

COMENTARIO A LA SENTENCIA RECAÍDA EN CUESTIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 26 BIS DEL CÓDIGO DEL TRABAJO (STC ROL N° 1.852/2010, DE 26 DE JULIO DE 2011)

FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Chile

1. LA CUESTIÓN DE INAPLICABILIDAD

El proceso constitucional inicia por cuestión de inaplicabilidad impetrada por el Juez titular del Segundo Juzgado de Letras de Talagante, quien solicita la declaración de inaplicabilidad del art. 26 bis del Código del Trabajo, siendo la gestión pendiente una tutela laboral de derechos fundamentales.

La norma impugnada establece que el personal que se desempeñe como chofer o auxiliar de transporte rural colectivo de pasajeros podrá pactar con el empleador una jornada ordinaria de ciento ochenta horas mensuales, distribuida en no menos de veinte días, sin que, en caso alguno, los tiempos de descanso, a bordo o en tierra y las esperas que les correspondan sin realizar labor, serán consideradas jornada, quedando la retribución de este tiempo a lo que pacten las partes. Esta última parte, referida a no considera jornada los tiempos de espera, es la que se estima inconstitucional por infringir el N° 2 (igualdad ante la ley), el N° 16 (libertad de trabajo) y el N° 24 (derecho de propiedad) del artículo 19 de la Constitución Política de la República (en adelante CPR o Constitución) y respecto de la cual se solicita la inaplicabilidad.

A juicio del Magistrado, la norma antes señalada menoscaba la garantía constitucional de igualdad ante la ley, ya que se establece un trato especial y distinto al general. Del mismo modo, se considera menoscabada la libertad de trabajo, ya que se vulneran los principios de irrenunciabilidad de los derechos laborales y presunción de no gratuidad de los servicios, en virtud de los cuales se establecen las limitaciones a la jornada, sueldo mínimo y otras instituciones a favor del trabajador. Finalmente, se sostiene que se viola el derecho de propiedad de los trabajadores, sobre su tiempo fuera de jornada.

2. CONFLICTO CONSTITUCIONAL

Señala de esta forma la sentencia, resumiendo las posiciones del juez accionante:

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.

Por su parte, los demandados en la gestión pendiente que da motivo al proceso constitucional, se hacen parte y solicitan al Tribunal que la cuestión de inaplicabilidad sea desechada, en vista de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es clara en señalar que en sede de inaplicabilidad, el efecto contrario a la Carta Fundamental debe darse por un entendimiento acertado a la norma impugnada, y en este caso existe una interpretación errónea del precepto, señalando:

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

De la misma forma, señalan que no existe vulneración a la igualdad ante la ley, puesto que se considera que existe un fundamento para establecer la diferencia:

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.

Finalmente, se señala que de declararse la inaplicabilidad de la norma se produciría un efecto contrario a la Constitución, ya que los choferes perderían el derecho a que se les compense el tiempo de espera, disminuyendo el tiempo de conducción y, por lo mismo, su remuneración. Se niega, asimismo, cualquier vulneración a la libertad de trabajo y a la propiedad.

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.

En el considerando cuarto, la sentencia fija el conflicto constitucional que ha de resolverse en estos autos:

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.

3. RATIO DECIDENDI

En primer lugar, la sentencia expone el criterio del art. 21 del Código del Trabajo, que dispone que la jornada laboral se extiende a las esperas que deban cumplir los trabajadores y que no les sean imputables, formando parte de la jornada si durante ellas el trabajador se encuentra a disposición del empleador (cons. 5°).

Señala la sentencia a continuación, que dicha normativa es concordante con la garantía de la libertad de trabajo, consagrada en el art. 19 N° 16 de la Constitución, garantía que es definida por la sentencia en los siguientes términos:

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 consagrandolo 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.

