

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO



TESIS DE GRADO

**“CONTRATO DE OBRA DE CONSTRUCCIÓN ENTRE
PARTICULARES COMO FIGURA JURÍDICA QUE PERMITE LA
VIOLACIÓN DE DERECHOS LABORALES DE LOS
TRABAJADORES.**

Univ. Egresada: Paola Alejandra Kahan Rivera

La Paz - Bolivia

2010

ÍNDICE

PORTADA.....	-I-
DEDICATORIA.....	-II-
AGRADECIMIENTOS.....	-III-
RESUMEN.....	-IV-
ÍNDICE.....	-V-
ABREVIATURAS.....	-XIII-

PARTE I

PARTE I	- 1 -
DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN (PERFIL DE TESIS).....	- 1 -
1. ENUNCIADO DEL TÍTULO DEL TEMA.....	- 1 -
2. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.....	- 1 -
3. PROBLEMATIZACIÓN DEL TEMA.....	- 4 -
4. DELIMITACIÓN DEL TEMA.....	- 5 -
4.1. Delimitación temática.....	- 5 -
4.2. Delimitación temporal.....	- 6 -
4.3. Delimitación espacial.....	- 6 -
5. FUNDAMENTACIÓN E IMPORTANCIA DEL TEMA DE LA TESIS.....	- 7 -
6. OBJETIVOS DE LA TESIS.....	- 9 -
6.1. Objetivo General.....	- 9 -

6.2. <i>Objetivos específicos.</i>	- 9 -
7. MARCO DE REFERENCIA.	- 10 -
7.1. <i>Marco Histórico.</i>	- 10 -
7.2. <i>Marco teórico.</i>	- 11 -
8. HIPOTESIS DEL TRABAJO.	- 13 -
8.1. <i>Identificación de variables.</i>	- 13 -
8.1.1. Variable independiente.	- 13 -
8.1.2. Variable dependiente.	- 14 -
8.2. <i>Categorías de análisis.</i>	- 14 -
8.3. <i>Nexo Lógico.</i>	- 14 -
9. MÉTODOS Y TÉCNICAS A UTILIZAR EN LA TESIS.	- 15 -
9.1. <i>Métodos.</i>	- 15 -
9.1.1. Métodos generales.	- 15 -
9.1.2. Métodos específicos.	- 15 -
9.2. <i>Técnicas a Utilizarse.</i>	- 16 -
9.2.1. Fuentes primarias.	- 16 -
a) Entrevistas.	- 16 -
b) Encuestas.	- 16 -
c) Técnicas bibliográficas.	- 17 -
10. ESQUEMA PROVISIONAL DE LA TESIS.	- 17 -
11. BIBLIOGRAFÍA.	- 18 -

PARTE II
DESARROLLO DEL TEMA

INTRODUCCIÓN.	- 20 -
 CAPÍTULO 1.	
CARACTERIZACIÓN DE LA SOCIEDAD BOLIVIANA Y SU TIPO DE DERECHO	- 29 -
 CAPÍTULO 2.	
BREVE RELATO HISTÓRICO SOBRE EL TRABAJO EN BOLIVIA ...	- 34 -
2.1. EL TRABAJO EN AMÉRICA PRECOLOMBINA.	- 34 -
2.2. EL TRABAJO DURANTE LA CONQUISTA Y LA COLONIA.	- 37 -
2.3. EL TRABAJO EN LA REPÚBLICA.	- 39 -
2.4. GRANDES LEYES SOCIALES.	- 43 -
 CAPÍTULO 3.	
EL DERECHO DEL TRABAJO.	- 47 -
3.1. EL DERECHO DEL TRABAJO.	- 47 -
3.2. ETIMOLOGÍA.	- 49 -
3.3. DEFINICIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO.	- 49 -
3.4. PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL.	- 50 -
3.4.1. Principio protector.	- 50 -

3.4.2. Principio de Irrenunciabilidad Laboral.	- 51 -
3.4.3. Principio de la Realidad.	- 51 -
3.4.4. Principio de la Continuidad Laboral.	- 51 -
3.4.5. Principio de la Intervención Estatal.	- 52 -
3.5. POSITIVACIÓN DE LOS PRINCIPIOS LABORALES.	- 52 -
3.5.1. Constitución Política del Estado.	- 53 -
3.5.2 Decreto Supremo N° 28699.	- 54 -
3.6. VÍNCULO DE SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA.	- 56 -

CAPÍTULO 4.

DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO	- 58 -
4.1. ANTECEDENTES GENERALES.	- 58 -
4.2. SUJETOS DE LA RELACIÓN INDIVIDUAL DEL TRABAJO.	- 63 -
4.2.1. Sujeto Empleador.	- 64 -
4.2.2. Sujeto Trabajador.	- 66 -
4.3. EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO.	- 68 -
4.4. DEFINICIÓN DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO.	- 72 -
4.5. REQUISITOS PARA LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.	- 76 -

CAPÍTULO 5.

MARCO TEÓRICO DE LOS CONTRATOS EN GENERAL.	- 77 -
5.1. TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS.	- 77 -
5.2. LEGISLACIÓN CIVIL BOLIVIANA EN CUANTO A CONTRATOS Y SU INTERPRETACIÓN.	- 83 -
5.3. DE LA CONTRATA DE OBRAS.	- 93 -
5.4. CONTRATOS INNOMINADOS.	- 102 -
5.5. SITUACIÓN DE LOS CONTRATOS DE OBRA DE CONSTRUCCIÓN PRIVADOS.	- 104 -

CAPÍTULO 6.

CAUSAS ECO-SOCIALES PARA EL DESARROLLO DE LA CONTRATACIÓN PRIVADA EN LA CONSTRUCCIÓN.	106 -
6.1. EL ESTADO DEL `52	106 -
6.2. MODIFICACIONES ESTRUCTURALES Y EL D.S. 21060.	108 -
6.3. CONTRATACIÓN Y LAGUNAS EN LA LEGISLACIÓN CIVIL.	109 -

CAPÍTULO 7.

DIFERENCIA ENTRE CONTRATO PRIVADO Y ADMINISTRATIVO DE CONSTRUCCIÓN DE OBRA	110 -
7.1. ELEMENTOS ESENCIALES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.	110 -
7.2. ELEMENTOS ESENCIALES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y SU RELACIÓN CON LOS PRIVADOS.	112 -
<i>7.2.1. Los criterios del sujeto de la jurisdicción aplicable y de la forma del contrato.</i>	113 -
<i>7.2.2. La voluntad de las partes y la calificación legislativa.</i>	114 -
<i>7.2.3. El servicio público y la utilidad pública como criterios determinantes del contrato administrativo en razón de su objeto.</i>	115 -
<i>7.2.4. Las cláusulas exorbitantes.</i>	115 -
<i>7.2.5. Otros criterios:</i>	116 -
<i>7.2.6. La función administrativa y la causa del contrato.</i>	118 -
<i>7.2.7. Continuación: efectos respecto de terceros.</i>	120 -
<i>7.2.8. El contrato administrativo como acuerdo sobre una declaración de voluntad común.</i>	120 -

CAPÍTULO 8.

CONTRATO DE OBRAS COMO FORMA DE FLEXIBILIZACIÓN EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA Y LAS NORMAS JURÍDICAS ÚLTIMAS DICTADAS EN LA REGIÓN. - 123 -

8.1. REPÚBLICA DE CHILE.	- 123 -
8.1.2. Análisis	- 130 -
8.2. REPÚBLICA DEL ECUADOR.....	- 130 -
8.2.1. Análisis.	- 154 -
8.3. REPÚBLICA DEL PERÚ.	- 155 -
8.3.1. Análisis	- 158 -

CAPÍTULO 9

LEGISLACIÓN LABORAL BOLIVIANA ACTUAL RESPECTO AL TEMA - 159 -

9.1. CONTEXTO POLÍTICO DE LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA ACTUAL.	- 159 -
9.2. CONSTITUCIÓN REAL Y CONSTITUCIÓN FORMAL.	- 162 -
9.3. SUBLEVACIÓN GENERAL CONTRA EL NEOLIBERALISMO.....	- 164 -
9.4. LA CORRELACIÓN DE FUERZAS ACTUAL.	- 164 -
9.5. CONDICIONES HISTÓRICAS PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN.....	- 165 -
9.6. FUNDAMENTOS POLÍTICO FILOSÓFICOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN.	- 167 -
9.7. EL RÉGIMEN SOCIAL EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO.....	- 169 -
9.7.1. Transcripción del denominado régimen social de la Constitución Política del Estado:.....	- 169 -
9.7.2. Análisis de los contenidos de cada artículo y su significación en conjunto:	- 174 -
9.8. LEGISLACIÓN SECUNDARIA DICTADA POR EL GOBIERNO DESDE EL AÑO 2006.	- 179 -
9.8.1. Decreto Supremo Nº 28699.....	- 180 -

9.9. ANÁLISIS DEL D.S. 28699.	- 189 -
9.10. DECRETO SUPREMO Nº 0107.	- 191 -
9.10.1. Análisis del Decreto Supremo Nº 0107.	- 194 -
9.11. DECRETO SUPREMO Nº 0108.	- 195 -
9.12. DECRETO SUPREMO No. 288 DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2009.	- 199 -
 CAPÍTULO 10	
NECESIDAD DE TIPIFICAR EL CONTRATO DE OBRA DE	
CONSTRUCCIÓN ENTRE PARTICULARES.....	- 205 -
10.1. SUS ELEMENTOS ESENCIALES.	- 205 -
10.2. REQUERIMIENTO DEL SECTOR PARA SU TIPIFICACIÓN.....	- 208 -
 CAPÍTULO 11.	
PROPUESTA DE CONTRATO DE OBRA DE CONSTRUCCIÓN ENTRE	
PARTICULARES	- 209 -
11.1. PROPUESTA DEL CONTRATO.....	- 209 -
11.2. MODELO DE CONTRATO PROPUESTO.....	- 210 -
11.3. ANÁLISIS DEL MODELO.	- 226 -
11.3.1. Desventajas de usar los diversos tipos de contratos.	- 226 -
11.3.2. Ventajas de usar un contrato tipo.....	- 227 -
 CAPÍTULO 12.	
CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS JURÍDICAS Y SOLUCIONES	
AL PROBLEMA PLANTEADO EN LA TESIS.	- 228 -
12.1 RESPECTO A LOS CONTRATOS DE OBRA ENTRE PARTICULARES.	- 228 -
12.2. RESPECTO A LOS CONTRATOS DE OBRA CON LOS TRABAJADORES.	- 236 -

CAPÍTULO 13.

ESTADÍSTICAS - 240 -

13.1. ANÁLISIS ESTADÍSTICOS DE PRECIOS DE MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN Y SALARIOS DE TRABAJADORES.- 240 -

13.2. ANÁLISIS ESTADÍSTICOS DE SALARIOS DE LOS TRABAJADORES DE LA CONSTRUCCIÓN.....- 248 -

CAPÍTULO 14.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES - 254 -

14.1. CONCLUSIONES.....- 254 -

14.2. RECOMENDACIONES.....- 259 -

BIBLIOGRAFÍA.....-XIV-

ANEXOS.....-XVII-

ABREVIATURAS

- ❖ **Abrg:** Abrogado.
- ❖ **Art:** Artículos.
- ❖ **C.C:** Código Civil
- ❖ **C.I:** Carnet de Identidad.
- ❖ **Cgo:** Código.
- ❖ **Cit:** Cita.
- ❖ **Cnl:** Coronel.
- ❖ **CPE:** constitución Política del Estado.
- ❖ **D.S:** Decretos Supremos.
- ❖ **DBC:** documentos base de contrataciones.
- ❖ **DINSE:** Dirección Nacional de Servicios Educativos (DINSE)
- ❖ **DL:** Decreto Ley.
- ❖ **Ej:** Ejemplo.
- ❖ **Etc:** etcetera.
- ❖ **FUNDEMPRESA:** Fundación de Empresas.
- ❖ **INE:** INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA.
- ❖ **MAS:** Nombre de partido político “Movimiento Al Socialismo”
- ❖ **NIT:** Número de Identificación Tributario.
- ❖ **Nº:** Número.
- ❖ **OIT:** Organización Internacional del Trabajo.
- ❖ **RM:** Registro Municipal.
- ❖ **S.A:** Sociedad Anónima.
- ❖ **Sgtes:** Siguietes.
- ❖ **UFV's:** Unidad de Fomento a la Vivienda.

PARTE I

DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

(PERFIL DE TESIS)

1. ENUNCIADO DEL TÍTULO DEL TEMA.

“CONTRATO DE OBRA DE CONSTRUCCIÓN ENTRE PARTICULARES COMO FIGURA JURÍDICA QUE PERMITE LA VIOLACIÓN DE DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES”

2. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.

Existe plena relación entre las condiciones históricas y sociales de los pueblos con las normas jurídicas que las expresan. Es relativamente fácil advertir que ante la imposición de un sistema social nuevo, se produce también la implementación de una nueva legislación que le corresponde. A pesar de lo anterior existen formas jurídicas que han asumido un carácter prácticamente universal, ya que su alto nivel de abstracción las hace aplicables a distintas realidades. Estas formas jurídicas universales, sin embargo y a pesar de su extensión lógica, no pueden apartarse ni contradecir la realidad que juridizan.

Nuestro país en los últimos 60 años ha vivido una suerte de modificación histórica-social que se ha traducido en 3 épocas o momentos fundamentales para su existencia. La primera de ellas fue la Revolución Nacional iniciada en abril de 1952, y que transformó las condiciones e

instituciones correspondientes al Estado de la rosca minero-feudal. En tal sentido avanzó en la nacionalización de las minas, la reforma agraria, el voto universal y las campañas de alfabetización; se creó un Estado de carácter social.

La segunda gran transformación se produjo a partir de agosto de 1985, cuando con el D.S. 21060 se produjo el ingreso de Bolivia en el denominado neoliberalismo o economía de libre mercado, como parte de la globalización de economía mundial; lo cual implicó el redimensionamiento (achicamiento) del Estado, privatización de recursos naturales renovables y no renovables así como de las empresas estatales, también el desmantelamiento de los derechos laborales.

La tercera transformación se inicia con las sublevaciones del abril del 2000, la elección de Evo Morales como presidente y con la Nueva Constitución Política del Estado (NCPE), básicamente con el control de los recursos naturales por parte del Estado y los pueblos y naciones originarios, la recuperación de las empresas estatales por parte del pueblo y los trabajadores, se da retorno a formas económicas de capitalismo de Estado asociadas a la denominada forma económica comunitaria (comuna campesina, empresas sociales, cooperativas, pequeña y micro empresas), en detrimento de la economía privada, y con fuerte contenido social y laboral.

En cuanto al tema de la tesis, hemos de observar que la legislación civil vigente fue condicionada grandemente por el proceso de la Revolución Nacional, el capitalismo de Estado, cuando dicho Estado tenía el control hegemónico de la economía y era su principal agente. En efecto, nuestro Código Civil (CC) fue aprobado mediante el Decreto Ley No. 12760 de 7 de agosto de 1975, durante el gobierno del Gral. Hugo Bánzer S., a pesar de la orientación económica privatista y de la política de fronteras abiertas de dicho régimen en cuanto a importaciones y exportaciones, a pesar de ello el régimen no pudo escapar del sistema capitalista de Estado ni de su legislación.

