormente dicho es que resulta del todo razonable que el legislador haya dispuesto, en la parte del precepto legal que se impugna, que los tiempos de descanso a bordo o en tierra de los choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana y de los servicios interurbanos de transporte de pasajeros no sean imputables a la jornada laboral y por tanto no se remuneren, sin perjuicio de que empleador y trabajadores puedan acordar voluntariamente formas de retribuir dichos descansos o de compensarlos, habida cuenta de que, como ya se dijo, ellos no ocurren en lugares libremente escogidos por los choferes y auxiliares sino en los propios buses, en hoteles o residenciales o en los lugares de trabajo;

SEXTO: Pero, en cambio, no resulta razonable ni se apega a lo dispuesto en la Constitución Política de la República que el legislador haya liberado al empleador de la obligación de retribuir los tiempos de espera entre turnos laborales sin realizar labor, que deban cumplir los choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana y de los servicios interurbanos de transporte

de pasajeros, porque dichos tiempos de espera son decididos por el empleador y durante su transcurso sus trabajadores permanecen a su disposición;

SÉPTIMO: Que, tal y como se señaló por este Tribunal en la sentencia Rol N° 1852, considerandos 5° y 6°, 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 dicho artículo, esas esperas forman parte de la jornada de trabajo si durante ellas el dependiente se encuentra a disposición del empleador. Por tanto, si las esperas entre turnos laborales 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;

OCTAVO: 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 Nº 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 (escrito de fojas 163 y siguientes, e informe en derecho acompañado a fojas 298 y siguientes), 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;

NOVENO: Que, por lo mismo, cabe decidir además que el precepto legal impugnado contradice frontalmente el principio de justa retribución, también instituido en el inciso primero del número 16° del artículo 19 constitucional. En este caso, no se trata de dilucidar un monto justo o suficiente para el salario sino de reconocer el derecho evidente a percibir remuneración por el tiempo dedicado al empleador, ya sea porque se está efectivamente laborando, ya sea porque aun sin realizar labor, el trabajador permanece a disposición del empleador;

DÉCIMO: Que, por otra parte, la existencia de tiempos breves de descanso durante la jornada de trabajo, a bordo o en tierra, que no se computan como tiempo trabajado, junto con la ocurrencia de sucesivas esperas de duración incierta durante la jornada, producen que, en la práctica, los tiempos diarios dedicados al trabajo por choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana y de los servicios interurbanos de transporte

de pasajeros se prolonguen en demasía, limitando severamente las horas diarias de uso libre y privado que le quedan 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, por su parte, “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 los artículos 19, N° 16°, y 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, EN CONSECUENCIA, SE DECLARA INAPLICABLE, EN LA GESTIÓN PENDIENTE, LA PARTE DEL ARTÍCULO 25, INCISO PRIMERO, DEL CÓDIGO DEL TRABAJO QUE SEÑALA: "Y DE LAS ESPERAS QUE LES CORRESPONDA CUMPLIR ENTRE TURNOS LABORALES SIN REALIZAR LABOR", POR CONTRAVENIR LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 19 N° 16° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

2) QUE SE PONE TÉRMINO A LA SUSPENSIÓN DE PROCEDIMIENTO DECRETADA EN ESTOS AUTOS, DEBIENDO OFICIARSE AL EFECTO.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Marcelo Venegas Palacios e Iván Aróstica Maldonado, quienes estuvieron por rechazar el presente requerimiento por las siguientes consideraciones:

1°) Que no es posible acoger la acción de autos, sin desatender la razonabilidad misma de la norma legal impugnada; luego extender -indebidamente- los términos de

la "protección al trabajo" que brinda el artículo 19, N° 16, inciso primero, de la Constitución Política; para enseguida sustituirse -impropiamente- a los órganos administrativos y judiciales comisionados por la ley a los efectos de velar por la correcta aplicación del Código del Trabajo.

Teniendo presente, además, que en virtud de la citada regla constitucional, inciso segundo, la concepción de una "justa retribución" debe ser la consecuencia conmutativa por el "trabajo", a lo que no se opone el artículo 25 de ese cuerpo legal, en la parte que se viene declarando inaplicable, por no versar sobre tiempos en que se prestan servicios efectivos o se está a disposición del empleador;

2°) Que en cumplimiento cabal del citado artículo 19, N° 16, constitucional, y a efectos de acotar la jornada de trabajo, el artículo 21 del Código del ramo define por tal "el tiempo durante el cual el trabajador debe prestar efectivamente sus servicios en conformidad con el contrato" (inciso primero). Añadiendo que "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" (inciso segundo).

