

# TIEMPOS DE ESPERA: CUANDO LA TUTELA ASFIXIA LA LIBERTAD

CLAUDIO PALAVECINO CÁCERES

**RESUMEN:** El comentario recae sobre la sentencia del Tribunal Constitucional rol 2086-11) que declaró inaplicable el artículo 25 del Código del Trabajo, relativo a los choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana y de los servicios interurbanos de transporte de pasajeros, en la parte en que la norma señala que las esperas que les corresponde 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. Se analiza tanto el voto de mayoría como las disidencias y se formulan críticas, especialmente a la fundamentación del primero, la cual se considera errada desde el punto de vista dogmático e insuficiente, por tanto, para derrotar la racionalidad de la norma de fuente legal y excluir su aplicación. Se reivindica el papel de la ley como legítima articuladora entre la *libertad de trabajo* y el incierto enunciado sobre *su protección*, destacándose, además, la congruencia de la solución legislativa específica con el modelo normativo en su conjunto, en contraste con la lamentable distorsión que introduce el TC al decidir su inaplicación. Se concluye que la interpretación del TC sobre la protección constitucional del trabajo conduce a un enfoque conflictualista y no articulador con la libertad de contratación conforme al cual necesariamente la tutela terminará aplastando a la libertad.

**SUMARIO:** 1. Antecedentes del caso. 2. Argumentos esgrimidos. 2.1. Del juez requirente. 2.2. De los trabajadores demandantes. 2.3. Defensa del demandado. 3. El voto de mayoría. 4. Los votos de minoría. 4.1. El voto de los ministros Bertelsen, Venegas y Aróstica. 4.2. El voto del ministro Viera-Gallo. 5. Historia del precepto cuestionado. 6. El contenido de la libertad de trabajo y su protección. 7. El mandato al legislador. 8. El enfoque conflictualista entre libertad y protección del trabajo y su problemática. 9. Conclusión. 10. Bibliografía.

## 1. ANTECEDENTES DEL CASO

La discusión versa sobre la constitucionalidad de la norma contenida en el artículo 25 inciso primero del Código del Trabajo en cuanto prescribe, respecto 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, que “el tiempo de los descansos 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 cuestión la plantea uno de los jueces del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en el contexto de un proceso laboral ordinario sobre cobro de remuneraciones, iniciado por tres choferes en contra de una empresa de transporte interurbano de pasajeros, en el cual se demandan horas extra, bonos y gratificaciones, de conformidad al artículo 45 del Código del Trabajo, pues en los descansos y esperas no imputables a la jornada se les hace desempeñar labores distintas de la conducción y en los hechos no se les remuneran. La demandada alegó que no se laboraron horas extra y que la jornada de los demandantes estaba regulada por el precepto impugnado, por lo que los tiempos a los que aluden los actores no son de trabajo, sino de espera y descanso, que al no ser imputables a la jornada no son remunerables.

Cabe señalar que el Tribunal Constitucional (“TC”) ya había declarado inaplicable la norma similar del artículo 26 bis del Código del Trabajo en la parte que señala que las esperas que corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor no serán imputables a la jornada laboral por contravenir la garantía constitucional del artículo 19 N°16 de la Constitución Política de la República<sup>1</sup>.

## 2. ARGUMENTOS ESGRIMIDOS POR LOS INTERVINIENTES

### 2.1. Del juez requirente

El juez requirente invoca la referida sentencia del TC, rol 1852-10, que acogió la solicitud de inaplicabilidad, estimando que la regla general sobre el deber de remunerar la jornada pasiva del artículo 21 del Código del Trabajo se ajusta a la Carta Fundamental y que, en cambio, liberar al empleador de tal obligación vulnera la protección constitucional del trabajo<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Sentencia rol 1852-10, de 26 de junio de 2012.