Los Arts. 732 al 747 del CC se refieren al Contrato de la Obra. El Art. 532 del CC señala: “I. Por el contrato de obra el empresario o contratista asume, por sí solo o bajo su dirección e independientemente, la realización del trabajo prometido a cambio de una retribución convenida. II. El objeto de este contrato puede ser la reparación o transformación de una cosa, cualquier otro resultado de trabajo o la prestación de servicios”. En consecuencia, se trata de un contrato entre privados, entre empresarios, principalmente para la realización o construcción de edificaciones.

Conforme se observa del resto de artículos mencionados, el CC hace mucho hincapié en el control del comitente, dando a entender que por lo general dicho comitente o contratante es o será el Estado, por otra parte el contratista o empresario constructor es privado. Seguramente esa relación hegemónica entre comitente estatal y contratista privado fue lo fundamental desde 1952 a 1985. Pero a partir de 1985, al disminuirse drásticamente el papel del Estado en la economía, los sujetos de la relación contractual de este tipo de contratos, son privados.

En un contexto económico en el cual el neoliberalismo propugna el libre mercado y por tanto la competencia en el mercado, las empresas que sean competitivas serán aquellas que disminuyan sus costos de operación, aquellas que puedan bajar precios y ofrezcan a los comitentes mejores precios para sus construcciones.

Asumiendo que existan empresas comitentes de similar categoría, o de iguales condiciones, es obvio que sus precios tenderán a ser los mismos; asimismo, siendo que los materiales de construcción también tienen un costo medio similar, será difícil obtener ventaja en este rubro. Por tanto, la única manera de disminuir el costo o precio de operación o de producción del servicio, será rebajando el costo de los trabajadores, a tal efecto se procederá a disminuir salarios, a evitar cancelar derechos como la prima, aguinaldo, vacación, bono de antigüedad, etc.

En este sentido, el contrato de obra al no estar regulado mayormente por la legislación civil, comercial y laboral, implica una figura jurídica mediante la cual se produce la violación de derechos laborales.

Pero además, y aunque parezca absurdo, los comitentes aplican el mismo Art. 732 del CC, para la contratación de trabajadores. De tal manera que por esta vía la contratación de trabajadores se convierte en contrato civil, sin ningún derecho para los trabajadores, y se viola totalmente la Ley General del Trabajo, ya que se encubre la verdadera relación contractual laboral por otra relación ficticia de carácter civil.

3. PROBLEMATIZACIÓN DEL TEMA.

Si bien la legislación establece que el derecho laboral es de orden público y cumplimiento obligatorio, lo que en la realidad sucede es que las empresas constructoras que suelen pactar contratos de obra, bajo la excusa de que se trata de contratos de orden civil, conforme a lo dispuesto por el Código Civil indican que la legislación laboral no tiene ninguna aplicación en ese ámbito que es un ámbito privado. Bajo la división histórica que realizó en su momento Ulpiano en Roma.

Los contratos civiles son pactados bajo la libre voluntad de las partes y sin obligación mayor que la que se establece en las cláusulas respectivas, pero además pactan a través del mismo tipo de contrato de obra o construcción con sus trabajadores, colocándolos en calidad de sujetos de derecho civil con los mismos derechos que cualquier contratante civil, sin embargo existe plena conciencia de que en realidad se trata de contratos laborales y que la relación es obrero-patronal, empero, no se toma de esa manera y se violan los derechos de los trabajadores.

Se trata de un problema gravísimo que no puede continuar en la impunidad, dicho problema atinge a un inmenso sector de trabajadores de la construcción y merece ser solucionado:

- ¿Por qué los empresarios privados aplican la legislación civil en contratos laborales?
- ¿Por qué la disminución de costos de producción, servicios u operaciones debe recaer sobre los magros salarios y beneficios de los trabajadores?

- ¿Por qué ni la Caja Nacional de Salud, ni las Administradoras de Fondos de Pensiones realizan operativos para evidenciar esta modalidad de evasión en cuanto a la seguridad social de los trabajadores?
- ¿Cuál es la razón para que el Ministerio del Trabajo no haga nada para obligar a estas empresas al cumplimiento de la norma legal?
- ¿Cómo se puede solucionar y superar este problema?

4. DELIMITACIÓN DEL TEMA.

4.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA.

El tema de la tesis está limitado por el contrato de obra como especie de los contratos civiles, en lo relativo a su aplicación o impacto en el derecho del trabajo, en particular a los derechos de los trabajadores.

Lo que nos interesa analizar es el contrato de obra entre particulares; no así el contrato de obra entre el Estado y los particulares, aunque habrá que hacer la referencia necesaria en lo que corresponda en su momento.

Dentro del tema del contrato de obra entre particulares, queremos establecer los fundamentos teóricos que explican las razones por las cuales a tiempo de establecer precios para la construcción, se castiga el salario (directo e indirecto) de los trabajadores y se los disminuye a niveles dramáticos de subsistencia individual, para abaratar costos; pero como no existe ninguna regulación sobre el particular, y como se trata de ser empresas privadas competitivas, se sacrifica el salario de los trabajadores en aras de dicha competitividad en el mercado.

Los mecanismos para ello, la manera de realizar, los ítems o conceptos que se recortan, el impacto en cuanto al salario de estos recortes, la situación de indefensión laboral de los trabajadores, etc. Todo ello está dentro de nuestra delimitación temática, inclusive el uso o abuso

de la figura de los contratos de obra, como equivalentes o sinónimos de los contratos de servicios, que tienen como objeto burlar los derechos sociales que corresponderían en el caso de que se utilizaran contratos laborales, que son los que realmente corresponden a estos trabajadores.

4.2. DELIMITACIÓN TEMPORAL.

El tema del trabajo escogido implica que temporalmente delimitemos el tema, desde el mes de abril del 2000 hasta el mes de diciembre del 2008. Esto porque queremos establecer si existe diferencia en la aplicación de estos contratos de obra en tiempos todavía neoliberales a tiempos como el que se inaugura con dicha sublevación inicial del 2000 pero que se consolida recién en diciembre de 2005 con el arribo al gobierno de una tendencia económica y política que pretende diferenciarse de lo neoliberal, desde el ámbito de lo plurinacional, estatal y social.

Es obvio que habrá que hacer revisiones histórico-jurídicas de antecedentes del contrato de obra desde Roma antigua, su evolución histórica general, el Código Civil Napoleón de 1804, el Código Civil Santa Cruz de 1831, el impacto de la Constitución Social de 1938 y la Revolución Nacional de 1952, el Código Civil Bánzer de 1975, el D.S. 21060 de 1985, hasta el momento del estudio de la tesis como tal; pero todo esto sólo como referencia histórica y contexto jurídico.

4.3. DELIMITACIÓN ESPACIAL.

Siendo que el contrato de obra civil y su aplicación en materia laboral es de aplicación en todo el territorio de la república, se entiende que su estudio debe ser realizado en ese ámbito geográfico. Aunque los casos y la investigación de campo se circunscribirá principalmente a las ciudades de La Paz y El Alto.

5. FUNDAMENTACIÓN E IMPORTANCIA DEL TEMA DE LA TESIS.

Realizar el estudio y análisis de la situación real por la que atraviesan los trabajadores de la construcción privada, y explicar las causas materiales y formales para dicha situación, es por demás importantísimo, puesto que explicado el problema desde sus causas permite establecer cómo son explotados estos trabajadores y cómo deberán hacer para su liberación, por lo menos en cuanto al cumplimiento de la ley laboral a su favor respecta. Esto es por demás suficiente para fundamentar la enorme importancia de esta tesis.

La Revolución Nacional de 1952 impuso el capitalismo de Estado. Al convertirse el Estado en el principal agente y protagonista de la economía, todas las esferas de la realidad nacional giraban a su alrededor. Así, el Estado era el principal consumidor de bienes y servicios, el principal vendedor de bienes y servicios, y por supuesto el fundamental contratante en cuanto a la realización de obras de construcción, tanto en edificaciones (escuelas, hospitales, edificios públicos, etc.), como en vías (caminos, calles, puentes), etc. Los sectores empresariales de la economía privada se desarrollaron a la sombra del Estado, ya sea vendiéndole o comprándole todo aquello que el Estado necesitaba.

Siendo esa la realidad, sucede que la relación contractual en materia civil, era la del Estado por una parte como comitente o sujeto activo, y por otra las empresas privadas como contratistas. Eso implicó que los ministerios, prefecturas, alcaldías y empresas o instituciones autónomas, autárquicas o semi autárquicas fueran las que realizaban las contrataciones de empresas privadas para cumplir sus fines. Notoriamente la legislación civil en cuanto al contrato de obra tiene un sesgo estatista, de tal manera deja entrever que la relación contractual debe darse entre el Estado y la empresa privada constructora, aunque permite entender que esta relación también puede darse entre particulares o empresarios privados.

En general la legislación y en particular el Código Civil fueron elaborados conforme a esa situación concreta histórica. Por las condiciones señaladas, y a pesar de que varios años, entre 1952 y 1985 estuvieron ligados a gobiernos militares casi siempre vinculados al empresariado privado, la base económica de todos aquellos gobiernos fue el capitalismo de Estado. A pesar de que se podría pensar que el Código Civil por pertenecer al derecho privado no tendría relación con lo estatal, la realidad del estatismo absorbente y de una legislación que la reflejaba fue distinta. Pero, en esta realidad, con la fuerza de los trabajadores organizados sindicalmente, con una muy fuerte legislación social, y con administradores de la justicia laboral (juzgados del trabajo y seguridad social y Ministerio del Trabajo) que aplicaban los principios del derecho laboral, los trabajadores se hallaban muy bien protegidos.

Por otra parte, tanto las prefecturas como las alcaldías tenían gran cantidad de trabajadores en construcción u obras, todos ellos sindicalizados y organizados, que realizaban los trabajos de sus instituciones. Por contrapartida, los trabajadores constructores o de obras en las empresas privadas, asumían que sus derechos (proclamados por la Ley General del Trabajo y el resto de la legislación laboral) eran los mismos (y por supuesto que lo eran) que los de los trabajadores estatales, de tal manera que en los contratos de obras o de construcción entre el Estado y los particulares, los trabajadores de éstos últimos asumían los mismos derechos que los trabajadores estatales.

La situación varió a partir de 1985, ya que las contrataciones de obras comienzan a realizarse masiva y hegemónicamente entre particulares, dejando de lado al Estado. Además que el nuevo modelo económico debilitó gravemente a los trabajadores sindicalizados en particular, pero además eliminó a las formas sindicales en los trabajadores camineros. En cuanto a las alcaldías, el sector de trabajadores en obras fue despedido masivamente, situación similar se observó en las prefecturas. Todo ello disminuyó la capacidad de defensa de derecho o de negociación de este tipo de trabajadores, y su resultado fue un debilitamiento general en cuanto a la capacidad de auto defensa de los trabajadores de este sector, ya estatal o privado.

Todo esto significó la debilidad de los trabajadores en las empresas privadas, de ahí que los contratos de obras entre particulares o privados implica, a nuestro juicio, que el peso de la

disminución de los costos de operación o producción recaiga sobre los trabajadores, o sea la eliminación de derechos laborales para hacer a los empresarios privados mucho más competitivos.

6. OBJETIVOS DE LA TESIS.

6.1. OBJETIVO GENERAL.

Demostrar en lo teórico-doctrinal y en derecho positivo, el abuso del que se hace uso en la aplicación de los contratos civiles de obra para burlar y violar los derechos sociales y laborales de los trabajadores, tanto para tenerlos bajo un régimen de contratación civil sin derechos laborales, como para explotar y descargar sus costos sobre los trabajadores a objeto de obtener mayor competitividad empresarial.

6.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

Develar el mecanismo mediante el cual los empresarios privados o particulares a tiempo de pactar sus contratos de obra, proceden a eliminar todos los ítems económicos que benefician a los trabajadores.

Establecer las modalidades en cuanto a contratos, por los que los empresarios particulares suscriben contratos civiles de “obra” con los trabajadores, convirtiéndolos en sujetos o partes civiles.

Establecer la modalidad jurídica necesaria para la regulación de este tipo de contratos en lo que corresponde a los derechos laborales de los trabajadores.

7. MARCO DE REFERENCIA.

7.1. MARCO HISTÓRICO.

Es preciso hacer un estudio del origen del contrato de obras en Roma, luego su evolución hasta la Revolución Francesa. Después se deberá establecer la importancia del Código Civil Napoleón, el Código Civil Santa Cruz, los cambios sobrevenidos con el ordenamiento civil de fines del siglo XIX, los cambios acontecidos luego de la guerra del Chaco, la nueva realidad que impuso la revolución del 52, el Código Civil Bánzer, el D.S. 21060 y finalmente las transformaciones operadas en el país desde abril del 2000 al presente.

Estos momentos históricos y jurídicos deben estar acompañados del estudio económico, social y político que les corresponde. Sólo así podrán ser entendidos y dilucidados.

Es por esto que es imprescindible estudiar los condicionamientos económico-sociales que se relacionan e inter dependen en este tipo de contratación.

Se debe avanzar en el estudio del derecho civil romano, del desarrollo de su sistema de contratos y la profunda diferenciación que realizan los jurisconsultos romanos entre el contrato de obra (por lo general de construcción) y el contrato de obras (contrato laboral).

De allí se tiene que investigar el desarrollo de los contratos de obra y de obras durante la Edad Media. Habrá que ver entonces a los glosadores y los post-glosadores, las pandectas, y verificar en el derecho canónico y en el eclesiástico.

Para el caso de la época de la colonia, sería fabuloso poder encontrar alguna referencia normativa en la Legislación de Indias que se aplicó en América española.

Luego es importante estudiar el periodo de la Revolución Francesa de 1789 y desarrollo del denominado derecho moderno. En este sentido es clave el Código Civil Napoleón de 1804.

En el caso boliviano, además de las referencias que corresponden a la legislación española que se aplicó en la colonia, habrá que hacer referencia a los últimos años de dominación hispánica y las normas legales que se impusieron en 1812 y 1818, para luego estudiar el Código Civil Santa Cruz, y sus ordenamientos posteriores lo que quedó del siglo XIX y luego en los primeros 50 años del siglo XX. De ahí en más se tiene que estudiar a profundidad, en lo jurídico y sus implicaciones de derecho, todo lo relativo a la revolución de 1952. Para en forma posterior pasar al estudio de nuestro actual y vigente Código Civil Banzer.

Finalmente se tiene que realizar el estudio de las modificaciones históricas que se viven en nuestro país a partir del 2000. Y para finalizar, se tiene que hacer un estudio y análisis en todo lo que corresponda a nuestro caso en lo que hace a la Nueva Constitución Política del Estado.

7.2. MARCO TEÓRICO.

El marco teórico tiene relación con la teoría general de los contratos, con los contratos de obras, con la legislación comparada y nacional sobre los contratos de obras. Asimismo hay que observar el resto de legislación sobre el particular que confirma nuestros primeros acercamientos. Sobre ello se debe relacionar lo relativo a los contratos en materia laboral, y del derecho laboral se tiene que pasar a demostrar cómo por vía de este tipo de contratos de obras entre particulares, la tendencia necesaria es la rebaja o disminución de derechos laborales. Es decir que se establecería una regla general que acredite que ante la existencia de contratos de obras entre particulares, el resultado será la pérdida de derechos laborales de los trabajadores.

De ahí que sea necesario e imprescindible, el que se proceda a una regulación por parte del Estado para evitar que en este sector económico se continúe transgrediendo la legislación laboral.

Una regulación deberá hacer que los privados contratantes tengan las mismas obligaciones ante el Estado y los trabajadores, y por tanto les sea imposible disminuir costos de producción a través de la eliminación de los derechos de sus trabajadores. Una regulación que implique las mismas reglas de juego para todos los sujetos de estos contratos, y por tanto que beneficie a los trabajadores, lo contrario debería entenderse como competencia desleal y ser sancionada por el Estado.