Siendo de observar que ninguno los intervalos a que alude el cuestionado artículo 25, puede subsumirse en alguno de los supuestos anteriores. Porque, sin excluir a los choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana y de los servicios interurbanos de transporte de pasajeros de la regla protectora contenida en el recién transcrito artículo 21, tanto los "descansos a bordo o en tierra" como las "esperas que les corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor", referidos en el artículo 25 objetado, configuran situaciones especiales atinentes al devenir específico de sus funciones, en que se producen lapsos sin prestar

efectivamente servicios ni encontrarse a disposición del empleador;

3°) Que, asimismo, el artículo 25 del Código del Trabajo, al establecer la no imputación a la jornada 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 bis y 26 bis, tiene su justificación en la índole peculiar de las labores que efectúan los choferes, quienes, conforme a lo dispuesto en las normas que los rigen, 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.

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;

4°) Que de la Constitución no se desprende una obligación de pago, en orden a tener que reembolsar los tiempos de "esperas", a título de que no serían lapsos de libre disposición para los trabajadores, ya que su ocurrencia y duración dependerían de la voluntad discrecional del empleador.

Comoquiera que tales periodos de alto o parada derivan del desenvolvimiento mismo del transporte público y son programados con antelación, no es que el legislador haya aquí "liberado" al empleador del pago de una "remuneración" que le sería exigible en todo caso, sino que optó -más prudentemente- por entregar su retribución o compensación al acuerdo entre las partes, en tanto tales periodos no trabajados, a veces y según las distintas realidades que ofrece el ámbito del transporte, podrían traer aparejado algún cierto perjuicio o menoscabo;

5°) Que tampoco puede sostenerse en esta sede que, en el transcurso de las referidas "esperas", los trabajadores interesados se encontrarían "a disposición" del empleador, dado que el inequívoco propósito de la norma es, justamente, regular la situación de aquellas pausas que se ocasionan por la dinámica propia del transporte público y durante los cuales los conductores no se hallan aptos ni predispuestos a cumplir labores.

De suerte que si, en los hechos, ello no se respeta, compete a la Dirección del Trabajo o a los Juzgados de Letras del Trabajo fiscalizar y, en definitiva, aplicar las sanciones del caso, acorde con los claros contornos trazados por la institucionalidad laboral vigente.

El Ministro José Antonio Viera-Gallo estuvo por rechazar el requerimiento de autos fundado en las siguientes consideraciones:

1. Que siendo el contrato de los choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana y de los servicios interurbanos de transporte de pasajeros, por su naturaleza, un contrato especial, atendidos los largos recorridos que realizan sus buses, no advierte inconstitucionalidad en la norma impugnada que

establece que los tiempos de los descansos a bordo o en tierra y de las esperas entre los turnos, sin realizar labor, no sean imputables a la jornada de trabajo, como ocurre por lo demás con otros contratos especiales que contempla el mismo Código del Trabajo, estipulando una compensación especial a favor de los trabajadores;

2. Que una situación diferente, como lo dictaminó esta Magistratura en STC N° 1852, es la contemplada en el artículo 26 bis del mismo Código, referente a choferes y auxiliares de los servicios de transporte rural, precepto que fue declarado inaplicable dada la corta distancia que cubren esos servicios, lo que incide decisivamente en la jornada de trabajo, y en la organización de los turnos y de los descansos por parte del empleador;
3. Que, sin embargo, el inciso primero del artículo 25 del Código del Trabajo, impugnado en autos, merece un reproche de constitucionalidad pues el legislador al establecer la compensación obligatoria del tiempo de descanso a bordo o en tierra y de las esperas entre los turnos, sin realizar labores, de auxiliares y choferes de locomoción colectiva interurbana, dejó al libre acuerdo de estos trabajadores con sus empleadores la determinación del monto de ese resarcimiento, así como de la modalidad de pago, sin estipular ningún parámetro, criterio o base de cálculo que enmarcara dicha negociación, como sí lo hizo, en cambio, en el artículo 25 bis del Código del Trabajo a propósito de los choferes de carga terrestre interurbana, señalando que “la base de cálculo para el pago de los tiempos de espera no podrá ser inferior a la proporción respectiva de 1,5 ingresos mínimos mensuales”;

4. Que al efectuar esta omisión, el legislador desconoce la función social del trabajo, deja sin protección a la dignidad del trabajador y falta, así, al deber del Estado de amparar sus derechos, conforme lo establece el artículo 2° del Código del Trabajo como lógica consecuencia del artículo 19 N° 16° de la Constitución Política, que asegura la protección del trabajo y, por consiguiente, de quienes lo realizan y prescribe perentoriamente la justa retribución por la labor desempeñada. El fundamento de la legislación laboral es, precisamente, equiparar, mediante la regulación legal y la intervención de las autoridades sectoriales, la falta de igualdad entre trabajadores y empleadores al momento de suscribir contratos individuales o colectivos de trabajo a fin de asegurar, como señala la OIT, condiciones decentes para su desempeño. Como han señalado M. Verdugo, E. Pfeffer y H. Nogueira, la referencia a la libertad de trabajo que hace la Constitución, "en ningún caso debe interpretarse como la consagración del principio de la autonomía de la voluntad en materia laboral. La ley laboral, inspirada en el propósito de proteger a la parte más débil de la relación laboral - los trabajadores -, se encarga de fijar para ellos condiciones mínimas de trabajo y remuneraciones. La libertad de contratación habilita, pues, para una negociación a partir de un piso mínimo ya garantizado por la ley" (Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, pg. 286).

