

Santiago, diecisiete de enero de dos mil trece.

VISTOS:

Con fecha 20 de abril de 2012, Jorge Burgos Santelices y Jorge Muñoz Ibagón, en representación del Sindicato de Empresa Social No 6, Coquimbo, han solicitado la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 25 del Código del Trabajo.

La gestión invocada es un proceso de tutela laboral, en el que se pide condenar a su empleador a una indemnización ascendente a \$ 3.511.200.000, y en el cual se encuentra pendiente la realización de la audiencia de juicio. En dicho proceso se denuncia la infracción de derechos fundamentales de 211 trabajadores de la empresa Tur Bus, en tanto los tiempos de espera y sus descansos a bordo, en el lugar de trabajo o en tierra, no son computados como jornada de trabajo.

Alegan los requirentes que la aplicación del precepto impugnado vulnera la garantía constitucional de la libertad de trabajo, contenida en el numeral 16° del artículo 19 de la Carta Fundamental, en la medida que el trabajador dedica tiempo a su empleador sin que se le remunere. Además se invoca como vulnerado el inciso segundo de su artículo 5°, en relación al artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en lo relativo al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, que proporcionen un salario equitativo, de igual valor por igual trabajo. De igual forma alegan como infringida la garantía constitucional del derecho a la integridad física y síquica, del numeral 1° de su

artículo 19, en tanto el trabajador no puede disponer de su descanso ni de su tiempo, lo que le produce un daño permanente. Además la parte requirente afirma que se infringe el numeral 2º del mismo artículo 19, en lo relativo a la igualdad ante la ley, en la medida que se hace una excepción a las normas sobre jornada que establece el artículo 21 del Código del Trabajo. Finalmente esgrimen que se viola el artículo 19, numeral 4º, constitucional.

Adicionalmente, los requirentes hacen suyo lo razonado por este Tribunal en su sentencia Rol N° 1852, recaída en el artículo 26 bis del Código del Trabajo.

Con fecha 8 de mayo de 2012, la Segunda Sala de esta Magistratura acogió a tramitación la acción, confirió traslado para resolver acerca de su admisibilidad y ordenó la suspensión del procedimiento de la gestión en que incide.

Posteriormente, se declaró la admisibilidad del requerimiento y se confirió traslado acerca del fondo del conflicto de constitucionalidad planteado.

La requerida, Tur Bus, evacuó el traslado 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° 1852-10. Posteriormente se refiere 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, agregando que lo resuelto en dicha causa sólo tiene efectos en el caso concreto al cual se refiere.

Posteriormente, se refiere al contenido y alcance del precepto impugnado, para señalar 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 choferes y auxiliares 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.

Agrega que por Resolución N° 1082, de 22 de septiembre de 2005, dictada por el Director del Trabajo, en ejercicio de las atribuciones establecidas en el artículo 38 del Código del Trabajo, se autorizó a 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 sus labores. Señala que el inciso segundo del artículo 21 del Código del Trabajo, al establecer las normas de 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 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, estableciendo la ley los tiempos de descanso, por motivos de seguridad, en una regulación especial por los caracteres de la labor, algo que también se ve en deportistas, pilotos, artistas y otros.

Señala que, por ejemplo, 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 continuas;

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 además 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 les exige a los choferes conducir, estaría infringiendo la ley.

Señala, por otra parte, 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. Agrega 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., cuestión que no ocurre.

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° 1082, de 22 de

septiembre de 2005, la Dirección del Trabajo autorizó a implementar un sistema de jornada consistente en

- 7 días de trabajo continuos por 2 de descanso,

- 9 días de trabajo continuos por 3 de descanso, y

- 10 días de trabajo continuos por 4 de descanso.

A ello agrega que nunca un trabajador puede conducir más de 5 horas continuas y que todo ello es por las particularidades de las labores y no por voluntad del empleador, todo lo cual fue considerado por el legislador, que incluso estableció la obligación de contar con una litera adecuada para el descanso de choferes.

Posteriormente señala que la norma general sobre jornada pasiva del artículo 21 del Código del Trabajo tiene sentido, pero que las labores de choferes y auxiliares revisten peculiaridades que impiden asimilarlas a las reglas generales. Expone que si los descansos obligatorios y las esperas entre viaje y viaje se consideraran como parte de la jornada de trabajo, los conductores que realizan el recorrido La Serena-Antofagasta, con un sistema de descanso especial de 9x3, completarían su jornada mensual de 180 horas en 7 días y medio, ya que a las 12 horas y media, sobre el bus, manejando o descansando (recordar la relación de 5 horas de conducción por 2 de descanso), se deberían sumar las 8 horas que obligatoriamente el chofer debe permanecer en tierra. De este modo, entonces, el ciclo completo del viaje, entre descanso obligatorio,

permanencia en tierra, salida del bus de regreso, tendría una duración, para el chofer, de 22 horas y media.