Es necesario comprender que tanto la Constitución Política del Estado de 1967 (1994 - 2004) como la Nueva Constitución Política del Estado (2009) tienen fuertes rasgos pertenecientes al constitucionalismo social, de manera tal que el derecho laboral está plenamente defendido y los trabajadores protegidos. Lo propio debemos señalar respecto a la Ley General del Trabajo y el resto de la legislación social y laboral boliviana, normas jurídicas que permiten la protección de los derechos de los trabajadores.

Pero, los empresarios han creado una especie de oasis en la cual no ingresa el derecho laboral ni por tanto la Ley General del Trabajo.

A partir de la manipulación de los contratos de obra para la realización de construcciones, los empresarios particulares, realizan una continuación como si fuera secundaria o derivada en lo que corresponde a los contratos con sus trabajadores, los cuales llegan a quedar en calidad de sujetos de contratación civil.

Algo así como la aplicación del axioma civil de que lo accesorio sigue a lo principal. Este criterio pudo tener sentido en Francia en 1804 o en Bolivia en 1831, pero en el siglo XX con el desarrollo y autonomía del derecho laboral, ya no tiene ningún sentido, ni siquiera llega a ser un anacronismo, simplemente es ilegal.

Es preciso realizar todos estos estudios y análisis jurídicos, desde metodología jurídica y sobre objeto jurídico. Con visión de juristas y no sólo de investigadores sociales.

El estudio de todas estas normas jurídicas y su relación jerárquica dentro del sistema normativo demostrará cómo mediante este tipo de contratos se procede a la flexibilización de derechos laborales, pero además existe un nivel de explotación inhumano, ya que la rebaja de costos de operación implica hambre, miseria y muerte para los trabajadores.

8. HIPOTESIS DEL TRABAJO.

La hipótesis es un paso fundamental para iniciar ciertos trabajos de investigación, es una respuesta provisional, una conjetura sujeta a comprobación, que se propone a una pregunta o problema.

Nuestra hipótesis es:

Si no existe una regulación normativa jurídica concreta que obligue a las empresas privadas o particulares a respetar la legislación laboral a tiempo de realizar contratos de obras ente ellos; entonces se producirá la eliminación de derechos laborales como resultado de la necesidad de dichos particulares de disminuir sus costos y ser más competitivos a costa de los derechos de los trabajadores.

8.1. IDENTIFICACIÓN DE VARIABLES.

8.1.1. VARIABLE INDEPENDIENTE.

“Si no existe una regulación normativa jurídica concreta que obligue a las empresas privadas o particulares a respetar la legislación laboral a tiempo de realizar contratos de obras ente ellos;...”

8.1.2. VARIABLE DEPENDIENTE.

“...; entonces se producirá la eliminación de derechos laborales como resultado de la necesidad de dichos particulares de disminuir sus costos y ser más competitivos a costa de los derechos de los trabajadores”.

8.2. CATEGORÍAS DE ANÁLISIS.

- Legislación civil.
- Código Civil.
- Contratos de obras.
- Legislación laboral.
- Ley General del Trabajo.
- Contrato de obra.
- Contrato de obras.
- Principios del derecho laboral.
- Capital constante y capital variable.
- Costos de producción.
- Formación social.
- Capitalismo de Estado.
- Capitalismo de libre mercado.
- Neoliberalismo.

8.3. NEXO LÓGICO.

El nexo lógico entre la variable independiente y la variable dependiente se encuentra representado por la palabra-concepto: “entonces”, la cual tiene sentido de efecto, debido a que la variable independiente está condicionando a la variable dependiente mediante la palabra concepto: “Si”.

9. MÉTODOS Y TÉCNICAS A UTILIZAR EN LA TESIS.

9.1. MÉTODOS.

9.1.1. MÉTODOS GENERALES.

- a) **Método histórico-lógico:** Este método nos ayuda a hacer un seguimiento lógico de los acontecimientos históricos en el tema, para finalmente encontrar y realizar un mejor análisis relacionando el análisis de la historia y lo social con lo formal y lo lógico de la norma.
- b) **Método inductivo:** Con este método podemos hacer un estudio comenzando por lo particular, buscando las causas particulares, para de esta manera llegar a deducir el problema general para así plantear la solución en base a un estudio minucioso de las causas y plantear soluciones de manera general.
- c) **Método dialéctico:** El método dialéctico es aquel que nos permite realizar el estudio de las contradicciones que generan pugna en la esencia misma de los hechos, en sus relaciones en los procesos de desarrollo.

En tal sentido el presente método será el que nos ayude a realizar un análisis crítico del problema.

9.1.2. MÉTODOS ESPECÍFICOS.

- a) **Método exegetico:** El cual nos permite determinar cuáles han sido los motivos o causas finales, tanto de los elementos objetivos y subjetivos que el legislador ha incorporado en

nuestro ordenamiento jurídico. Deberá tenerse en cuenta siempre el sub-método gramatical y la intención del legislador para la comprensión de la norma jurídica.

En tal sentido importa observar los estudios de comparación, de utilización de jurisprudencia, de la concordancia entre normas jurídicas, etc.

- b) **Método de las construcciones jurídicas:** Este método plantea analizar todas las instituciones jurídicas que se asemejan y se complementan para la investigación e interpretación de las mismas en un sentido concatenado e interrelacionado.

9.2. TÉCNICAS A UTILIZARSE.

9.2.1. FUENTES PRIMARIAS.

A) ENTREVISTAS.

Se las hará a los jueces, funcionarios subalternos, vocales, abogados laboristas, economistas y todos aquellos que por su profesión, oficio y dedicación a la materia tienen conocimiento del asunto.

B) ENCUESTAS.

Se realizarán a un mayor espectro de especialistas en la materia para conocer cuál es el porcentaje y las opiniones sobre el tema en cuestión o en investigación.

C) TÉCNICAS BIBLIOGRÁFICAS.

La información general proviene de libros, documentos, boletines, revistas y artículos de prensa especializados en la materia y el tema que estamos tratando y que nos ayudan a obtener información sobre el tema de investigación.

10. ESQUEMA PROVISIONAL DE LA TESIS.

- Título.
- Dedicatoria.
- Agradecimiento.
- Presentación.
- Introducción (perfil de tesis, deslinde terminológico, conceptos fundamentales).
- Capítulo I. Teoría de los contratos (civiles y laborales).
- Capítulo II. El Contrato de Obra.
- Capítulo III. El Contrato de Obras.
- Capítulo IV. Situación de las empresas constructoras en la actualidad.
- Capítulo V. Estudio y análisis concreto de contratos de obra.
- Capítulo VI. Estudio y análisis concreto de contratos de obras.
- Capítulo VII. Flexibilización de derechos laborales en los contratos de obra.
- Capítulo VIII. Necesidad de regular desde el derecho del trabajo a los contratos de obra.
- Capítulo IX. Aplicación del Art. 12 de la Ley General del Trabajo a la relación obrero-patronal en los contratos de obra (DL 16187, RM 283/62, RM 193/72, D.S. 28699).
- Capítulo X. La Nueva Constitución Política del Estado en su capítulo de derechos laborales.
- Capítulo XI. Formas de enfrentar y solucionar el problema de la ilegal aplicación de contratos de obra.

- Capítulo XII. Conclusiones.
- Capítulo XIII. Recomendaciones.
- Capítulo XIV. Propuesta normativa.
- Capítulo XV. Anexos.
- Capítulo XVI. Bibliografía.
- Índice.

11. BIBLIOGRAFÍA.

- **ROBERTS BARRAGÁN HUGO.**

La Revolución del 9 de Abril.

Cooperativa de Artes Gráficas E. Burillo Ltda.

La Paz-Bolivia - 1971.

- **SOLANO CHUQUIMIA FRANZ.**

La Revolución Nacional y el Restablecimiento de la Democracia.

Colegio Nacional de Historiadores de Bolivia-Producciones CIMA.

La Paz-Bolivia - 2005.

- **RAMOS SÁNCHEZ PABLO.**

¿Hacia dónde va el Neoliberalismo?

Imprenta de la Universidad Mayor de San Andrés.

La Paz-Bolivia - 1987.

- **MORALES GUILLÉN CARLOS.**
Código de Comercio, concordado y anotado.
Editorial Gisbert y Cia. S.A.
La Paz - 1981.

- **PLÁ RODRÍGUEZ AMÉRICO.**
Los conflictos de Trabajo.
Imprenta el Siglo Ilustrado
Montevideo-Uruguay - 1947.

- **CARIAGA LANE JUAN.**
Introducción a los Modelos Macroeconómicos, Fondo de Cultura Económica.
Editorial Los Amigos del Libro.
La Paz-Bolivia - 2002.

- **DE CHAZAL PALOMO JOSÉ ANTONIO.**
Fundamentos de Derecho Laboral y Social.
Editorial Sirena.
Santa Cruz - 1996.

- **CENTRO DE ESTUDIOS PARA EL DESARROLLO LABORAL Y AGRARIO (CEDLA).**
Empleo condiciones laborales en la ciudad de La Paz Dossier Estadístico No. 7.
La Paz -Bolivia – 2000.

PARTE II

DESARROLLO DEL TEMA.

INTRODUCCIÓN.

Las instituciones del derecho del trabajo, constantemente se ven amenazadas por otras materias jurídicas que invaden su espacio y reducen sus potencialidades. Tal situación acontece con el derecho civil, que constantemente avasalla territorios propios del derecho laboral, ese el caso de los contratos de obra entre particulares, el cual por diversos motivos y por diferentes caminos penetra en el derecho del trabajo y genera situaciones de desamparo jurídico para los trabajadores.

Estas conductas de avasallamiento o invasión en el terreno propio del derecho laboral con destrucción o vulneración de conquistas y derechos sociales es lo que denominamos de manera general como flexibilización laboral.

La confusión existente entre el contrato de obra y el contrato de obras, así como aplicación consciente y manifiesta en las relaciones contractuales entre empleadores y trabajadores de la construcción, implica la violación abierta e incluso deliberadamente malintencionada de los derechos y garantías de los trabajadores.

Son estos aspectos los que debemos estudiar a profundidad, para lo cual no existe mayor alternativa que realizar un estudio previo del derecho civil, sus contratos, y su relación con el tema que tratamos.

El contrato de obra pertenece al derecho civil. Sin embargo y a pesar de ello, los empleadores en Bolivia lo utilizan de manera normal y natural en materia laboral. De esta situación real es de donde nace la idea de realizar el presente estudio, con la finalidad teórica y práctica de demostrar que se está utilizando de manera absolutamente ilegal y contra toda lógica jurídica a los contratos de obra para realizar contratación directa de trabajadores, forzando la aplicación o utilización de los contratos de servicios civiles, como un híbrido denominado contrato de servicios de obra, o contrato de obra y servicios.

En todo caso, el objetivo de esta aplicación irregular, es burlar o vulnerar los derechos sociales y laborales de los trabajadores, ya que mediante este sistema, los empleadores hacen de cuenta o simulan una relación contractual civil y no así laboral. Lo cual genera e implica una inmensa cantidad de beneficios para dichos empleadores, con grave perjuicio para los trabajadores. Aspectos estos que se desarrollarán a lo largo de la tesis.

La aparente confusión en cuanto a la utilización de los contratos de obra, radica en la denominación de los contratos de obras. Es bastante conocido que en la antigua Roma, parte del proceso de proletarización en el trabajo por los esclavos, se produjo con la aparición de los contratos de obras, que en los hechos constituyeron verdaderos contratos de trabajo. A diferencia de los contratos de obra, que siempre estuvieron relacionados con la relación contractual mediante la cual dos sujetos civiles (hoy diríamos empresarios) pactan contrato para la construcción de edificaciones, de inmuebles.

Semánticamente, en el caso que estudiamos, la sutil diferencia que existe entre un contrato y otro es una letra, la letra “s”. El de obra es un contrato de construcción, el de obras es el antiguo contrato civil de servicios. Pero jurídicamente y en esencia, la diferencia es abismal.

El contrato de obra es un contrato civil típico y nominado. El de obras fue un contrato civil de servicios que se utilizó en el siglo XIX, para explicar al contrato de servicios; dentro del desarrollo del derecho romano, que fue tomado por la revolución francesa desde 1789 y luego por el Código Civil Napoleón de 1804, llegando a nosotros en el Código Civil Santa Cruz de

1831. Es pues necesario estudiar de manera general a los contratos, luego a los contratos de obra, a los contratos de obras y finalmente a los contratos individuales de trabajo.

El tema del presente trabajo, está inserto de manera genérica en el de los contratos, pero en cuanto a su especie nos encontramos con una modalidad de contrato innominado, cuyas características esenciales son: la consensualidad, la libre discusión, la bilateralidad y onerosidad; esto por lo general.

En materia civil existe la necesidad de implementar la tipicidad de un modelo de contrato que pueda llenar el vacío entre las partes en cuanto se refiere a los contratos privados de obra de construcción. Problema del que adolece la legislación civil; pero en contrapartida, esta falta de profundización en la legislación civil, sirve a los empleadores para utilizarla contra los intereses de los trabajadores que son contratados mediante esta modalidad.

Partimos del presupuesto de que en nuestro medio, la legislación civil, a pesar de todas sus modificaciones, en esta materia se ha mantenido ligada a formatos contractuales propios de la Revolución Nacional de 1952, en la cual el Estado como principal agente económico, era quien realizaba la contratación de los privados para la construcción de edificaciones estatales (edificios para ministerios, hospitales, caminos, etc.). De tal forma que no existe un contrato de obra típico y nominado para la contratación entre particulares (empresarios o comerciantes), ya que deben aplicar los formatos del contrato de obra establecido en el Código Civil, que propiamente se ajusta a un contrato administrativo de obra. Pero además de esta situación, se ha dado la situación de que la falta de regulación completa de estos contratos de obra entre particulares, ha generado que puedan aplicarse fácilmente a los contratos o relaciones propiamente laborales, a contratos para contratar servicios laborales de trabajadores que en realidad deberían estar bajo la Ley General del Trabajo. La falta de un modelo de contrato propio para el sector de la construcción ocasiona que se utilicen contratos administrativos de obra de construcción que no corresponden a la naturaleza de la contratación privada, implicando en consecuencia que el contratista se encuentre en situación de inferioridad jurídica, sin autonomía de voluntad y frente a un contrato de adhesión. Pero en contrapartida, puede utilizar este tipo de contratos para

contratar o subcontratar a sus trabajadores, como si fueran sujetos civiles de la relación contractual, evadiendo las normas laborales vigentes.

Tratándose de la aplicación de contratos no adecuados a la realidad particular del sector privado de la construcción, nos encontramos frente a un instrumento no idóneo para la regulación de la relación jurídica entre las partes, entre empresarios privados, de tal manera que su elaboración, aplicación no apropiada a su naturaleza, permite que a tiempo de su interpretación por las autoridades o las partes, se utilice una metodología propia de los contratos administrativos que por su característica típica de regulación de otras formas contractuales afectan el bien jurídico del contratista, esto debido a que el contratista pierde su igualdad jurídica ante el empresario contratante principal que se beneficia con derechos que originalmente fueron pensados para favorecer al Estado.

Si lo anterior es un problema para los empresarios entre sí, no obsta para que tales empresarios a su turno apliquen estos contratos a sus trabajadores.

Se hace necesaria la regulación de estos contratos, ya en sentido de que se adecuen a su objeto y ya en sentido de adecuarlos a su objeto civil entre privados para la construcción, para que estos contratos de obra, dejen de ser utilizados contra los intereses y derechos de los trabajadores.