<sup>2</sup> La sentencia aludida señala además en su considerando séptimo que el artículo 26 bis del Código del Trabajo al liberar al empleador de remunerar los tiempos de espera vulneraría también 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 que cuales están expresamente reconocidos en tratados internacionales de derechos

Expone que la aplicación del precepto impugnado afecta también la garantía constitucional del derecho a la justa retribución por el trabajo, de la cual los choferes son titulares, agregando que el precepto impugnado permite la ausencia o la insuficiencia de pago retributivo por las horas en cuestión al dejarlo a la discrecionalidad del empleador o a la voluntad de las partes, vulnerando de ese modo el derecho a una justa retribución, así como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en lo relativo al derecho a igual remuneración por igual trabajo, además del goce de condiciones equitativas de trabajo y descanso, en la medida que los choferes se encuentran a disposición del empleador en los tiempos de espera y descanso, sin que se les remunere, en contra de la regla general, y en la medida que, de conformidad a lo que alegan, se les haría desempeñar otras labores en dichos lapsos, diferentes de la conducción, en condiciones que no se les remunera ni se les computa como jornada invocando el precepto impugnado.

## **2.2. De los trabajadores demandantes**

Los trabajadores demandantes comparecieron haciendo suyos los argumentos del juez requirente y agregando que los choferes deben presentarse a realizar otras labores con 90 minutos de anticipación al inicio de la conducción y que efectivamente en tiempos de espera y descanso se les hace realizar labores en tierra, sin que quede registrado en la asistencia y sin que se les pague.

Añaden que el acuerdo de las partes no existe en materia laboral, pues el empleador impone las cláusulas, señalando que el “bono de permanencia” es irrisorio para las labores realizadas, vulnerándose el numeral 16º del artículo 19 de la Carta Fundamental.

## **2.3. Defensa de fondo del demandado**

La empresa solicitó el rechazo del requerimiento bajo los siguientes argumentos:

---

humanos ratificados por Chile que complementan la garantía constitucional de protección sobre el trabajo reconocida en el artículo 19 N°16 de nuestra Constitución.

1. El control concreto de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley produce efectos relativos y un precepto ya declarado inaplicable no necesariamente debe ser declarado inaplicable para otro caso, pues ello dependerá de las circunstancias de la causa.
2. El artículo 26 bis del Código del Trabajo y el artículo 25 del mismo cuerpo legal son preceptos distintos. Por ende, el juez requirente yerra al estimar que una declaración de inaplicabilidad del artículo 26 bis importaría una suerte de declaración de inconstitucionalidad general.
3. 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”. Esa norma tiene razón de ser y se aplica en la mayoría de las relaciones laborales, pero el transporte interurbano es diferente, pues la organización de la jornada es muy compleja<sup>3</sup>.
4. 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.
5. 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.
6. 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.

---

<sup>3</sup> 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; 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.

7. 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.
8. 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. 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.
9. 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 que se puede remunerar por acuerdo de las partes.
10. Tal como lo señaló el TC 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. Sin embargo, los descansos se han respetado y los choferes no se han encontrado sometidos a instrucciones ni labores en los tiempos de descanso y espera.
11. En cuanto a la alegación de que la norma impugnada permitiría la ausencia de remuneración o bien un pacto insuficiente, un chofer de la empresa gana aproximadamente 780 mil pesos mensuales, uno de los promedios más altos del mercado, y su estructura de remuneraciones se establece en contratos colectivos y, 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”. De este modo la asimetría de la relación laboral individual se ve descartada por la existencia de sindicatos y de negociación colectiva. Además, no es justo remunerar por igual el tiempo de labores conductivas que el tiempo en el cual no se realizan.

### 3. EL VOTO DE MAYORÍA

Los ministros precisan 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 primeros los trabajadores no permanecen a disposición de su empleador<sup>4</sup>. En cambio, las esperas 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, sin que los choferes y auxiliares puedan desentenderse 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

De lo razonado concluyen que resulta del todo razonable que el legislador haya dispuesto que los tiempos de descanso 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. Por el contrario, no resulta razonable ni se apega a la Constitución que el legislador haya liberado al empleador de la obligación de retribuir los tiempos de espera entre turnos laborales.

Agregan que el artículo 21 del Código Laboral establece la norma general respecto de las esperas que deban cumplir los trabajadores durante la jornada laboral, sin realizar labor por motivos que no les sean imputables. Según el 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, lo cual es

---

<sup>4</sup> En efecto: “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”.

concordante con el reconocimiento constitucional de la libertad de trabajo y de su protección.

El voto de mayoría explica tal concordancia citando a la profesora Bulnes y al profesor Cea:

“En efecto, la protección constitucional del trabajo del artículo 19 N° 16° de nuestra Carta Fundamental no se limita solo 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 este y que pueden exigirse efectivamente del Estado”<sup>5</sup>.