Luego, la sentencia hace referencia a varios derechos del trabajador que se estiman vulnerados, los cuales se hayan establecidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, que se relacionan con el derecho nacional en virtud del art. 5º de la Constitución y que complementan la garantía constitucional de protección sobre el trabajo, reconocida en el art. 19 Nº 16, expresando:

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 redundará 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 5º de la Constitución Política de la República complementan la garantía constitucional de protección sobre el trabajo reconocida en el artículo 19 Nº 16º 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 7º 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 remunera-

ción de los días festivos”, y el artículo 7º 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° 16º 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.

Por estas razones, se acoge la cuestión de inaplicabilidad, declarando inaplicable el art. 26 bis del Código del Trabajo, en aquella parte en que dispone que las esperas que corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor no serán imputables a la jornada laboral, por contravenir la garantía contenida en el art. 19 N° 16 de la Constitución.

Finalmente, el *decisum* del Tribunal, para salvar la competencia de tutela de la magistratura laboral, hace referencia a los efectos de la sentencia, respecto de la normativa que resulta aplicable al caso de autos, señalándose:

2) CORRESPONDERÁ AL JUEZ REQUERENTE 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.

4. VOTO DISIDENTE.

La sentencia es acordado con el voto en contra de los Ministros señores Bertelsen Repetto y Aróstica Maldonado, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento, por las siguientes consideraciones.

En primer lugar, los disidentes consignan que la norma impugnada es una norma especial, aplicable a choferes y auxiliares de los servicios de transporte rural colectivo, expresando:

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;

Luego, se expresa que existe la misma disposición que en la norma impugnada, en otras normas del mismo Código del Trabajo, con lo cual se concluye que no estamos en presencia de una arbitrariedad, sino que ante una norma con justificación suficiente.

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, a 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.

En conclusión, los argumentos señalados anteriormente, llevan necesariamente a concluir que la norma no sólo no vulnera los derechos de los trabajadores, sino que los protege adecuadamente, y que no aplicar la referida disposición implicaría desproteger a los trabajadores.

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 1º y 16 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Por dichas consideraciones, los Ministros disidentes consideran que debió haberse rechazado el requerimiento de inaplicabilidad.

5. CONCLUSIONES

La sentencia comentada, breve y contundente, descarta que la cuestión de inaplicabilidad planteada por un juez de letras del trabajo sea una cuestión de mera legalidad: de interpretación de la ley laboral (artículo 26 bis del Código del ramo), para plantearla como un conflicto constitucional en que se infringen para el juzgador derechos y garantías constitucionales al disponer la ley que las “esperas” que deban cumplir los choferes y auxiliares de transporte rural colectivo entre turnos no imputables a jornada, tendrán una retribución ajustada libremente al acuerdo de partes. Ello sitúa al Tribunal Constitucional en posición de un “tribunal de amparo”, dada la naturaleza del proceso seguido ante la magistratura laboral, por lo que el juzgador pone especial énfasis en que el conflicto constitucional refiere a la ley laboral (artículo 26 bis del Código del Trabajo) y el margen de libertad para disciplinar el trabajo y, por ende, su protección debida. Tal énfasis queda recogido en el *decisum*, salvando la competencia del juez del fondo en un proceso de amparo especial como es la tutela, según anotamos.

La sentencia sin el recurso usual a los derechos implícitos o al bloque constitucional de derechos, entiende que la Constitución protege el trabajo, asegurando los derechos asociados a éste y no el derecho al trabajo, por lo que el legislador queda vinculado a los estándares garantísticos mínimos a la hora de definir la jornada de trabajo. Asimismo, la cita de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Protocolo Adicional del Pacto de San José, se hace en la posición de fuentes de protección *infra* constitucional de los derechos del trabajo consagrada en el N° 16 del artículo 19 de la Constitución; fuentes que “complementan” el derecho material y obliga a los órganos del Estado en virtud de la garantía institucional genérica del inciso segundo del artículo 5º de la Constitución.