Nos encontramos por tanto ante una situación en la cual se hace necesario modificar o proponer la manera técnica y jurídica para esa modificación mediante un contrato innominado que se constituya en el modelo a utilizar en este tipo de casos.

Se trata de un contrato innominado y por tanto no previsto en forma concreta en el ordenamiento jurídico positivo, surge por voluntad de las partes contratantes en ejercicio del vasto campo de la autonomía de la voluntad, debiendo únicamente cumplir con los requisitos establecidos por el Art. 452 del Código Civil.

En cuanto a la autonomía de la voluntad, si bien está es la base y principio fundamental en el derecho civil, en cambio no lo es para el derecho laboral. Puesto que incluso la Constitución Política del Estado en su Art. 48, párrafos I y III, establece que las normas laborales son de orden público y cumplimiento obligatorio, así como que los derechos sociales son irrenunciables y son nulas las convenciones que tiendan a burlar sus efectos.

Por supuesto que la autonomía de la voluntad no es ilimitada ni siquiera en materia civil, sus contornos están determinados por la naturaleza propia del fenómeno jurídico que abarca el contrato de obra de construcción. Existe una realidad social correspondiente a la contratación para la construcción pactada entre particulares, la manera propia de cómo se produce esta relación es lo que se busca regular en forma idónea, por tanto las limitaciones son las propias del fenómeno estudiado y al cual se quiere proponer una solución.

Debido a que en la práctica el contratante impone generalmente su voluntad frente al contratista en base a regulaciones propias de los contratos de obra de construcción administrativos, hace que se requiera el estudio de esta realidad particular, se especifiquen sus notas esenciales y se elabore el instrumento contractual que corresponda a dicha situación. No existiendo en nuestra legislación un contrato nominado que pueda ser utilizado para el efecto, se hace necesario ingresar al amplio campo de los contratos innominados, y por tanto a falta de cláusulas concretas no pudiendo hacer uso de las normas supletorias contenidas en la legislación civil, se deberá hacer uso en forma estricta de las cláusulas insertas en el respectivo documento donde consta el contrato observando lo establecido en los Arts. 510 al 518 del Código Civil, y particularmente lo dispuesto por el Art. 510 de ese cuerpo legal relativo a la intención común de los contratantes.

De todo lo anterior se tiene que urge la investigación del fenómeno jurídico descrito y a partir de ello sentar las bases contractuales de lo que debe ser su regulación, a objeto de que a tiempo de contratar la obra de construcción, tanto el Contratante como el Contratista se encuentren en igualdad de condiciones jurídicas y la creación, modificación o extinción del contrato se adecue a la realidad de aquello, que efectivamente están contratando.

Pero si esa es la situación en cuanto a la contratación de obra entre particulares, esto se reproduce mucho más dramáticamente cuando se trata de la relación entre estos particulares y sus trabajadores. Ya que el contratista civil y particular se encuentra en inferioridad de condiciones ante el contratante, no tiene más alternativa que bajar sus precios para poder ser competitivo. En tal sentido lo que hace es eliminar derechos laborales, y para garantizarse jurídicamente esa eliminación, inclusive -paradójico- suscribe contratos de obra con sus trabajadores.

En un contexto económico en el cual el neoliberalismo propugna el libre mercado y por tanto la competencia en el mercado, las empresas que sean competitivas serán aquellas que disminuyan sus costos de operación, aquellas que puedan bajar precios y ofrezcan a los comitentes mejores precios para sus construcciones.

Asumiendo que existan empresas comitentes de similar categoría, o de iguales condiciones, es obvio que sus precios tenderán a ser los mismos; asimismo, siendo que los materiales de construcción también tienen un costo medio similar, será difícil obtener ventaja en este rubro. Por tanto, la única manera de disminuir el costo o precio de operación o de producción del servicio, será rebajando el costo de los trabajadores, a tal efecto se procederá a disminuir salarios, a evitar cancelar derechos como la prima, aguinaldo, vacación, bono de antigüedad, etc.

En este sentido, el contrato de obra al no estar regulado mayormente por la legislación civil, comercial y laboral, implica una figura jurídica mediante la cual se produce la violación de derechos laborales.

Pero además, y aunque parezca absurdo, los comitentes aplican el mismo Art. 732 del Código Civil, para la contratación de trabajadores. De tal manera que por esta vía la contratación de trabajadores se convierte en contrato civil, sin ningún derecho para los trabajadores, y se viola totalmente la Ley General del Trabajo, ya que se encubre la verdadera relación contractual laboral por otra relación ficticia de carácter civil.

El tema entonces debe avanzar en referencia a la tipificación de este contrato, a partir de ello su nominación y como consecuencia la presentación de una propuesta de modelo de contrato de obra de construcción entre privados, todo lo cual debería suponer que por esta vía, por lo menos jurídicamente se solucionen los problemas de los trabajadores, ya que existiendo un mínimo legal de condiciones de igualdad en cuanto a la contratación de obra entre particulares o empresarios, esto evitaría que existan motivos “racionales” que presionen a los empleadores a flexibilizar las condiciones de trabajo de los trabajadores, y además quedando con claridad nominados y tipificados los contratos de obra, no existiría motivo ni razón alguna, para que se aplique este tipo de trabajo en las relaciones contractuales entre empleadores y trabajadores.

Lo anterior debido a que la legislación boliviana, igual que cualquier otra legislación es un sistema cerrado de derecho, lo que se denomina como derecho objetivo, de tal forma que las disposiciones constitucionales están plenamente interrelacionadas con la legislación civil, y esta con la comercial, y todas ellas con la legislación laboral, y tributaria, etc., etc. Es claro que todas estas normas jurídicas están relacionadas entre sí. Jurídicamente diríamos, son concordantes. Esta es la razón por la cual se hace necesario hacer modificaciones en la legislación civil para que sus efectos sean directos sobre la legislación laboral.

La necesidad de elaborar un modelo de contrato de obra de construcción entre privados, que sea utilizado en forma inmediata por los contratantes como mecanismo específico para el desenvolvimiento de su relación contractual con seguridad jurídica, modelo que será producto de que se tipifique y se establezcan los elementos jurídicos conforme a su naturaleza para su autonomía, sin perjuicio de que pueda ser incluido en nuestra legislación. En cuanto al derecho laboral y los intereses de los trabajadores, este modelo tipo, tiene importancia y sentido toda vez que en dicho documento deberá existir una cláusula que obligue a los empleadores a cumplir con todas sus obligaciones sociales y laborales, siendo esto así, los precios medios en el mercado para la construcción deberán mantener un nuevo equilibrio, impidiendo a los empresarios aventajar en la competencia a sus contrincantes mediante la rebaja de precios de construcción atacando al salario de los trabajadores.

Los contratos para la construcción de obras civiles en Bolivia no se encuadran dentro de las características que deberían regir los mismos, de allí nace la inseguridad jurídica para los empresarios que hacen este tipo de contratos, pero también de allí provienen los perjuicios para los trabajadores que por tal motivo se ven flexibilizados, de tal manera que la equivocada y además la falta de tipificación en materia civil sobre el tema, genera un problema no sólo a los empresarios, sino a los trabajadores, que es el problema que nos interesa.

La legislación civil y comercial boliviana no tipificó ni nominó estos contratos, en consecuencia se aplican modalidades contractuales que no siempre corresponden a su objeto, y como se puede observar, sus efectos no sólo son civiles (que repercuten entre las partes) sino que fundamentalmente son sociales y laborales, en contra de los trabajadores.

A partir de Agosto de 1985 con la modificación de nuestra economía hacia la de libre mercado, las relaciones jurídicas entre particulares se extendieron de manera que todavía buscan expresiones jurídicas propias a su naturaleza.

Nuestra hipótesis es: “Si no existe una regulación normativa jurídica concreta que obligue a las empresas privadas o particulares a respetar la legislación laboral a tiempo de realizar contratos de obras ente ellos; entonces se producirá la eliminación de derechos laborales como resultado de la necesidad de dichos empresarios particulares de disminuir sus costos y ser más competitivos a costa de los derechos de los trabajadores”.

El tema del trabajo escogido implica que temporalmente delimitemos el tema, desde el mes de abril del 2000 hasta el mes de diciembre del 2008. Esto porque queremos establecer si existe diferencia en la aplicación de estos contratos de obra en tiempos todavía neoliberales a tiempos como el que se inaugura con dicha sublevación inicial del 2000 pero que se consolida recién en diciembre de 2005 con el arribo al gobierno de una tendencia ideológica: económica y política, que pretende diferenciarse de lo neoliberal, desde el ámbito de lo plurinacional, estatal y social.

Siendo que el contrato de obra civil y su aplicación en materia laboral es de aplicación en todo el territorio del Estado Plurinacional de Bolivia, se entiende que su estudio debe ser realizado en ese ámbito geográfico. Aunque los casos y la investigación de campo se circunscribirá principalmente a las ciudades de La Paz y El Alto.

Aunque en el perfil de tesis se planteó la utilización de varios métodos generales y jurídicos para la realización de la tesis, en los hechos hemos aplicado “ **el método dialéctico del materialismo histórico**”.²

CAPÍTULO 1.

CARACTERIZACIÓN DE LA SOCIEDAD BOLIVIANA Y SU TIPO DE DERECHO

Se trata de establecer un primer acercamiento respecto al tema, en consecuencia habrá que realizar un estudio histórico sobre la realidad eco-social boliviana.

Es necesario hacer una clasificación sobre los periodos más importantes en nuestra historia, de tal manera que la clasificación o periodización puede ser establecida de la siguiente manera:

- a) 1825 a 1880.
- b) 1880 a 1952.
- c) 1952 a 1985.
- d) 1985 a nuestros días¹.

En principio, a partir del intento de incorporar la economía nacional al capitalismo, desde la superestructura (liberalismo filosófico y político, Asamblea General (sic) Deliberante de 1825, Constitución bolivariana de 1826, legislación privada de tierras, promoción de una minería capitalista, etc.), acorde a la situación internacional capitalista, que se vive por entonces e intentando generar polos comerciales antes que industriales se puede ver como consecuencia

¹Por ejemplo así lo establecen historiadores como Isaac Sandóval Rodríguez, Luis Antezana Ergueta, Xavier Albó, Carlos Mesa, etc.

que este proceso lentamente deviene en el asalto de las tierras de comunidad y su transformación en latifundios con trabajo servil de los ex comunarios convertidos en pongos. Por otra parte lentamente la minería por vía de la Alanoca, los gremios de artesanos y las manufacturas se desarrollan, siendo que para los años 50 constituyen verdaderos factores de poder como se observa del conflicto entre la oligarquía feudal-comercial del partido Colorado liderado por José Ballivián y los artesanos, campesinos pobres y comunarios ligados a los populares de Isidoro Belzu. El tránsito de la comunidad al latifundio semi feudal prácticamente culmina entre 1879 y 1880 con la guerra civil y la guerra del Pacífico².

El nuevo Estado basado en la producción y exportación de plata bajo sistema capitalista así como en la hacienda semi feudal va a perdurar hasta 1952, su bloque histórico de clases en el poder será la denominada rosca minero-feudal³.

El estado nacido de la revolución de abril perduró hasta 1985 sobre la base económica y social del capitalismo de estado.

De 1985 al presente vivimos bajo un capitalismo de libre mercado, es decir desde que se dictó y aplicó el Decreto Supremo No. 21060.

Lo que importa de esto es que por fin se comienza a aceptar esta periodización histórica, aunque se la toma con carácter empírico.

La revolución francesa de 1789 significó el triunfo del modo de producción capitalista en Europa y Estados Unidos de Norteamérica, no fue un proceso lineal y homogéneo, pero para mediados del siglo XIX, estos continentes prácticamente habían desarrollado una formación social hegemónicamente capitalista; así en Europa, la unidad político-económico-geográfica que hoy

² Así lo sostuvo Jorge A. Ovando S., también René Zabaleta M., Tristán Platt, etc.

³ En el sentido que le da Antonio Gramsci.

denominamos como Alemania (entonces Prusia), recién hacia 1870 se consolida bajo el capitalismo abandonando recién el sistema feudal, en el régimen del canciller Von Bismarck, con la vía propia al capitalismo conocido como “Junker”; por su parte, Norteamérica entre 1862 al 65, debió pasar por una terrible guerra civil, la de Secesión entre los estados del norte y los del sur, por la abolición del esclavismo negro y la generalización del capitalismo en todo su territorio.

Por su parte, Bolivia nació a la vida independiente con una formación social basada en diversos modos de producción como el comunitario, la hacienda semi feudal y el capitalismo incipiente; todo esto como producto y efecto del sistema económico impuesto por la dominación colonial española. De tal manera, que a pesar de que el mundo moderno (Europa y Norteamérica), ya abandonaban la fase de libre cambio capitalista, para pasar a la fase del monopolio, en países como Bolivia, el capitalismo no podía reproducirse sino como capitalismo mercantil o comercial, pero no como capitalismo de producción. La nueva república tuvo su primer Presupuesto General de la Nación en 1826, durante el gobierno del Mcal. Sucre, se precisaban Pesos Bolivianos 2.600.000.-, y el Tesoro General de la Nación sólo tenía ingresos por Pesos Bolivianos 1.500.000.-, de los cuales por los menos Pesos Bolivianos 1.200.000.- provenían del tributo indígena, el mismo aporte que los indios pagaron a los españoles durante la colonia. Sin embargo la economía boliviana de entonces, a pesar de lo mínimo de sus exportaciones e importaciones, ya estaba inmersa en el sistema mundial capitalista, que se generalizaba más a medida que pasaba el tiempo.

Por ello se puede afirmar que por el carácter mundial del capitalismo y la extensión y profundidad del liberalismo, Bolivia nació con una formación social basada en la economía comunaria, más propiamente el impuesto o tributo indígena como su base económica, esta forma de propiedad de la tierra (resultado del ayllu precolombino y la penetración colonial española), tributo que sostuvo hasta el año 1900 al Tesoro General de la Nación. El tributo indígena con el paso del tiempo se imbricó con formas de capitalismo de producción (el mercantil ya se hallaba desde la colonia). Pero desde 1825 comenzó el asalto de tierras de comunidad por parte de los mestizos que constituyeron la burocracia administrativa militar que dominó el país. El asalto de tierras de comunidad se profundizó en la década de los años 60, durante el gobierno del Gral.

Melgarejo. Por ese mismo tiempo se desarrolló en Bolivia la economía minera de la plata, producción basada en modernos métodos capitalistas, caracterizado por el pago de salarios a trabajadores mineros, uso de electricidad y ferrocarril. El bloque histórico de poder de esa época se compuso de propietarios de las haciendas semi feudales y de empresarios mineros de la plata, lo que después dio lugar al apelativo de “rosca minero-feudal”. El año de 1880 es la consolidación del capitalismo de producción principalmente minero aunque se ligará con el latifundio semi feudal. En 1952 se genera una nueva forma económica denominada capitalismo de estado que además destruye el latifundio y genera la pequeña propiedad parcelaria en el occidente, siendo que en el oriente las modificaciones económico-sociales de mediados de 1860 generaron la posibilidad de la gran hacienda capitalista la cual se desarrolla precisamente a partir de la revolución nacional como empresa agroindustrial. Los acontecimientos de 1985 y la dictación del D.S. 21060 significan la transformación de la economía al capitalismo de libre mercado imbricado en la globalización económica.

En todos estos casos se encuentra el capitalismo como parte esencial de la formación social boliviana en sus diferentes fases.