En el mismo sentido se ha pronunciado José Luis Cea, para quien la protección jurídica sobre el trabajo incluye no solo 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”<sup>6</sup>.

Concluyen 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 que es lo que sucede con el precepto analizado en que 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, excluyendo la posibilidad

<sup>5</sup> BULNES (1980) p. 215.

<sup>6</sup> CEA (2004) p. 427.

de que durante esos lapsos los trabajadores hayan estado sometidos a las instrucciones del empleador.

Por lo mismo, el precepto legal impugnado contradice frontalmente el principio de justa retribución, también instituido en el inciso primero del número 16° del artículo 19 constitucional, que reconoce 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.

Finalmente arguyen que 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<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> “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”.



## 4. LOS VOTOS DE MINORÍA

### 4.1. El voto de los ministros Bertelsen, Venegas y Aróstica

Los ministros que están por rechazar el requerimiento sostienen que:

1. La norma cuestionada no pugna con el derecho a una justa retribución porque esta debe ser “la consecuencia conmutativa del trabajo” mientras que en los tiempos de espera el trabajador no ejecuta servicios ni está a disposición del empleador.

2. Por la misma razón anterior las esperas a que alude el artículo 25 del Código del Trabajo no son subsumibles ni en la jornada activa ni en la pasiva definidas por el artículo 21 del mismo cuerpo legal, sino que “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. El artículo 25 del Código del Trabajo no es 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. La norma impugnada no solo no vulnera derechos de los choferes trabajadores, sino que los protege adecuadamente, al sustraerlos de las normas generales de sobre jornada<sup>8</sup>.

4. De la Constitución no se desprende una obligación de pago, en orden a tener que reembolsar los tiempos de “esperas”.

---

<sup>8</sup> “...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 solo 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”.

5. Tampoco puede sostenerse en esta sede que, en el transcurso de las referidas “esperas”, los trabajadores 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.

#### **4.2. El voto del ministro Viera-Gallo**

1. Este ministro estuvo también por rechazar el requerimiento bajo el argumento que el contrato de los choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana y de los servicios interurbanos de transporte de pasajeros, es un contrato especial, atendidos los largos recorridos que realizan sus buses, por lo que 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.

Agrega que la situación es distinta a la del artículo 26 bis del Código del Trabajo sobre el cual recayó la sentencia rol 1852 del TC 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.

2. Pero por otra parte, este ministro consideró que el inciso primero del artículo 25 del Código del Trabajo, merecía de todos modos 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 determi-

nación 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 ramo a propósito de los choferes de carga terrestre interurbana.

Tal omisión 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.

Añade 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.

Sostiene que en diversas ocasiones, el TC 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.

Concluye que la supremacía de la Constitución no puede ser limitada por una evidente omisión del legislador y que 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 al TC poner pronto remedio a tal situación.

## 5. HISTORIA LEGISLATIVA DEL PRECEPTO CUESTIONADO

La actual redacción del inciso primero del Código del Trabajo fue establecida por la letra a) del número 1 del artículo único de la ley 20.287, publicada en el *Diario Oficial* de 12 de julio de 2008. El número 2 del artículo único de la citada ley introdujo al Código del Trabajo un nuevo artículo, el 25 bis, relativo a los choferes de carga terrestre interurbana y el numeral 3 introdujo un nuevo artículo 26 bis relativo a los choferes o auxiliares de los servicios de transporte rural colectivo de pasajeros.

En lo que nos interesa, la ley 20.287 estableció la inimputabilidad a la jornada de trabajo de los descansos y esperas respecto de tres categorías de trabajadores: a) los choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana y de servicios interurbano de transporte de pasajeros; b) los choferes de vehículo de carga terrestre interurbana y c) el personal que se desempeña como chofer o auxiliar de los servicios de transporte rural colectivo de pasajeros.

Antes de esta reforma, la inimputabilidad a la jornada de trabajo de los descansos y esperas solo procedía respecto de los trabajadores de las categorías b) y c). La modificación obedeció a la constatación de que en los casos en que tales horas eran imputables a la jornada se generaba la paradoja de tener trabajadores que laboraban mucho menos de un mes calendario, dando pie a contrataciones al margen de la ley<sup>9</sup>.

Respecto de las tres categorías, deja entregada la “retribución o compensación” de estas horas al “acuerdo de las partes”, pero solo respecto de los choferes de vehículo de carga terrestre interurbana la ley impone una base de cálculo mínima para el pago de los tiempos de espera<sup>10</sup>.