Por eso resulta lesivo para los derechos de los trabajadores señalados el hecho de que la compensación prescrita por el artículo 25, a diferencia de lo que ocurre con el resto de sus remuneraciones, no esté suficientemente regulada por la ley al no establecerse piso mínimo que garantice una justa retribución por el

esfuerzo realizado. La compensación forma parte de la remuneración, según lo estipulado por el Capítulo V del Libro I del Código del Trabajo. En otros contratos especiales, como el de embarco de los tripulantes en naves de la marina mercante o de los tripulantes de aeronaves, esta situación está expresamente reglada por la ley;

5. Que esta omisión trae consigo una falta de protección de estos trabajadores, como ha quedado de manifiesto en varios procesos traídos al conocimiento de esta Magistratura, en que las compañías de transporte interurbano o bien no pagan la compensación estipulada por el artículo 25 o bien su monto no se condice con la situación que afecta a esos trabajadores, por la naturaleza de los servicios que prestan, atentando así contra el principio de la justa retribución garantizado por la Constitución (STC N° 1254);
6. Que estos principios han quedado consignados en la STC N° 1968, que señala:

"VIGESIMOCTAVO: Que la desigualdad natural entre las partes, propia del contrato de trabajo y que ha solido ser fuente de abusos e injusticias, ha llevado asimismo al legislador a reforzar progresivamente la protección de los derechos del trabajador, al punto de crear, incluso, un procedimiento especial de tutela laboral, que resulta incompatible con la acción constitucional de protección, según reza la parte final del artículo 485 del Código del Trabajo: *"Interpuesta la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la*

Constitución Política, en los casos que proceda, no se podrá efectuar una denuncia de conformidad a las normas de este Párrafo, que se refiera a los mismos hechos.”;

VIGESIMONOVENO: Que este objetivo de proteger más eficazmente los derechos fundamentales del trabajador no sólo ha caracterizado las modificaciones introducidas al Código del Trabajo que se han recordado, sino que ha constituido el fundamento para aprobar legislaciones especiales como la que regula el trabajo bajo el régimen de subcontratación (Ley N° 20.123). Lo anterior acorde al hecho de que, hoy en día, los derechos fundamentales no sólo tienen una dimensión subjetiva sino que, también, una naturaleza objetiva que los erige en la columna vertebral del ordenamiento jurídico positivo.”.

7. Por lo demás, lo que se viene explicando resulta perfectamente acorde al deber que el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental impone a los órganos del Estado en el sentido de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados tanto por la Constitución Política como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes;
8. Que la parte final del inciso primero del artículo 25 del Código del Trabajo carece de la densidad normativa suficiente para que su aplicación en el proceso sub lite no produzca ningún menoscabo a los derechos

garantizados por la Constitución. Efectivamente, el artículo 19 N° 16° no sólo asegura la libertad de trabajo, sino también su protección y su justa retribución. Según A. Silva Bascuñán, “la protección, ya sea de la libertad de trabajo, ya del propio trabajo, constituye una obligación que corresponde a toda la comunidad y, en especial, a quien la dirige, es decir, al Estado. Constituye, por lo tanto, un derecho social de segunda categoría, por cuanto fuerza al Estado a crear las condiciones necesarias para que, en el hecho, puedan ejercerse realmente tanto la libertad como el trabajo que ya se está desarrollando. Su consagración a nivel constitucional importa la creación de una norma programática, resultando ser para el legislador un verdadero mandato su regulación” (Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XIII, pg. 225, Editorial Jurídica de Chile, 2010);

9. Que la doctrina y la práctica de diversos Tribunales Constitucionales reconocen la inconstitucionalidad por omisión cuando el legislador deja incumplido un mandato u obligación impuestos por la Carta Fundamental, como en el caso analizado (Luz Bulnes, “La inconstitucionalidad por omisión” en Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, julio 2006). Así se evitaría el fraude a la Constitución que puede ocurrir, según H. Kelsen, por acción u omisión.