Se puede decir que la sustancia de la formación social boliviana desde su nacimiento es el modo de producción capitalista. Los cambios se producen a nivel de lo substancial, esencial, accidente y traslación. Dado que los fenómenos sociales no constituyen objetos reales en el sentido de ser cosas físicamente materiales tridimensionales y que ocupen un lugar en el espacio así como temporales, la traslación no es atributo propio de ellos. El cambio substancial significa la transformación plena y total del objeto en su contrario, es decir el salto o la revolución, en materia social diremos que es la progresión de la sociedad de un modo de producción hegemónico a otro diferente⁴. En el caso boliviano esa situación no se ha producido nunca. Lo

⁴ El movimiento o no de las cosas fue la preocupación principal de la filosofía griega, y es posible señalar que de toda filosofía, lo cual incluye a las filosofías orientales como la India o China, y también al pensamiento andino. En Grecia, esta situación se rebeló como contradicción entre los objetos reales o materiales y los objetos ideales, teniendo ambas posturas sus defensores como Heráclito y Parménides. Autores como Afanasiev, sostienen que toda la historia de la filosofía no es otra cosa que la lucha entre estas dos tendencias, la materialista y la idealista.

A pesar de ese tipo de discusiones, Aristóteles fue el primero que armonizó en forma universal el asunto resolviendo a favor del movimiento, inclusive estableció las cuatro formas primarias de movimiento: sustantivo, esencial, accidente y lugar.

cual no implica que no se hubieran producido cambios revolucionarios o contrarrevolucionarios a lo largo de su historia tal como ya lo vimos (1825, 1880, 1938-52, 1985). Estos cambios tienen relación con modificaciones en elementos esenciales de los substancial en Bolivia, es decir que se trata de modificaciones que afectan uno o varios elementos esenciales del objeto que por tal razón modifican a dicho objeto profundamente pero no en su integridad. Ese es el tipo de modificaciones que sufrió la formación social boliviana, cambios que son de gran importancia por más de que no hubieran transformado en su totalidad al modo de producción capitalista.

*Con el paso de los siglos la teoría aristotélica del movimiento como el tránsito de la potencia al acto, fue desarrollada hasta llegar a los modelos de Hegel y de Marx.
Hoy en día no existe mayor dificultad en cuanto al movimiento de los objetos materiales, la ciencia se sostiene en esta afirmación, en cambio todavía constituye una incógnita el tema del movimiento de la idea.
En todo caso, se acepta normalmente que la realidad social, por su carácter de existencia, tiene movimiento y de allí se pasa en consecuencia a querer encontrarle sentido a ese movimiento social e histórico, aquello que estudia la filosofía de la historia. ¿Existe un movimiento teleológico, de eterno retorno, o sin regla ni sentido pronosticable?*

CAPÍTULO 2.

BREVE RELATO HISTÓRICO SOBRE EL TRABAJO EN BOLIVIA

2.1. EL TRABAJO EN AMÉRICA PRECOLOMBINA.

Los estudios de la prehistoria en el territorio actualmente ocupado por Bolivia, demuestran que nuestros antepasados descubrieron o inventaron la agricultura y la domesticación de los animales (camélidos), hacia el año 10.000 a.d.n.e. Las culturas mesoamericanas empezaron a organizarse en sociedades sedentarias, estableciéndose lo que conocemos hoy como la zona andina, principalmente en Bolivia, Perú, Ecuador, y en la zona de la Cordillera de la Sierra Madre en México hasta la península de Yucatán⁵.

A partir de la agricultura, los pueblos andinos formaron sociedades sobre la base del modo de producción tributario o asiático, donde la propiedad de la tierra pertenece a toda la comunidad, pero la posesión es individual, en realidad familiar. En nuestro caso eran los “Ayllus”⁶, que eran

⁵ Xavier Albó en “La Cara India y Campesina de Bolivia” y Gonzalo Trigoso en “Prehistoria del Pensamiento Jurídico”, entre tantos otros.

⁶Un ayllu (**quechua** o **aimara**), también aillo, es una forma de comunidad familiar extensa originaria de la región andina con una descendencia común –real o supuesta– que trabaja en forma colectiva (véase **ayni**) en un territorio de propiedad común. El ayllu era una agrupación de familias que se consideraba descendiente de un lejano antepasado común o tótem. El jefe es llamado comúnmente Curaca, él domina a todas las familias de la región. El imperio inca se organizaba en ayllus que tenían a su cargo una extensión de tierra que les servía para alimentarse. Los miembros del ayllu trabajaban su tierra, pero también tenían la obligación de trabajar la tierra del estado para que se pudieran alimentar los gobernantes, los nobles, el ejército, los artistas (entre ellos los artesanos que trabajaban la piedra y las mujeres que tejían para el imperio), los ancianos y los enfermos que no podían alimentarse

propiedad de todos, pero la posesión de la tierra era individual, es un comunismo primitivo, pero el Ayllu entrega a cada familia una parcela de tierra, una es la "Sayaña" no en propiedad sino en posesión, el Ayllu podía ser quitado si se daban algunas situaciones o razones necesarias para el bienestar común ya que se tenía establecido que la sociedad es la propietaria.

El conocimiento andino sobre su medio ambiente fue muy profundo, se desarrollaron formas de producción basadas en modalidades tecnológicas novedosas, siempre ligadas al conocimiento de la bóveda celeste y de lo religioso. Avanzaron mucho en la producción agrícola con el uso del terraceo, es decir con el cortado de los cerros en forma de terrazas, aprovechando de esa manera todo el espacio geográfico a su alcance incluso los cerros más empinados, es decir que en los cerros se ganó espacio cortando los cerros en ángulos rectos y terraceándolos para sembrarlos. En las tierras del altiplano se utilizó el camellón, o sucakollo, mediante el cual se inundaba con agua el rededor de montículos donde se hallaba el producto agrícola sembrado.

Ellos aprendieron a modificar y transformar el alimento producido, es el caso del chuño y de la tunta, que consistía en la deshidratación de la papa, con lo que se garantiza el alimento en la época de sequía, o de mala cosecha, puesto que el chuño se puede guardar indefinidamente, los granos de maíz también haciéndolos secar.

Algunos autores consideran que la domesticación de los animales propiamente andinos se produjo hacia el 5.000 a.d.n.e. Las llamas, vicuñas, alpaca y guanacos, fueron domesticados lentamente y se convirtieron fundamentalmente en los animales que sirvieron para la supervivencia de la sociedad en el altiplano Andino.

ellos mismos por sus cargos o su indisponibilidad. El estado también guardaba comida en caso de que un ayllu tuviera una emergencia que no les permitiera trabajar su tierra (por inundaciones, terremotos o enfermedad de gran parte del ayllu). Los miembros de cada ayllu también debían utilizar parte de su tiempo para trabajar la tierra que se apartaba para los dioses y los líderes religiosos. Aparte del trabajo ya mencionado, cada ayllu debía proveer hombres para hacer obras públicas como construir caminos, puentes y edificios públicos. A este trabajo se le denominaba la mita. El curaca era el jefe del ayllu y quien se encargaba de distribuir las tierras, organizar los trabajos colectivos y actuar como juez de la comunidad. El cargo de curaca o jefe no se heredaba, sino que él era seleccionado a través de un ritual especial, en algunas ocasiones eran nombrados directamente desde el Cuzco.

Llegado el caso sembraron, cuidaron y cosecharon las sayañas individuales entre todos, esa distribución del trabajo era social o individual, donde toda la sociedad hacía el trabajo conjunto o uno de los miembros podía pedir ayuda a los vecinos para la siembra, llegado su momento cuando otro vecino la requería de igual manera éste debía retribuir posteriormente ese trabajo colaborando de la misma forma. La autoridad suprema en lo político, o lo que hoy denominaríamos como Estado, recibía un tributo el cual lo devolvía en caminos, acueductos, represas; había una interrelación dialéctica entre sociedad y Estado, aquello que los sociólogos y antropólogos denominan “la dialéctica del don”⁷, mediante la cual existía la reciprocidad y complementariedad, aunque claro, es evidente que si bien el Estado realizaba la devolución del tributo recibido en obras, se quedaba para sí con un plus valor que le permitía sostenerse.

Este tipo de institución se generalizó incluso en la sociedad o en el ayllu, ya que se producirán formas de trabajo basadas en la solidaridad, la reciprocidad y la complementariedad tales como: “el Ayni, la Minka y la mita, entre otros.”⁸

⁷Xavier Medina introdujo con mucha fuerza estos conceptos sociológicos en nuestro país.

⁸**El Ayni:** era un sistema de trabajo de reciprocidad familiar entre los miembros del ayllu, destinado a trabajos agrícolas y a las construcciones de casas. Consistía en la ayuda de trabajos que hacía un grupo de personas a miembros de una familia, con la condición que esta correspondiera de igual forma cuando ellos la necesitaran, como dicen: “hoy por ti, mañana por mí” y en retribución se servían comidas y bebidas durante los días que se realicen el trabajo. Esta tradición continúa no solo en muchas comunidades campesinas sino que en la población mestiza de Ecuador, Bolivia y Perú, ayudándose en las labores de cocina, pastoreo y construcción de viviendas. En las zonas de lengua kichwa al norte de Perú y Ecuador el vocablo AYNI es traducido por MINKA o MINGA respectivamente.

La Minka (quechua) o minga denominada también minca o mingaco: es una antigua tradición de trabajo comunitario o colectivo con fines de utilidad social. Es un sistema que se usa en Latinoamérica desde la época precolombina. Puede tener diferentes finalidades de utilidad comunitaria como la construcción de edificios públicos o ir en beneficio de una persona o familia, como la hacerse una cosecha de papas u otro producto agrícola, entre otras, siempre con una retribución para quienes han ayudado. Se practica principalmente en Perú, Ecuador, Bolivia y Chile. También hay comunidades muy importantes en Colombia, que han trascendido el concepto a un plano político, al organizarse socialmente para la reivindicación de sus derechos, la denuncia y la reflexión frente a su situación actual.

La Mita de Potosí: fue la explotación inhumana de cientos de miles de indígenas de los Andes, quienes trabajaban como mitayos hasta caer muertos en las minas de plata del Cerro Rico vecino a la ciudad. Los indígenas trabajaban en jornadas de hasta 16 h, en algunos casos sin utilizar pala ni pico, removiendo la tierra con las manos, y debiendo trasladarse por kilómetros desde las minas hasta los establecimientos de fundición. Los accidentes eran frecuentes y al mortandad horrenda. Se estima que no menos de 20.000 indígenas perdieron la vida en las explotaciones de plata de Potosí. La ciudad de Potosí, situada en la mítica región del Alto Perú (actual República de Bolivia) experimentó, durante los siglos XV, XVI y XVII un desarrollo extraordinario, al punto que en 1645, a sólo cien años de su fundación, se había convertido en una urbe de más de 160.000 habitantes. Era la ciudad más grande del continente americano y una de las más grandes del mundo.

2.2. EL TRABAJO DURANTE LA CONQUISTA Y LA COLONIA.

Tal como lo señala el Dr. Isaac Sandóval Rodríguez en su obra “Historia de Bolivia”, para fines del siglo XV, la sociedad y el Estado europeo habían evolucionado a formas de organización social y económica que diferían del feudalismo clásico iniciado en el siglo V con la caída del imperio romano de occidente. En el siglo XV, Europa estaba desarrollando plenamente el capitalismo mercantil, esto en plena época de la segunda fase del feudalismo, con Estados unificados y centralizados, tal el caso de España con los Reyes Católicos, Francia con Francisco I, Inglaterra con Enrique VIII, etc.

En aquellos años, con la finalidad de evitar navegar por las históricas rutas del mar Mediterráneo, los portugueses intentaron la exploración de las costas del África, llegando a circunvalar dicho continente hasta llegar a la isla de Madagascar. El invento de la brújula por parte de los árabes mejoró grandemente la situación para la navegación. Las rutas terrestres hacia el oriente, es decir a la India y la China, eran extremadamente complejas, tal como lo había demostrado Marco Polo en su viaje hasta la China, creando el camino que pasó a denominarse “Ruta de la Seda”. En busca de una nueva ruta comercial hacia el oriente, es que se produce el descubrimiento del continente americano.

Cristóbal Colón descubrió una nueva ruta marítima al navegar en línea recta queriendo dar la vuelta al mundo y llegar por el otro lado a la China, pero en plena navegación, se encuentra con el continente americano.

Los españoles conquistadores, se adueñaron de América y comenzó la modificación del sistema de trabajo de los cuales tenemos:

- a) **La Encomienda:** consistía en entregar una cantidad de originarios a los españoles para que los evangelicen y los utilicen en los trabajos que crean necesarios, es un trabajo servil de estilo feudal.

- b) **Los Repartimientos:** eran la entrega de tierras a los españoles, quienes las convertían en haciendas (sobre la base territorial del Ayllu) y allí hacían trabajar a los que habían sido encomendados.

Los españoles no llegaron a destruir el modo de producción tributario, respetaron el 80% de las comunidades, los Ayllus fueron absolutamente respetados, las únicas zonas territoriales que se apropiaron fueron las zonas mineras por Potosí, Porco, Huancavelica, porque les interesaba toda la riqueza mineral de estas zonas⁹.

A partir de 1574 el Virrey Toledo impone el sistema de trabajo conocido como “La Mita”, como trabajo obligatorio, 16 provincias del Alto y Bajo Perú, tenían que mandar anualmente trabajadores, primero a Potosí y luego a Porco, estos mitayos tenían la obligación de asistir por lo menos cada diez años a la Mita entre los 16 y los 60 años de edad, trabajaban de sol a sol, la diferencia es que recibían salario. Posteriormente se reguló el trabajo a ocho horas diarias, pero se conoce que los españoles solían no cumplir con esta jornada de trabajo, haciendo trabajar a los mitayos en grupos o turnos de doce horas diarias.

Sistema de trabajo extensivo en cuanto a la jornada de trabajo, habida cuenta de la baja de ley del mineral y la necesidad de superar la crisis mediante una explotación mayor de minera.

⁹André Gunder Frank, Ernesto Laclau, Isaac Sandóval, Tristán Platt, inclusive Martha Harnecker. Tandeter, Enrique (2002). Coacción y mercado: la minería de la plata en el Potosí colonial, 1692-1826. Siglo XXI de España Editores.

2.3. EL TRABAJO EN LA REPÚBLICA.

La época que comprenden los grandes levantamientos indígenas (1780), hasta la guerra de los 15 años por la independencia de la República, dará nacimiento a la nueva República de Bolivia.

Hace 300 años comenzó lo que se denomina el desarrollo del capitalismo mercantil, todos los autores coinciden en señalar que fueron las riquezas de América las que permitieron el desarrollo del capitalismo en Europa, de no haber sido así hubieran tardado cientos de años en llegar al nivel de desarrollo actual.

Estas ideas en su época van a ser subversivas, porque es una época feudal donde el 90% de la población realiza trabajos serviles, donde hablar de la libertad del hombre, de derechos de igualdad, de derecho a la vida y humanos, era sancionado con pena de muerte. Fue con la Revolución Francesa de 1789 que se dio el ascenso de la burguesía al poder.

Cuando Napoleón se hace cargo de la Revolución Francesa y se da todo el gran ciclo de la historia de las guerras napoleónicas que se van a dar hasta fines del siglo XIX. Coincide todo esto con los levantamientos burgueses en el resto de Europa, las invasiones de la República Francesa a los otros países, no solo suponen una conquista militar, sino que al entrar los ejércitos napoleónicos también son derribadas monarquías y se instauran repúblicas burguesas, llega a ser una lucha política.