Agrega que en tiempos de descanso los trabajadores no pueden recibir orden alguna del empleador, no se encuentran a disposición del empleador y que durante ellos existe una imposibilidad material de que presten servicios, pues están en sus casas o en los alojamientos que la empresa les proporciona.

Posteriormente se refiere a las esperas y descansos, aludiendo al dictamen 12687071 de la Dirección del Trabajo, de 7 de abril de 1994, por el cual se señala que los descansos no son parte de la jornada, pero que es obligatorio tomarlos, por destinarse a reponer energías. Por otra parte, señala que, a diferencia del artículo 26 bis, el artículo 25 sí tiene reglas sobre descanso.

En cuanto al descanso dentro de la jornada, señala que el artículo 34 del Código del Trabajo establece el tiempo de colación, no imputable a la jornada, que es un descanso obligatorio e irrenunciable establecido por ley, en una situación similar a la del precepto impugnado, en tanto el descanso no es parte de la jornada. Sin embargo, en una posición más beneficiosa para los choferes, la ley determinó que en su caso deben compensarse o retribuirse, de la forma que las partes determinen.

En otro capítulo expone que si se declara la inaplicabilidad debiera aplicarse la regla del artículo 21 del Código del Trabajo sobre jornada pasiva, pero ello resulta imposible, ya que los trabajadores no están a disposición del empleador, motivo por el cual

no hay remuneración y se aplica la regla del artículo 34 ya aludida, en una situación que es perjudicial para el trabajador.

Posteriormente, señala que en el requerimiento se prescinde de toda consideración relativa al caso concreto, lo que es relevante al ser éste un caso con caracteres distintos a los del proceso Rol N° 1852, y que al omitirse tal referencia no se puede demostrar ningún efecto contrario a la Constitución.

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, que opera con un chip, una bitácora automatizada y un software cerrado y certificado, acompañando copias de los documentos que acreditan su cumplimiento, lo que impide falsear datos o dar información inexacta.

En cuanto a que la norma impugnada permitiría la ausencia de retribución, expone que esa es una interpretación errada, en tanto debe existir imperativamente, lo particular es que queda al acuerdo de las partes. A juicio del profesor William Thayer, la norma dispone que debe haber retribución y que ese tiempo no es parte de la jornada, en una "permanencia pasiva", que es compensada bajo ese nombre en el contrato colectivo de la empresa, que vincula a las partes.

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

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

Con fecha 18 de octubre de 2012, la requerida Tur Bus formuló una presentación con un conjunto de observaciones de hecho y derecho, a la que acompañó además un informe en derecho y un conjunto de documentos, entre los que se cuentan los relativos a las autorizaciones de la Dirección del Trabajo para la distribución excepcional de jornada y el acuerdo respecto de ella con el sindicato requirente.

Con fecha 7 de noviembre siguiente, la misma parte acompañó documentos adicionales.

Con fecha 8 de noviembre se verificó la vista de la causa.

CONSIDERANDO:

**I. IDENTIFICACIÓN DEL CONFLICTO CONSTITUCIONAL
SOMETIDO A ESTA MAGISTRATURA.**

PRIMERO: Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, de la Constitución Política de la República, según se señala en la parte expositiva de esta sentencia, en la acción deducida en autos se solicita la inaplicabilidad, en general, del inciso primero del artículo 25 del Código del Trabajo, en atención a que su aplicación al caso específico de que se trata, resultaría contraria al artículo 19, N°s 1°, 2°, 4° y 16°, y al artículo 5°, inciso segundo, todos de la Carta Fundamental, este último en relación con el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, en la forma como se ha descrito precedentemente.

El aludido inciso primero del artículo 25 del Código del Trabajo dispone lo siguiente:

“La jornada ordinaria de trabajo del personal de choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana, de servicios interurbanos de transportes 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.”;

SEGUNDO: Que la cuestión se suscita, en síntesis, por cuanto 211 trabajadores, entre conductores y auxiliares de transporte de pasajeros, han demandado a su empleador ante el Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, en un procedimiento ordinario donde solicitan protección de sus derechos constitucionales, dado que existirían lapsos de tiempo no remunerados, correspondientes -entre otros- a aquellos períodos de descanso y espera a que se refiere la norma precitada, y en donde además exigen el pago de \$ 3.511.200.000 por los daños morales ocasionados.