La Corte Constitucional Italiana ha sido pionera en esta materia al dictar “sentencias declarativas, aditivas o sustitutivas” cuando estima que a una disposición legal le falta algún elemento esencial para ser totalmente conforme a la Constitución, procediendo a constatar la carencia y a exhortar al legislador para que le ponga remedio, o bien llenando directamente el vacío o laguna (Alessandro Pizzorusso, El Tribunal Constitucional,

Instituto de Estudios Fiscales de Madrid, 1981, y Gustavo Zagrebelsky, *La Giustizia Costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988). Esta tendencia ha sido seguida por otros Tribunales Constitucionales, como el alemán y el español, e incluso ha sido recogida expresamente por ciertas Constituciones como las de Portugal, Brasil y Costa Rica.

Se busca de este modo poner remedio a una omisión del legislador; su silencio puede determinar que la configuración de un precepto legal, por ausencia de norma, contravenga la Constitución. "La conceptualización de la omisión como norma "negativa" encontrará un amplio eco en la doctrina, la cual parte del supuesto de que el Tribunal Constitucional al controlar la omisión, actúa en realidad sobre una implícita norma impeditiva" (Giovanni Figueroa Mejía, "Las sentencias constitucionales atípicas en el Derecho Comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana", Ed. Porrúa, México, 2011, pg. 66). La omisión que merece un reproche constitucional también puede implicar una acción positiva del legislador contraria al principio de igualdad al introducir una discriminación arbitraria. En ambos casos el control de constitucionalidad se refiere a lo que la norma calla o no dice, lo que debe desprenderse directamente de su texto;

10. Que el control por omisión adquiere particular relevancia, como lo ha sostenido en su jurisprudencia el Tribunal Constitucional de la RFA, cuando el legislador deja de cumplir un mandato constitucional de regulación de algún derecho fundamental o lo hace en forma insuficiente o incompleta, produciéndose, entonces, una falta al deber de tutela o protección del Estado, produciendo una "obvia impropiedad legislativa" (Carlos Dorn Garrido, La

Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa, Editorial Metropolitana, Stgo. de Chile, 2010). Precisamente, en el caso en cuestión, lo que se puede constatar de la simple lectura del artículo 25 del Código del Trabajo es una ausencia de regulación de una compensación estipulada por la ley como forma de retribuir el esfuerzo realizado fuera de la jornada de trabajo, por los trabajadores del transporte interurbano, dados los prolongados recorridos que deben cumplir;

11. Que, en diversas ocasiones, esta Magistratura ha constatado la existencia de omisiones del legislador exhortándolo a poner término a esa falta de completitud normativa, incluso llegando a anular por inconstitucional el precepto legal. Si bien los casos prototípicos se han producido ejerciendo el control preventivo contemplado en el artículo 93 N° 1° de la Constitución Política, también ha ocurrido conociendo de recursos de inaplicabilidad por estimar que el precepto legal impugnado carece de la suficiencia normativa necesaria desde la perspectiva constitucional, como ocurrió en el caso de la tabla de factores para reajustar los contratos individuales de salud, que trajo consigo una declaración formal de inconstitucionalidad de la norma por esa misma razón. También esta Magistratura, conociendo de una inaplicabilidad, al verificar que el precepto impugnado contiene una omisión por exclusión que atenta contra el principio de igualdad, ha declarado la inaplicabilidad parcial del mismo, extendiendo en los hechos el alcance de la norma. Así ocurrió, por ejemplo, en el Rol N° 1801, al anular la distinción que la norma establecía entre accidentes del trabajo y licencias por enfermedades para establecer el pago de

beneficios por desempeño institucional y colectivo en el Poder Judicial;

12. Que de lo anteriormente expuesto se desprende que este Tribunal en diversas ocasiones ha controlado la insuficiencia normativa de un precepto legal, desde el punto de vista constitucional. La supremacía de la Constitución no puede ser limitada por una evidente omisión del legislador. En el caso sub lite se debió declarar la omisión del legislador al establecer el artículo 25 del Código del Trabajo una compensación a choferes y personal auxiliar de los servicios de transporte interurbano, por el descanso a bordo o en tierra y por los tiempos de espera entre los turnos que no sean trabajados, sin fijar un criterio que permitiera instituir un piso para la negociación entre las partes, faltando así a su deber constitucional de brindar protección a los trabajadores. La norma que se desprende del texto del artículo quedó a mitad de camino al dejar a la autonomía de la voluntad de trabajadores y empresarios la determinación de una parte significativa de su remuneración, con lo cual se atenta contra los principios del derecho laboral recogidos por la Constitución Política, como son la protección del trabajo y su justa retribución. Corresponde, en consecuencia, al legislador y no a esta Magistratura poner pronto remedio a tal situación.

Redactó la sentencia el Ministro señor Francisco Fernández Fredes, y las disidencias, el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado y su autor, respectivamente.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 2110-11-INA.

Pronunciada por el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y los Ministros señores, Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres, señores Francisco Fernández

Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino.

Autoriza la Secretaria del Tribunal, señora Marta de la Fuente Olguín.