Europa entra en un gran cambio, los talleres de manufactura abren paso a las grandes fabricas modernas, los grandes inventos empiezan a desarrollarse, se descubre la maquina a vapor y el capitalismo prácticamente se consolida a escala europea y norteamericana.

La burguesía criolla latinoamericana quería independizares de la tutela española como los españoles no tenían ejército para combatir ya que sus tropas habían sido llevadas a España a combatir contra los franceses entonces llegaría ese gran momento. En 1825 finalmente

obtuvimos nuestra libertad, el mundo ya estaba sustentado sobre bases capitalistas y hemos dicho que únicamente en el capitalismo puede darse el derecho del trabajo, porque sólo en ella el trabajador es libre y recibe salario.

Las primeras normas laborales que nosotros conocimos fueron entonces las que dictó el libertador Simón Bolívar con su Decreto de Cuzco del 4 de julio de 1825¹⁰, por el cual entre otras cosas el libertador Bolívar dispone que: en primer lugar debe desaparecer toda forma de propiedad agraria propia del sistema colonial y únicamente debe quedar vigente una reforma agraria basada en el reparto individual de tierras a los campesinos quienes deben ser libres e independientes, y a la vez propietarios privados de sus sayañas (pequeña propiedad rural del campesino o comunario). En segundo lugar dispone la abolición de todo tipo de trabajo servil o esclavo en las ciudades y en los distritos mineros y en su lugar impone el establecimiento de los contratos de trabajo, la necesidad de que se cancelen salarios.

El decreto de Bolívar no se adaptaba a la realidad de la formación social del Perú y del Alto Perú, debido a que la propiedad agraria históricamente había sido propiedad social, y no había forma de que el comunario abandonase su organización de trabajo sin tener derechos civiles y políticos en el nuevo Estado, derechos que no se le concedieron; por otra parte, a las clases y castas dominantes no les interesaba desarrollar la reforma agraria, puesto que su intención era apropiarse de la tierra de comunidad, cosa que en Bolivia se generalizó hacia 1880. Por todas esas razones, al no existir un comunario libre, tampoco hubo un proletario libre en las ciudades para vender su fuerza de trabajo a cambio de un salario.

Desde principios de la república, en cuanto a los contratos, ya en los distritos mineros y/o en “los obrajes” de los talleres artesanales ya existía el trabajo asalariado, que se realizaba como una categoría simple o forma primitiva de intercambio comercial. Por otra parte, desde 1825 hasta 1860 las minas bolivianas fueron trabajadas mediante el sistema de Alanoca, ya que no fue posible implementar el sistema capitalista con salario, ni se pudo volver al sistema colonial de

¹⁰“*Digesto Laboral Boliviano*” Isaac Sandóval y otros, en su introducción en la página V.

producción basado en la mita, el trabajo obligatorio de los comunarios en los distritos mineros; en las minas se trabajó bajo el sistema del contrato de Alanoca, intercambio, trueque, por el cual el trabajador entregaba parte del mineral al propietario de la mina, y como contraprestación recibía parte de la mercancía producida para que la monetarice mediante la venta directa de esa mercancía en el mercado, a pesar de lo cual se trata de una forma de pago salarial en especie.

Sucre el 26 de septiembre de 1826 mediante ley y decreto reglamentario del mismo día profundiza el problema de los contratos laborales de tal manera que establecen que deben desaparecer las formas de trabajo basadas en los yanacunas¹¹, en realidad era el trabajo esclavo de los originarios que debe desaparecer completamente, la mita en las minas y en los cocales.

También se declara la obligación del trabajo y del contrato de trabajo, se dispone el trabajo libre y asalariado, se dispone el pago del salario en dinero, se prohíbe el pago de salario en especie, muy extendido en los distritos mineros principalmente donde en lugar de salario les pagaban en especie.

Se prohibieron los maltratos físicos, porque lo normal hasta esa época era que se castigase a los trabajadores que habían cometido infracción a apaleamientos, azotes, que se queden encerrados en la fábrica y otros castigos corporales que el patrón imponía al trabajador. Todo esto quedó prohibido, es decir que se declara la libre competencia en el comercio. Se modificará lo que se llamó "pacto colonial", que significaba que los caciques eran los legítimos representantes considerados autoridades políticas de sus ayllus, el cual se encargaba de negociar con el

¹¹**Yanacuna o Yanakuna** (en quechuayana, a la vez préstamo del muchik), es una palabra cuyo significado en español es servidumbre. Por extensión en el Imperio Inca se refería a los pueblos que efectuaban compromisos de servidumbre: era el nombre que recibían los esclavos de los Incas. Tenían a su cargo el cuidado del ganado de los nobles, la pesca, y estaban dedicados a otros trabajos, como la alfarería y la construcción, además del servicio doméstico de la clase alta. Los españoles, durante la Conquista del Perú, comenzaron a usar la denominación para referirse a los pueblos indígenas que tenían de servidumbre, ya fuera en sus encomiendas o en integrados a las formaciones militares como "indios auxiliares". La palabra fue también usada durante la conquista de otras áreas de Sudamérica. En México se les llamó naboría. Mitimaes es un término comúnmente asociado a yanacunas, pero su significado es diferente, pues hace énfasis en que la situación del indígena es la de colono trasplantado por orden del Inca. También se conoce como Pueblo Yanacuna a un grupo indígena que habita en el departamento del Cauca, en Colombia. Actualmente estos viven principalmente en la zona del Macizo Colombiano. El idioma hablado por este pueblo es el castellano, aunque su lengua original es el Quechua. Contemporáneamente en algunos paisajes andinos también se le da la connotación de "traidor" o servil a los intereses extranjeros, en referencia a la supuesta deslealtad de los yanacunas con su raza.

gobernador o el corregidor, recibía instrucciones y las aplicaba a los ayllus, eran parte del Estado, eran como ministros. La república modifica esa situación que era tan democrática y tan beneficiosa para los originarios, Bolívar ocasiona la desaparición de las comunidades.

Hacia 1860 comienza en Europa la segunda revolución industrial, la producción maquinizada a gran escala donde ya se empieza a utilizar incluso la energía eléctrica en un mundo plenamente capitalista. Ya en Europa se han dado revoluciones socialistas, el Manifiesto Comunista fue publicado en 1848¹². Ese mismo año se produce un inmenso levantamiento de trabajadores en toda Europa. En un mundo de esa naturaleza en 1870 – 1871 se da la Comuna de París donde los obreros se consolidan en el poder por 4 meses, es la primera República Socialista en el mundo que será aplastada a sangre y fuego.

En cambio en América el poco desarrollo económico por un lado y por otro lado el retraso que significaba la propiedad agraria comunal para esa época capitalista, el no haber mantenido el pacto colonial para ponerlo al servicio de las comunidades va originar un mayor retraso.

Mientras que en Europa hay grandes hechos e inventos que se están desarrollando, nuestra historia se basa en golpes de Estado.

El trabajo hacia el año 1850 mejora en las minas, los precios en los minerales ya se han elevado en Europa y empieza la producción principalmente en base a los contratos por tiempo de 18, 16, 12 o 10 horas de trabajo en un sistema de salario a destajo o por producción, vale decir que el trabajador tiene un cupo diario que tiene que producir al día.

En el caso agrícola con el gobierno Melgarejo (1863 a 1871) se va proceder a dictar la ley de subasta de tierras de comunidad, donde se disponen que aquellas comunidades que no tengan títulos originarios entregados por la Colonia Española que acrediten que esa tierra es de

¹² “Manifiesto del Partido de los Comunistas” Carlos Marx y Federico Engels, Edit. Progreso, Moscú 1969.

propiedad de la comunidad deberán ser subastadas en remate público en las plazas de armas, es allí donde las comunidades empiezan a desaparecer y se convierten en una granja agrícola capitalista, se convierte en hacienda latifundista, las haciendas van a funcionar gracias al pongueaje, que es un sistema servil de trabajo.

En 1874 el gobierno de Tomás Frías dictó la ley de ex vinculación de tierras indígenas por las cuales nuevamente se exigen títulos de propiedad y se procede al remate de las comunidades y los ayllus milenarios que desde Tiahuanaco habían sostenido al Incario, a la Corona Española y sostuvieron los primeros años de la República, los cuales empezaron a desaparecer.

Durante este periodo, que fue dominado por Félix Avelino Aramayo, Gregorio Pacheco y Aniceto Arce, la producción minera de la plata empezó a realizarse bajo el modo de producción capitalista, con aplicación de modernas innovaciones modernas de tecnología, lo cual implicó la desaparición del sistema Alanoca¹³ ; sobre esta base de acumulación originaria de capital y de modernización e industrialización de la minería, se asentará posteriormente, es decir a principios del siglo XX “La Minería del Estaño”, en la que sus más grandes exponentes fueron Simón Patiño, Carlos Víctor Aramayo y Mauricio Hotchild.

2.4. GRANDES LEYES SOCIALES.

¹³*Alanoca: Es el nombre de la institución minera con la cual se trabajó en Bolivia en los primeros 50 años del siglo XIX, sistema mediante el cual el trabajador entregaba parte de su producción en especie al patrón o propietario de la mina y se quedaba con el resto para comercializarla por su cuenta, en realidad es un salario en especie, aunque se encuentran rasgos de intercambio de trabajo por mercancía y puede también ser entendido como parte de las relaciones del capitalismo mercantil simple. Posiblemente la solución está en establecer el lugar dentro de una formación social, donde se produce la Alanoca, ya en un sistema mercantil simple o en uno capitalista de producción. Aun así existe el debate iniciado por Gunder Franck respecto a si se trata de un sistema global capitalista (para él desde el siglo XV) o si se trata de contradicciones internas propias de América colonial, o del Altoperú para nuestro caso, tema que profundiza Ernesto Laclau.*

El derecho del trabajo aparece con el sistema capitalista, al cual le pertenece, le es propio e inherente.

Bolivia entra a la vida independiente sin tener una base capitalista de producción y sin que exista la burguesía como clase social dominante, capaz de desarrollar el país como lo hizo en Europa o en Norteamérica, de esa forma surgen los problemas de atraso económico del país¹⁴.

El Capitalismo que hasta entonces había sido de libre cambio, “dejar hacer dejar pasar”, basado en la iniciativa privada e individual del comerciante para esa época ya se había desarrollado en cada una de las naciones europeas, y el capitalismo pasa a una nueva fase superior denominada imperialismo¹⁵, casi exactamente para el año 1900 el mundo ingresó en la fase “imperialista”.

El imperialismo: es la fusión, suma del capital bancario con el capital industrial, se unifican los industriales con los banqueros y unifican capitales, lo cual da lugar al capital financiero, base y sustento del imperialismo¹⁶ ; a partir de las bases económicas de sus propios países empiezan a controlar los mercados internacionales, vale decir los ingleses no solo producen en Inglaterra, sino que tienen sus colonias de la India, Oceanía, en Australia, Nueva Zelanda, etc., de sus posesiones coloniales, de ahí obtienen la materia prima y ahí venden sus productos, es su mercado. Empieza ese control colonial del mundo, dentro del capitalismo.

Esa es la diferencia, mientras los países capitalistas avanzados están controlando el mercado mundial Bolivia recién se está incorporando al modo de producción capitalista.

Así como se produce un proceso inmenso de producción de minerales de la plata y del estaño, también se generan las organizaciones sindicales. En 1908, 1909 se fundan los primeros

¹⁴“*Modos de Producción en América Latina*” Carlos Sempat Assadourian, Ciro Flamarión Cardoso, Horacio Cifardini, Juan Carlos Garabaglia, Ernesto Laclau. Edit. Siglo XXI, edic. 22, México – 1989.

¹⁵“*La Revolución Teórica de Marx*” Louis Althusser. Edit. Siglo XXI, 22 edic. México – 1987.

¹⁶“*El Imperialismo Fase Superior del Capitalismo*” Vladimir I. Lenin. Edit. Progreso, Moscú – 1971.

sindicatos modernos, primero de los gráficos, luego telegrafistas, después ferroviarios. Hacia 1914, 1917 se funda la Federación de Obreros de La Paz, que va dar lugar a la Federación Obrera Internacional, se dividen y se crea la Federación Obrera del Trabajo (FOT)¹⁷.

En esas épocas los gobiernos liberales con Pando, Villazón, Montes, empiezan a conceder las primeras leyes sociales. Hubieron leyes destinadas a favorecer a los empleados públicos, pero las primeras leyes sociales se dan el 23 de noviembre de 1915, en el gobierno de Ismael Montes se dicto la Ley del Descanso Dominical, el 29 de septiembre de 1920 se dicta un Decreto Supremo que establece por primera vez el derecho a huelga en Bolivia, finalmente la Ley de 19 de enero de 1924 del presidente Bautista Saavedra establece la Ley sobre Accidentes de Trabajo, esta ley es el antecedente de la Ley General del Trabajo, porque no solo establece derechos en los accidentes, sino que ya habla de salarios, vacaciones y otros derechos adicionales, se dicta su decreto reglamentario¹⁸.

En 1924 se organiza la Dirección del Trabajo, que era una oficina perteneciente del ministerio de industria. En 1926 la dirección del trabajo se independiza y ya asume tareas de juzgar problemas laborales como si fuera un juzgado, no solo es administrativo sino también judicial.

Luego de la guerra del Chaco se produce el golpe militar del Cnl. David Toro, en su gobierno se crea el Ministerio del Trabajo en 1936.

En 1919 se produjo la gran masacre minera de Huanchaca, hubieron derrumbes en las minas, los trabajadores pedían seguridad industrial en vez de darles seguridad industrial les mandaron el ejército y los masacraron.

¹⁷“Diccionario Histórico Político” Guillermo Lora Escóbar. Edic. Masas. La Paz – 1988.

¹⁸“Código Procesal del Trabajo. Comentado y Concordado” Gonzalo Trigos. Edit. CyG. La Paz – 2005.

Para 1921 es la gran masacre minera en Uncía, y en esa fecha los mineros se levantan en huelga general, el ejército nuevamente los masacra. También existieron masacres campesinas como la de Jesús de Machaca en 1923.

A nivel mundial tenemos la primera revolución de Rusia en 1905, la formación de los primeros soviets, en 1914 al 1918 se produce la I Guerra Mundial, en 1917 en Octubre comienza la revolución socialista en Rusia. Producto de todo eso, se firma el Tratado de Versalles que puso fin a la I Guerra Mundial, este Tratado en su capítulo 13 establece la creación de la Oficina Internacional del Trabajo, que después toma el nombre de Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Bolivia, así como se incorpora al mercado mundial capitalista también empieza a incorporar en su legislación todo lo que mundialmente está existiendo, tal como la jornada de ocho horas de trabajo.

Es en ese periodo histórico lo que se denomina como: “El periodo de las Grandes Leyes Sociales en Bolivia”, que tiene su origen, su motivo y se interrumpió en 1932, cuando Bolivia entra en guerra con el Paraguay¹⁹.

Finalizada la Guerra del Chaco se producen grandes levantamientos que dan lugar a golpes de Estado tanto a favor del Cnl. David Toro como del Tcnl. Germán Busch. En estos gobiernos militares se crea el Ministerio del Trabajo, se lleva adelante una Asamblea Constituyente en la cual se aprueba la Constitución Social de 1938 en la cual se incorpora el Régimen Social, y en 1939 se dicta el Código del Trabajo.

¹⁹“*Digesto Laboral Boliviano*” *Op. Cit.*

CAPÍTULO 3.

EL DERECHO DEL TRABAJO.

3.1. EL DERECHO DEL TRABAJO.

Es una disciplina moderna que se desarrolla y generaliza a partir de la hegemonía económica del capitalismo.