Es importante destacar que el legislador quiso expresamente establecer una diferenciación entre estas categorías de trabajadores ante la práctica sostenida por la Dirección del Trabajo, la cual interpretaba las disposiciones de los artículos 25 y 26 del Código del Trabajo, en el sentido de homologar a los servicios rurales de transporte

<sup>9</sup> CAAMAÑO (2012) p. 102.

<sup>10</sup> Conforme al artículo 25 bis esta “no podrá ser inferior a la proporción respectiva de 1,5 ingresos mínimos mensuales”.

público de pasajeros dentro de la categoría de de servicios interurbanos, lo que generó en palabras del legislador “una situación altamente discriminatoria y conflictiva”<sup>11</sup>.

## 6. EL CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE TRABAJO Y SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

El contenido de la libertad de trabajo fue definido con sencillez y claridad paradigmáticas en el seno de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, donde se dijo que “en su esencia este derecho asegura que a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador”<sup>12</sup>. Se trata, pues, de una libertad bifronte, con una cara que mira hacia el trabajador y otra al empleador.

Se ha sostenido a menudo, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia judicial y administrativa, que los alcances de la libertad de contratación del trabajo solo amparan el origen de la relación laboral, lo que el profesor Carlos Poblete (siguiendo a Fernández Gil) denomina el “rol genético” del contrato de trabajo<sup>13</sup>. El rol regulatorio, referido al contenido mismo del contrato de trabajo está determinado, en gran parte, de manera heterónoma por normas de origen diverso, principalmente por la ley, que establece obligaciones para el empleador y derechos correlativos para el trabajador, con carácter irrenunciable (artículo 5° del Código del Trabajo). Por tanto, cada vez que celebra un contrato de trabajo, el empleador va a quedar necesariamente obligado por la legislación laboral protectoria como condición objetiva del negocio. Con todo, esto no significa que la libertad de contratación laboral desaparezca por completo una vez contraído el vínculo, sino solo que su configuración dependerá en primer término de dicho orden y, solo después, de la determinación de las partes interesadas. Esta peculiar duplicidad normadora del contrato de trabajo puede apreciarse con mayor nitidez desde la óptica de lo que Soto Calderón enunciaba como “principio de la doble regulación jurídica”. Según este autor “aparece claro que el Derecho del trabajo es la parte sustantiva, en cuanto establece normas mínimas, garantiza el mínimo de bienestar

<sup>11</sup> CAAMAÑO (2012) p. 102.

<sup>12</sup> Citada en EVANS (1999) p. 11.

<sup>13</sup> POBLETE (2001) pp. 85-91.

social [y] que es de la esencia del Derecho del trabajo permitir que de común acuerdo los particulares puedan superar esa normatividad mínima por la vía del acuerdo voluntario”<sup>14</sup>.

Desde un temprano trabajo de Luz Bulnes<sup>15</sup>, citado en la sentencia, se ha querido ver en el sintagma “y su protección” del artículo 19 N°16, primer inciso, un mandato desde la Constitución de protección, no a la “libertad de trabajo” (que le antecede en el enunciado normativo), sino al trabajo mismo. Tal protección del trabajo no se identifica tampoco con un “derecho al trabajo” dotado de acción judicial, sino más bien con una norma material de competencia. Sería pues este enunciado el que otorgaría cobertura constitucional a la intervención legislativa del contrato de trabajo para modular la libertad contractual de las partes en las relaciones laborales.

## 7. EL MANDATO CONSTITUCIONAL AL LEGISLADOR

Conforme a esta lectura comúnmente aceptada, el artículo 19 N°16 contendría en su primer inciso dos enunciados de distinta tipicidad iusfundamental<sup>16</sup>: una *libertad*, la de trabajo, que en cuanto tal genera un ámbito protegido de la intervención estatal, el cual se satisface, precisamente, con la abstención estatal; pero, también, el precepto establecería un *deber estatal*, la protección del trabajo, sin una específica forma de exigibilidad individual –puesto que, como se dijo, no hay un “derecho” al trabajo– pero que cumpliría sin embargo una significativa función habilitante de la intervención estatal, ofreciendo cobertura constitucional a la legislación laboral.