A cuyo respecto es relevante destacar que los requirentes y su empleador acordaron un monto de dinero como retribución de los aludidos descansos, según se observa en algunas liquidaciones de sueldo que comprenden los denominados “bonos de permanencia pasiva”, cuestión que no fue controvertida en estos autos;

II. ANÁLISIS DE LA NORMA CUESTIONADA Y PRECISIONES RESPECTO AL ALCANCE DEL REQUERIMIENTO.

TERCERO: 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 requiriendo de inaplicabilidad, por no versar sobre tiempos en que se prestan servicios efectivos o se está a disposición del empleador;

CUARTO: 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 de 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;

QUINTO: Que, en esta inteligencia, el artículo 25 contempla el desembolso de una “retribución o compensación” como recompensa por las eventuales molestias que, con ocasión de tales descansos y esperas, se pudieren producir para el trabajador. Como sería el hecho de encontrarse apartado de su entorno familiar o tener reducidas sus posibilidades de esparcimiento y recreación.

Pero, en esa misma lógica, la norma no consagra allí el pago de una “remuneración” estrictamente tal, habida cuenta de que ésta se define como la contraprestación por causa del contrato de trabajo (artículo 41, inciso primero, del Código del Trabajo);

SEXTO: 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 considerarlo 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 número 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;

SÉPTIMO: Que de la Constitución no se desprende una obligación de pago, en orden a tener que reembolsar los tiempos de "esperas" y de "descansos", 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 períodos 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 períodos no trabajados, a veces y según las distintas realidades que ofrece el ámbito del transporte, podrían traer aparejado algún cierto perjuicio o menoscabo;

OCTAVO: Que tampoco puede sostenerse en esta sede que, en el transcurso de las referidas "esperas" y "descansos", 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 las 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;

NOVENO: Que, finalmente, el requerimiento acusa que el precepto impugnado vulneraría además el artículo 19, N°s 2° y 4° constitucionales, así como el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, en relación con el artículo 7°, letra a), punto i, y letra d), del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales.

Por las razones precedentemente expuestas, esta Magistratura no divisa cómo podrían vulnerarse estos

preceptos de la Carta Fundamental. Bastando para rechazar las antedichas alegaciones reiterar que el precepto objetado posee justificación bastante, atendida la situación especial que trata de regular. Además de contemplar el pago de una compensación que -en este caso concreto- ha tenido lugar, sin que aparezcan antecedentes en cuanto a que su procedencia y monto hayan sido impugnados en sede laboral.

SE RESUELVE:

Que se rechaza el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas 1, sin costas por haber tenido los requirentes motivos plausibles para deducir su acción. Se pone término a la suspensión de procedimiento decretada en estos autos; ofíciase.

El Ministro José Antonio Viera-Gallo previene que concurre al rechazo del requerimiento, fundado en los considerandos sexto y octavo de la presente sentencia y en los siguientes razonamientos:

- 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.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señor Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señor Carlos Carmona Santander, quienes estuvieron por acoger el requerimiento, fundados en las mismas consideraciones sostenidas en los votos de mayoría sustentados, entre otras, en las sentencias de los roles N°s 2086, 2110, 2114 y 2182, todas del año 2012, donde, en síntesis, se estimó que la norma impugnada vulnera la garantía de protección al trabajo y a su justa retribución, consagrada en el numeral 16° del artículo 19 constitucional, toda vez que excluye de la jornada de trabajo de los choferes y auxiliares de los servicios interurbanos de transporte de pasajeros tanto los tiempos de descanso como las esperas que se produzcan entre turnos laborales sin realizar labor, en circunstancias que, a diferencia de los descansos, en los lapsos de espera los trabajadores permanecen a disposición de su empleador y no pueden, por consiguiente, disponer libremente de los mismos.

En consecuencia, prescribir, como lo hace la norma legal objetada, que los referidos lapsos de espera no se imputan a la jornada laboral y su retribución o compensación quedará entregada al acuerdo de las partes, riñe con la aludida garantía constitucional, más aun en el caso de autos, donde ha quedado establecido que el correspondiente convenio colectivo sólo incluye la compensación de

los descansos, mas no de los tiempos de espera entre turnos.

Redactó la sentencia el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, la prevención, su autor y la disidencia, los Ministros que la suscriben.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 2213-12-INA.

Pronunciada por el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios (Presidente Subrogante), Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo, Iván Aróstica Maldonado y Domingo Hernández Emparanza y el Suplente de Ministro señor Ricardo Israel Zipper.

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