Se basa en:

- a) El desarrollo de la tecnología.
- b) La libertad de la persona.
- c) El trabajo asalariado.

Estos tres elementos, únicamente pueden darse en el capitalismo, de tal manera que allí es donde se desarrolla esta materia.

Básicamente es un derecho que se crea, desarrolla o produce desde abajo hacia arriba, es un derecho que nace conforme a las necesidades sociales de los trabajadores, que en su lucha diaria van consiguiendo derechos respecto a sus empleadores, derechos que por vía de la negociación o la lucha y acción directa se impone entre las partes, siendo que muy posteriormente recién el

Estado lo legaliza mediante la legislación. También es considerado un derecho no estático, decimos de abajo hacia arriba y no estático porque no es un derecho o materia jurídica que se legisló como consecuencia de una necesidad que tuviera el Estado de hacerlo, como en el derecho penal, el derecho civil o en otras materias; en este caso tanto el Estado como parte de la sociedad (los patrones), impidieron continua y sistemáticamente que se legisle, entonces tuvo que ser el esfuerzo, la organización y la movilización de los trabajadores la que va ir obligando poco a poco al Estado a legislar sobre esta materia²⁰.

Decimos que las movilizaciones de los trabajadores, la lucha frontal en la sociedad que inclusive va a desencadenar prácticamente en una guerra civil, lo cual obligará a que el Estado legisle el derecho del trabajo, es una lucha de los trabajadores contra el Estado, y por otro lado es una lucha de los trabajadores contra los patrones, lucha que puede desencadenar igual en choques sangrientos o resolverse mediante los convenios, y los convenios son formas de derecho, son parte de la teoría de la norma jurídica.

Kelsen decía acerca de la pirámide jurídica²¹, que en la cúspide de esta pirámide se encontraba la Constitución Política del Estado, luego la Ley, los Decretos Supremos, y en la base de la pirámide los Convenios, los Contratos, en todas las legislaciones, y en nuestro caso el artículo 519 del Código Civil²², establece que el contrato es ley entre las partes. Esos contratos, esos convenios colectivos, esos acuerdos a que llegan patrones y trabajadores suponen no solo respetar la legislación laboral vigente, sino que además pueden crear derechos que antes no existían. Eso es vital porque difícilmente en otras materias vamos a encontrar que suceda así de manera tan abierta el origen, la formación de las figuras y las instituciones jurídicas laborales.

²⁰ “Nuevo Derecho Procesal del Trabajo” Alberto Trueba Urbina. Edit. Porrúa S.A. México – 1978.

²¹ “Teoría Pura del Derecho” Hans Kelsen. Edit. Astrea, edic. 11ava. Buenos Aires – 1997.

²² “Código Civil” Decreto Ley N°12760. Art. 519°. (EFICACIA DEL CONTRATO). El contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes. No puede ser disuelto sino por consentimiento mutuo por las causas autorizadas por la ley.

3.2. ETIMOLOGÍA.

Etimológicamente las palabras “ trabajo laboral”, provienen de raíces semánticas del latín “laborare”; del italiano “travagliare”; del francés “travallier”; del español “trabaja”r. En el caso del latín laborare, viene de labrar, porque las primeras formas de trabajo en la antigüedad fueron la agricultura, labrar la tierra, entonces se está haciendo referencia a ese esfuerzo sistemático y planificado del hombre para obtener frutos de la naturaleza.

En el caso ya del trabajo estamos hablando de una raíz también latina que es “el trabis de trabar”, de oponer esfuerzo, oponer un obstáculo, porque el trabajo se considera también desde diferentes puntos de vista, en unos casos entendemos el trabajo como la mayor virtud, como aquello que honra a la personas, decimos “el trabajo dignifica”, pero en otros casos también el trabajo es lo duro del esfuerzo humano, el sacrificio, si pudiéramos evitar trabajar y tener todas la ventajas de un estándar de vida superior, no lo haríamos, ya los griegos dividían su tiempo en el tiempo para el descanso, el tiempo para el trabajo y el tiempo para el ocio (el ocio significa en filosofía, el tiempo para meditar). Entonces tiene esa situación de ambigüedad en cuanto a su concepción, como algo duro, como dice en la Biblia, “trabajarás y subsistirás con el sudor de tu frente”, o sea es un castigo el trabajo²³.

3.3. DEFINICIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO.

Debemos decir que: “ **es el conjunto de principios, normas e instituciones que regulan las relaciones del trabajo subordinado y dependiente, consubstancial al sistema capitalista de producción**”.

²³Trueba Urbina, *op cit.*

3.4. PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL.

Los principios del derecho laboral, conforme al profesor uruguayo Américo Plá Rodríguez, son²⁴:

a) Principio Protector:

Que se subdivide en tres elementos:

- El in dubio pro operario.
- El principio de la condición más favorable.
- La regla más beneficiosa.

b) Principio de Irrenunciabilidad.

c) Principio de la Realidad.

d) Principio de la Continuidad Laboral.

e) Principio de la Buena Fe.

f) Principio de la Razonabilidad.

g) Principio de la intervención Estatal.

3.4.1. PRINCIPIO PROTECTOR.

Establece la obligación del Estado de proteger al trabajador por encima del patrón, en este sentido, por ejemplo, la anterior Constitución Política del Estado en su Art. 156 decía: “El capital y el trabajo gozan de la protección del Estado”, entonces los estaba equiparando. En cambio la actual Constitución Política del Estado en su Art. 48-II establece la protección del trabajador. Doctrinalmente se tiene que esta protección se produce a través de las reglas:

²⁴“Los Principios del Derecho del Trabajo” Américo Plá Rodríguez. Edict. Depalma. Buenos Aires – 1978.

- a) **In dubio pro operario.-** significa que en caso de duda, se debe resolver a favor del trabajador.
- b) **La condición más favorable.-** En este caso cuando un trabajador, debe trabajar 8 horas o 10 horas, y va a ganar el mismo salario entonces el trabajador va a preferir el trabajo por 8 horas, porque esa es la condición más favorable para él.
- h) **La regla más beneficiosa.-** Cuando existen dos normas jurídicas de igual valor, entonces ¿cuál se aplica? Este principio dispone que las autoridades judiciales o administrativas, deben aplicar la norma jurídica que sea más beneficiosa al trabajador²⁵.

3.4.2. PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD LABORAL.

Está en nuestra Constitución en el Art. 48-III ²⁶ y en la Ley General del Trabajo en el Art. 4, dispone lo siguiente: “el trabajador está prohibido de renunciar a sus derechos, cualquier convención en contra es nula de pleno derecho”.

3.4.3. PRINCIPIO DE LA REALIDAD.

Establece que por encima de los documentos, los convenios, los acuerdos que existan verbales o escritos, lo que determina en última instancia a los derechos, es la realidad.

3.4.4. PRINCIPIO DE LA CONTINUIDAD LABORAL.

²⁵*Ibíd.*

²⁶*Constitución Política del Estado Artículo 48-III. Los derechos y beneficios reconocidos en favor de las trabajadoras y los trabajadores no pueden renunciarse, y son nulas las convenciones contrarias o que tiendan a burlar sus efectos.*

En la continuidad laboral se establece que es más beneficios para el trabajador el mantener su fuente de trabajo en forma indefinida antes que encontrarse bajo contratos eventuales o a plazo fijo; ahora incorporado en el Art. 48-II²⁷ de la Constitución Política del Estado.

3.4.5. PRINCIPIO DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL.

En cuanto a las relaciones entre trabajadores y empleadores el Estado tiene que intervenir, verificar contratos, verificar la situación real del trabajo, las condiciones, se convierte en un árbitro entre esas relaciones para el cumplimiento de la ley ya que la ley es de orden público y su cumplimiento es obligatorio, el Estado tiene que ser partícipe.

3.5. POSITIVACIÓN DE LOS PRINCIPIOS LABORALES.

Es importante hacer notar que el tema de los principios del trabajo, se elaboró en la doctrina desde hace más de 50 años. En realidad, de allí nació la idea de que el Derecho del Trabajo por sus propias características y autonomía constitucional, legislativa, pedagógica, etc., también tenía sus propios principios que lo hacían diferente a otros derechos.

Sin embargo, nuestro país ha avanzado bastante en este tema, seguramente mucho más que otros países del mundo, tal como pasamos a explicar.

Ya con la aprobación de la Ley del Procedimiento del Trabajo (D.L. No. 14526 de 26 de abril de 1977), se incluyó en su Art. 29 y se señalaba que: “En el juicio social seguido por el trabajador, la carga de la prueba corresponde al empleador, sin perjuicio de que aquel pueda ofrecer las

²⁷*Constitución Política del Estado Artículo 48-II.- Las normas laborales se interpretarán y aplicarán bajo los principios de protección de las trabajadoras y de los trabajadores como principal fuerza productiva de la sociedad; de primacía de la relación laboral; de continuidad y estabilidad laboral; de no discriminación y de inversión de la prueba a favor de la trabajadora y del trabajador.*

pruebas que estime conveniente”. De tal manera que se entiende que se incorporó a nuestra legislación laboral adjetiva, la positivización o normativización del principio de la Inversión de la Prueba.

En 1979 se aprobó el Código Procesal del Trabajo, vigente en la actualidad. Dicho texto normativo positivizó principios procesales que ya se encontraban en la Ley de Organización Judicial de entonces, pero dentro de los cuales se incluyen en su Art. 3 incs. g) y h), es decir los principios de “proteccionismo” (por el que los procedimientos laborales busquen la protección y la tutela de los derechos de los trabajadores), y el de inversión de la prueba (por el que la carga de la prueba corresponde al empleador), concordante éste último con el Art. 150 del mismo cuerpo legal (en esta materia corresponde al empleador demandado desvirtuar los fundamentos de la acción, sin perjuicio de que el actor aporte las pruebas que crea conveniente).

Recién, 32 años después, el Derecho Laboral boliviano ha podido elevar a categoría constitucional, no sólo “el principio de la inversión de la prueba”, sino otros principios claves que hemos desarrollado en sus contenidos. Sin perjuicio de lo anterior, también es necesario advertir, que el D.S. 28699 de 1ro. de mayo de 2006, también avanzó en la positivización de principios, de tal manera que al presente en Bolivia, más que principios, propiamente y conforme a la teoría pura del derecho, estamos en presencia de normas positivas, de cumplimiento obligatorio por expresa disposición de la propia Constitución Política del Estado, en consecuencia, se trata de un inmenso avance jurídico en esta materia.

A continuación incluimos los textos sobre positivización de principios laborales, tanto de la Constitución Política del Estado como del D.S. 28699.

3.5.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO.

ARTÍCULO 48.

- I. “Las disposiciones sociales y laborales son de cumplimiento obligatorio”.
- II. “Las normas laborales se interpretarán y aplicarán bajo los principios de protección de las trabajadoras y de los trabajadores como principal fuerza productiva de la sociedad; de primacía de la relación laboral; de continuidad y estabilidad laboral; de no discriminación y de inversión de la prueba a favor de la trabajadora y el trabajador.”
- III. “Los derechos y beneficios reconocidos a favor de las trabajadoras y los trabajadores no pueden renunciarse, y son nulas las convenciones contrarias o que tiendan a burlar sus efectos²⁸.”

3.5.2 DECRETO SUPREMO N° 28699²⁹.

ARTÍCULO 4.- (PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL).

- I. Se ratifica la vigencia plena de los principios del Derecho Laboral:
 - a) **Principio Protector.-** en el que el Estado tiene la obligación de proteger al trabajador asalariado, entendido en base a las siguientes reglas:
 - **In dubio pro operario.-** En caso de existir duda sobre la interpretación de una norma, se debe preferir aquella interpretación más favorable al trabajador.

²⁸Constitución Política del Estado” Gaceta Oficial de Bolivia. Edic. Oficial. 7 de febrero de 2009. La Paz – Bolivia.

²⁹D.S. No. 28699 de 1 de mayo de 2006, que deroga el Art. 55 del D.S. 21060. Edit. U.P.S. La Paz – 2006. (Gaceta Oficial de Bolivia).

- **De la condición más beneficiosa.-** En caso de existir una situación concreta anteriormente reconocida ésta debe ser respetada, en la medida que sea más favorable al trabajador, ante la nueva norma que se ha de aplicar.

b) Principio de la Continuidad de la Relación Laboral.- Donde a la relación laboral se le atribuye la más larga duración imponiéndose al fraude, la variación, la infracción, la arbitrariedad, la interrupción y la sustitución del empleador.

c) Principio Intervencionista.- El Estado, a través de los órganos y tribunales especiales y competentes ejerce tuición en el cumplimiento de los derechos sociales de los trabajadores y empleadores.

d) Principio de la Primacía de la Realidad.- Donde prevalece la veracidad de los hechos a lo determinado por acuerdo de partes.

i) Principio de No Discriminación.- Es la exclusión de diferenciaciones que colocan a un trabajador en una situación inferior o más desfavorable respecto a otros trabajadores, con los que mantenga responsabilidades o labores similares.

II. La presente enumeración de los principios laborales no son excluyentes con principios establecidos con anterioridad, ni con las que pudieran incorporarse con posterioridad.

ARTÍCULO 5 (CONTRATOS).- Cualquier forma de contrato, civil o comercial, que tienda a encubrir la relación laboral, no surtirá efectos de ninguna naturaleza, debiendo prevalecer el principio de realidad sobre la relación aparente³⁰.

3.6. VÍNCULO DE SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA.

El derecho supone la existencia de los sujetos activo y pasivo, el objeto del derecho y la relación jurídica entre los sujetos y el objeto, en nuestro caso, existe un vínculo de subordinación y dependencia entre los sujetos de la relación jurídica laboral, un sujeto que es el patrón y otro que es el trabajador, el vínculo y la relación jurídica entre ambos es de subordinación y dependencia. El trabajador está subordinado al patrón por la dirección administrativa y técnica que este último ejerce, y también depende del patrón por la necesidad del salario.

Durante este lapso de tiempo el patrón tiene el derecho de dirigir el trabajo del empleado, pero estas órdenes tienen que estar necesariamente referidas a la ejecución del trabajo. Existe una figura jurídica laboral denominada “JusVariandi”³¹, que es el derecho del empleador de modificar parte de las condiciones de trabajo, pero solamente en función de que el trabajo se realice mejor, sin atentar los derechos del trabajador y sin alterar los términos del contrato.

Vínculo de Subordinación y Dependencia.- Esencialmente se refiere, en cuanto a subordinación a que el trabajador debe seguir las órdenes que le da el empleador, y en cuanto a la dependencia, existe una relación económica entre trabajador y empleador, el sueldo o el

³⁰Consolidando de esta manera al derecho del trabajo en cuanto a reconocer la relación obrero-patronal.

³¹**El jusvariandi:** consiste en la potestad que se reconoce al empleador, de variar, dentro de ciertos límites, las modalidades de prestación de las tareas del trabajador. Según ha sido desarrollado extensamente por la doctrina y la jurisprudencia, se trata de una facultad unilateral del empleador, que solamente puede ser ejercida dentro de ciertos límites, de forma tal que, sintéticamente podría señalarse que mediante su ejercicio no pueden afectarse sino aspectos secundarios de la forma en que se presta la actividad. Plá Rodríguez, Américo, *Curso de DL, T II*, vol. I. Ed. Acali, Mdeo, 1978, p. 76. Plá Rodríguez, A., *idem*, Ermida Uriarte, O, *Modificación de condiciones de trabajo por el empleador*, Hammurabi, Bs.As., 1989, p. 32 y ss.

salario. Esta situación de estar subordinado a las órdenes, de que existe dependencia económica supone que se dan tres efectos naturales:

- a) Se trata de un trabajo prestado libremente, a nadie se le puede obligar a trabajar.
- b) Es un trabajo productivo para el empleador.
- c) El trabajo se realiza por cuenta ajena.