Esta interpretación canónica del enunciado “la libertad de trabajo y su protección” recogida en los fundamentos de la sentencia provoca una tensión permanente entre dos fuerzas opuestas: la libertad de trabajo por un lado y el deber de protección del trabajo por el otro atendida la manifiesta contradicción entre lo que la Constitución exige del Estado en uno y otro caso: abstención *versus* intervención.

Pese al consenso dogmático y jurisprudencial que ha generado esta forma de interpretar “la libertad de trabajo y su protección” no de-

---

<sup>14</sup> SOTO (s/a) p. 18.

<sup>15</sup> BULNES (1980) p. 215.

<sup>16</sup> Tomo el concepto y tipología de ALDUNATE (2008) pp. 113 y ss.

quiera tan fácilmente descartarse que el mandato de protección pudiera estar dirigido más bien a favor de la libertad de trabajo antes que en su contra, sobre todo si se tienen en cuenta que la Constitución de 1980 vino precisamente a instaurar un nuevo paradigma de orden público económico donde la libertad es el gran bien jurídico a proteger. El mandato al legislador sería no el de abolir o limitar severamente la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones laborales, sino todo lo contrario, el de arbitrar los medios concretos para que la promesa de libertad tenga efectiva vigencia en el plano de la realidad. Lo cual sería congruente además con la *ratio legis* de la legislación sobre la materia inmediatamente anterior a la Constitución conocida como “Plan Laboral”<sup>17</sup> la cual vino a modificar radicalmente el modelo normativo de las relaciones laborales que instauró el Código del Trabajo de 1931 dando un giro hacia su desregulación y flexibilización.

Pero incluso aceptando la interpretación tradicional de la protección del trabajo como un deber autónomo respecto de la libertad de trabajo, la Constitución no prejuzga acerca de cómo debe el Estado configurar tal protección ni menos todavía que deba hacerlo necesariamente de un modo conflictivo con la libertad de trabajo. Cecily Halpern postuló, una década atrás, que

“es indispensable imaginar vías de protección distintas a las tradicionales, que han sido principalmente la vía legislativa –mediante normas protectoras– y las meramente punitivas, por los organismos administrativos y judiciales [...] hoy lo que se requiere es avanzar hacia la protección de la relación de trabajo más que a la tutela de uno de los integrantes de la relación, por cuanto, de ese modo, por vía indirecta, la recibe también el trabajador. Insistir en la creación de normas protectoras del trabajador no hará más que agravar el problema, rigidizando el vínculo y dejando la tutela en un mero plano teórico, sin que ella pueda materializarse en pro del supuestamente beneficiado (efecto perverso de la norma en el lenguaje de la doctrina)”<sup>18</sup>.

Tampoco de los tratados internacionales invocados en la sentencia aparecen mandatos específicos y concretos para el legislador inter-

<sup>17</sup> DL 2.200 de 1978.

<sup>18</sup> HALPERN (2000) p. 179.

no, sino cláusulas abiertas caracterizadas por un alto grado de indeterminación. Así, por ejemplo, con relación a la jornada de trabajo, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 24°) como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 7°) predicen una “limitación razonable” o bien, en el caso de esta última fuente, el derecho al goce de condiciones “equitativas y satisfactorias”.

Lo que me interesa concluir es que no se infringe la Constitución ni se provoca un resultado anticonstitucional por la circunstancia de que el legislador entregue espacios a la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones laborales. La tradicional objeción que se formula en este contexto sobre la asimetría de fuerzas entre empleador y trabajador –mencionada también en el fallo– no es un fenómeno exclusivo del contrato de trabajo sino propio de todas las relaciones de intercambio en los más diversos ámbitos de la interacción humana. El intercambio surge y se hace necesario justamente entre individuos desiguales en fuerzas y recursos que comparecen al mercado para sacar provecho a sus ventajas y obtener compensación de sus desventajas. En algunos intercambios el sujeto ocupará la posición débil mientras que en otros la fuerte. En el plano de interacción entre capital y trabajo, la asimetría natural quedará compensada en muchos casos –y en no pocos incluso se revertirá– por medio de la acción colectiva de los trabajadores.

## 8. EL ENFOQUE CONFLICTUALISTA ENTRE LIBERTAD Y PROTECCIÓN DEL TRABAJO Y SU PROBLEMÁTICA

La tensión entre la libertad y la protección del trabajo, conforme al enfoque tradicional que recoge el fallo, deviene indefectiblemente en la afirmación de una colisión u oposición entre los derechos o bienes jurídicos en juego. Fenómeno que se generaliza como el litigio constitucional por excelencia a que debe hacer frente la jurisdicción constitucional en materia de derechos fundamentales. Como observan Serna y Toller “el resultado es que, en gran parte, la resolución de los litigios constitucionales pasa hoy por la elección de uno de los bienes jurídicos en juego y la preterición o anulación del otro”<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> SERNA Y TOLLER (2000) p. 3.



En el caso del supuesto conflicto entre libertad de trabajo y protección del trabajo, el peso dentro de nuestra cultura jurídica de la visión proteccionista característica del iuslaboralismo nacional, pudiera generar una inclinación apriorística, difícilmente resistible del juez constitucional, a favor de la intervención protectoria que tendría como contrapartida la anulación o asfixia de la libertad de trabajo incluso cuando ha sido el propio legislador democrático quien ha generado un ámbito de expresión de esta, como aparece de manifiesto en el fallo que se comenta. Aunque, como veremos enseguida, el TC haya recientemente dado una vuelta de timón.

## 9. CONCLUSIONES

Pienso que el TC debería reconducir la interpretación del artículo 19 N°16 de la Constitución hacia la libertad de trabajo, dejando de concebirla como un principio meramente residual y agonizante, destinado apenas a resguardar la generación voluntaria del contrato de trabajo, pequeña y débil, frente al principio supuestamente autónomo, opuesto y más fuerte de la protección constitucional del trabajo, concebido a su vez como un mandato interventor del mercado de trabajo. Debe considerar nuestro TC seriamente aquí una transvaloración ya que no existe ningún fundamento relevante para negar a la libertad de trabajo el puesto que la propia Constitución le asignó como gran principio informador de las relaciones laborales en Chile. En tal sentido, el papel del legislador laboral desde la Constitución no debiera ser concebido más como el de una suerte de verdugo o aniquilador de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones laborales en aras, supuestamente, de proteger de esa manera al trabajo dependiente. La función del legislador laboral debe ser reenfocada hacia la de legítimo delimitador de la libertad de trabajo el cual, al definir los confines de tal libertad se transfigura en preferente articulador de la misma con los demás derechos y libertades concurrentes. El papel del TC en este nuevo escenario tendería a ser menos protagónico que el de árbitro entre autonomía y protección, limitándose a velar porque el legislador no asfixie la libertad de trabajo en su función delimitadora conforme a los estándares del artículo 19 N°26 de la propia Constitución, en lugar de transformarse en legislador paralelo.

Resulta asaz esperanzador constatar cómo en una reciente sentencia del TC, también relativa a la constitucionalidad del inciso primero

del artículo 25 del Código del Trabajo, se impuso el voto que aquí estudiamos como minoritario, con sus mismos argumentos, que en definitiva respetan la racionalidad legislativa en la articulación de derechos y libertades y abandonan toda pretensión de constituir al TC en legislador paralelo<sup>20</sup>.

## 10. BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE, Eduardo (2008): *Derechos fundamentales* (LegalPublishing).
- BULNES, Luz (1980): “La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980”, *Revista de Derecho Público*, Vol. 28 (Universidad de Chile).
- CEA, José Luis (2004): *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II, Derechos, deberes y garantías* (Ediciones Universidad Católica de Chile).
- CAAMAÑO, Eduardo (2012): “Artículos 25, 25 bis y 26 bis. Historia de la Ley”, en *Código del Trabajo* (Abeledo Perrot-Thomson Reuters).
- EVANS, Eugenio (1999): *Los Derechos Constitucionales*. Tomo III (Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición).
- HALPERN, Cecily (2000): “Tutela laboral y transformaciones en el mercado de trabajo”, *Actualidad Jurídica*, Vol. 1 (Universidad del Desarrollo).
- POBLETE, Carlos (2001): “Los roles genéticos y funcional y la crisis del contrato individual de trabajo”, *Revista Laboral Chilena*, Vol. 98.
- SERNA, Pedro y TOLLER Fernando (2000): *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos* (La Ley).
- SOTO, Juan Carlos (s/a): “Delitos laborales (Parte General)”, separata del Magíster en Derecho Penal con mención en delitos económicos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

---

<sup>20</sup> Sentencia rol 2213-12, de 17 de enero de 2013.