Entonces el vínculo que existe es de subordinación funcional y dependencia económica.

CAPÍTULO 4.

DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO

4.1. ANTECEDENTES GENERALES.

El derecho laboral se divide en tres grandes áreas:

- a) El derecho individual.
- b) El derecho colectivo.
- c) El derecho procesal del trabajo.

Para el presente trabajo de tesis únicamente tomamos lo relativo al derecho individual del trabajo y los procedimientos que le corresponden, esto debido a la particularidad del tema tratado, aspecto se que se será desarrollado en los siguientes capítulos y que dan cuenta de la metodología y elección realizada.

El Derecho del Trabajo como relación económico-social nació en el siglo XVI con el renacimiento en Europa, allí aumentó la producción de manufacturas y empezó a producirse la aparición de un proletariado todavía germinal y de una burguesía más comercial y mercantil que productiva, principalmente en lo que ahora son los países bajos como Holanda, Bélgica, Luxemburgo y en Inglaterra, ya para 1600 Francia también ingresa en este sistema de producción.

La revolución francesa de 1789 propone la captura del poder político por parte de la burguesía en el entendido de ésta burguesía desde 1600 adelante había tomado todo el poder económico, los reyes de la época adeudaban a los bancos burgueses, prácticamente más dinero que el presupuesto general de la nación y todo aquello que podía recaudar, entonces lo único que quedaba era eliminar la monarquía y en su lugar, estos banqueros y fabricantes asumir el poder que en los hechos ya lo tenían.

La filosofía de la época, en nuestro caso en cuanto al derecho y el jusnaturalismo³², y en cuanto a la ideología de la época fueron las ideas de la Enciclopedia en Francia, y de la Ilustración en general en toda Europa, que hacen esa época, están en ese movimiento, cuya filosofía es el liberalismo, basado en el individuo, esta teoría señala que todos los individuos tienen los mismos derechos, a partir de eso se escribirá el “Contrato Social” por Juan Jacobo Rousseau, en el cual los individuos depositaron parte de su libertad para crear el Estado y el derecho, como garantía genérica para el bien común de todos. Una vez que asumen el poder, y conforme a esta ideología se dictan una serie de leyes, la más impotente es la ley Le Chapelier de 1791³³, donde se dispone la prohibición y la abolición de todos los gremios y corporaciones, se establece conforme a la declaración universal del hombre y del ciudadano que únicamente, se plantea que los hombres son libres y pueden contratar. Esto significa que la ley estaba aboliendo todas las corporaciones artesanales de la edad media. Se declara entonces con esta ley el trabajo libre, se habla de libre comercio, libre mercado. El problema es que los legisladores actuaron viendo al pasado errando lo que fue el pasado feudal, pero no se dieron cuenta de que el capitalismo no puede funcionar en forma individual, de manera necesaria, se dan también las corporaciones, y no pasó mucho tiempo hasta que eso suceda, el hecho de que los obreros estén concentrados en los talleres

³²**Jusnaturalismo:** designa unánimemente aquella filosofía y orientación del pensamiento que afirman en general la existencia del derecho natural se entiende una ley de naturaleza reguladora de las acciones humanas que se rige para siempre como principio de regulación de un orden jurídico racionalmente constituido y como modelo de los ordenamientos positivo históricos. El modelo jusnaturalista o derecho natural se identifica con una justicia concebida como absoluta y objetiva el contenido trascendental es válido universalmente, o por lo menos está conformado por principios universales, tiene como expresión suprema de sus relaciones permanentes a la justicia finalmente este orden se hace cognoscible y aceptable en su carácter absoluto por parte de cada uno de los hombres. El Derecho natural o jusnaturalismo es una corriente de la filosofía del derecho que afirma que al menos una parte de las normas convencionales del Derecho y la moral están asentadas en principios universales este conjunto de normas conforman el derecho natural. (Teoría del derecho Germán Cisneros Fariás editorial trillas México 2000 Filosofía del Derecho; Editorial Harla, México, 1991).

³³**La Ley Le Chapelier** (del nombre del abogado bretón Isaac le Chapelier, que había presidido la sesión del 4 de agosto de 1789 en la Asamblea Nacional en la que se decretó la abolición del feudalismo, y había participado en la creación del Club de los Amigos de la Constitución, llamado de los Jacobinos), promulgada en Francia el 14 de junio de 1791, en plena Revolución Francesa.

suponía que empiecen a asociarse en sindicatos, como los sindicatos estaban prohibidos, entonces se sancionaba penalmente a los sindicalistas. En Francia, Inglaterra, la sanción era la pena de muerte, en Inglaterra en el caso de las mujeres se las enjuiciaba penalmente y se las declaraba prostitutas, y se les daba sanciones de dos, cinco años, según el grado de participación, y eran llevadas a casas de lenocinio donde debían cumplir su sanción por el plazo establecido.

Pero también por el lado del capital empiezan a organizarse las corporaciones, porque a un comienzo el propietario es al mismo tiempo el gerente del negocio, pero conforme va creciendo y va desarrollando el capitalismo, se da una división (una cosa es el gerente que es un empleado, y otra es el propietario), asimismo empieza la competencia al interior de las naciones y entre las naciones, y esto hace que las empresas más grandes empiecen a comerse a las pequeñas, de tal manera que hay que fortalecer un capital, ese momento aparecen las sociedades comerciales como las sociedades anónimas, las sociedades de responsabilidad limitada, donde varios capitalistas unen capitales, negocios y esfuerzos para poder sobrevivir, eso supone que se creen corporaciones más grandes donde el directorio está compuesto por los propietarios que empiezan a imponer normas para la producción a nivel nacional.

La competencia entre naciones dio lugar a la aparición de las sociedades anónimas donde el dinero o el capital funciona con la sociedad ya no es propiamente de los accionistas, los propietarios colocan un 20 o 30 % de capital a la empresa, ponen su maquinaria, pero el 70% son las acciones, títulos, valores que se venden en las bolsas de valores en el mercado financiero.

Gran parte del capital, sino la mayoría de las acciones que manejan las sociedades anónimas no pertenecen a los grandes empresarios industriales en forma individual, sino que en los hechos la sociedad anónima es una corporación, un sindicato de accionistas que anualmente se reúnen en su asamblea general de accionistas, aprueban el balance, reciben el informe del directorio, designan presidente, directores, gerentes de la empresa, etc. La organización empresarial moderna tiene su base en la sociedad anónima, local o global, de manera que a pesar de ser el embrión del capitalismo y la propiedad privada, es una organización y economía social. Entonces tanto por el lado de los trabajadores como por el lado de los capitalistas se producen las coaliciones o las corporaciones.

Entre 1824 y 1826 el movimiento sindical Inglés, denominado cartista o Fabiano, por la carta que escribieron a la reina y la firmaron cientos de miles de sindicalistas afiliados pidiendo y logrando derechos civiles y políticos; y por el nombre de su líder sindical Fabio. En Francia, los derechos sociales y sindicales se consolidaron luego de la Revolución de 1848, y principalmente después de la experiencia de la Comuna de París en 1871, dictándose en 1880 la Ley Waldeck – Rousseau que legalizó los derechos de los trabajadores. Poco a poco en el resto del mundo se legalizarán estos derechos sociales, de los sindicatos, etc.

La revolución francesa influyó en todo el resto de legislaciones mundiales que se habían establecido en 1804 con el Código Civil Napoleón, que viene a ser fundacional. Este código habla en un capítulo donde de la locación de servicios personales que puede dar lugar a contratos de servicio y a contratos de obra, esto fue recogido de la legislación romana, entonces el derecho del trabajo estaba inmerso en el código civil, no había contratos colectivos, solo contratos individuales.

Para esa época, la revolución está en decadencia, Napoleón se hace cargo del poder (1799), en las colonias resulta que se está viviendo la crisis que también se produce en toda Europa. Napoleón invade toda Europa, inclusive en 1806, y a los países que entraba Napoleón, no sólo que los dominaba militarmente, sino que imponía un tipo de producción capitalista, a donde entraban liberaban a los siervos y campesinos, los declaraban libres, eliminaban a los monarcas y a los reyes, y en su lugar imponían juntas de burgueses capitalistas para que se hagan cargo de la dirección del Estado, consiguientemente el Código Civil Napoleón es ajustado a las particularidades de cada nación.

Nuestro caso va a suponer desde 1809 la lucha independencia hasta 1825. Para 1812, las Cortes de Cádiz, las cortes burguesas que se hicieron cargo de la lucha revolucionaria en España para expulsar a los franceses de España y para imponer un gobierno burgués, las Cortes de Cádiz aprueban una Constitución que viene siendo una copia del Código Napoleón. Una vez que se da la independencia en Bolivia, los primeros decretos establecen la eliminación de toda la legislación Colonial Española excepto en algunas materias y se dispone la aprobación transitoria del uso de la legislación española de 1818, eso perduró hasta abril de 1831, donde el Mariscal

Andrés de Santa Cruz dicta el Código Civil Boliviano que ha estado vigente en Bolivia hasta 1972 con Bánzer. Este Código Civil establece la misma situación, los contratos de obra y los contratos de servicio, señalando que en caso de conflicto la palabra del patrón hace plena prueba. Con esa legislación se da el principio del derecho del trabajo como un derecho plenamente civil.

Con el paso del tiempo (1880), en Europa, los sindicatos ya fortalecidos, empiezan a implementar los contratos de trabajo, hay que ver que en Europa se produjo una primera revolución en Francia hacia 1831, liderizada nuevamente por la burguesía pero ya con participación orgánica del proletariado y se instaura lo que se llama la segunda república, porque una vez que Napoleón es derrotado en Waterloo, los ejércitos triunfantes de Prusia e Inglaterra imponen un nuevo rey en Francia. La primera gran crisis económica capitalista se da hacia 1830, esta crisis trae como problema social que se dé la segunda revolución burguesa, para 1848 se publicó el famoso Manifiesto del Partido Comunista de Marx y Engels³⁴, este manifiesto hablaba del partido comunista mundial, porque ya desde mediados de los años 30 se habían organizado ya partidos con características socialistas en toda Europa, y en 1848 lo que hacen es reunirse en su cuarto congreso mundial donde se aprueba el Manifiesto del Partido Comunista, un partido mundial que tenía secciones en Norteamérica y en toda Europa, ese era el grado de organización proletaria para 1848. En febrero se aprueba el Manifiesto, y en junio se producen las grandes revoluciones en Europa, los obreros toman Madrid, toman Berlín, toman Viena, toman París, casi durante una semana se mantienen y no lo hacen de forma organizada, lo hacen por qué se está viviendo la segunda gran crisis económica del capitalismo. El capitalismo vive en forma de crisis cíclica, hay un auge seguido de crisis económica. Como los obreros no tenían conciencia que había que tomar el poder estatal, lo único que ellos hacen es lanzar la huelga, no les hacen caso, salen a las calles enfrentan al ejército derrotan al ejército y son los dueños de la situación, pero no saben nada más que hacer, de inmediato los ejército y los burgueses se organizan y los derrotan, en 1871 se da la primera revolución proletaria triunfante que fue la Comuna de París,

³⁴*El Manifiesto del Partido Comunista* (*Manifest der Kommunistischen Partei*, por su título en alemán), uno de los tratados políticos más influyentes de la historia, es una proclama encargada por la Liga de los Comunistas a Karl Marx y Friedrich Engels entre 1847 y 1848, y publicada por primera vez en Londres el 21 de febrero de 1848. Este Manifiesto, del que son especialmente famosas las frases de principio y final (*Un fantasma recorre Europa, el fantasma del comunismo y el lema ¡Proletarios de todos los países, uníos!, respectivamente*), favoreció una gran revolución social y política y fue la base ideológica del movimiento obrero internacional y del proceso revolucionario ruso, que culminó en 1917 con la creación de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). Marx, Carlos; Engels, Federico (1974). *Manifiesto del Partido Comunista*. Buenos Aires: Ediciones Pluma.

los obreros toman el poder casi 4 meses e instauran medidas de carácter socialista, pero así mismo dictan una serie de medidas de carácter social que una vez derrotada la revolución estas medidas ya no van a ser modificadas, y a partir de entonces se habla de una nueva legislación laboral, se habla ya de contratos de trabajo que ya no son contratos civiles y ese tipo de contratos serán implementados en Bolivia a partir de 1900.

4.2. SUJETOS DE LA RELACIÓN INDIVIDUAL DEL TRABAJO.

El sujeto o la persona en el Derecho Individual del Trabajo está constituido por las personas naturales o físicas y jurídicas o morales, que ejercen algún derecho o cumplen alguna obligación de carácter laboral.

Estos sujetos son dos:

- a) Los empleadores o patrones.
- b) Los trabajadores.

Anteriormente se subdividían los trabajadores en empleados y obreros, en la actualidad esta división está en desuso, aunque se suele aplicar según el mayor esfuerzo manual o intelectual que se realice. Las autoridades judiciales y administrativas en materia laboral como los jueces del trabajo o los inspectores del ministerio de trabajo no son sujetos de la relación, sino son órganos en virtud de la función pública que ejercen.

4.2.1. SUJETO EMPLEADOR.

Empleador, tiene como sinónimos de amo, señor, jefe, modelo, patrón, etc., también se entiende como la medida de la moneda, en nuestro caso se entiende que es el empleador, el empresario, el dador del trabajo, el principal o el capitalista.

La terminología que utilizan las normas jurídicas en Bolivia se lo designa generalmente como empleador o patrón.

El Artículo 2 de la Ley General del Trabajo establece: “Patrono es la persona natural o jurídica que proporciona trabajo por cuenta propia o ajena para la ejecución o explotación de alguna obra o empresa; entonces al ser persona o sujeto se entiende que el patrón tiene derechos y tiene obligaciones, asimismo, es una persona natural o física en otras palabras individual o una persona jurídica o moral o persona colectiva, en este caso puede ser una sociedad anónima, una sociedad de responsabilidad limitada, una sociedad accidental, el Estado, un fundación, cualquier persona de características colectivas”.

Los elementos del sujeto empleador son:

- a) La contratación de servicios de trabajadores subordinados y dependientes con o sin fines de lucro. El patrón puede contratar con fines de lucro o sin fines de lucro.

- b) Es una persona natural o física cuando el mismo propietario administra y dirige la faena del trabajo, es una persona jurídica o moral o cuando es una persona colectiva que está representada por un directorio o por un gerente o por algún responsable o personero legal al cual se le asignado la labor de dirigir la empresa.

- c) Proporciona trabajo por cuenta propia o ajena, puede ser que la misma empresa contrata una persona para que realice un trabajo, o puede ser un sistema de subcontratación (Ej. una empresa constructora se adjudica la construcción de un camino, esta empresa subcontrata a otras dos empresas para que realicen el trabajo, el trabajador de base puede exigir sus derechos a la empresa subcontratista o contratista independientemente); también se habla de los reclutadores aunque propiamente ya no caen en este ámbito (Ej. Price Waterhouse publica en la prensa que requiere una secretaria, uno manda su solicitud a dicha empresa, pero resulta que está reclutando para Hansa S.A., como ellos están reclutando para Hansa S.A., entonces el verdadero patrón es Hansa S.A.).

En cuanto al Estado y las asociaciones en la relación individual, tenemos que el Estado actúa como:

- a) Persona de Derecho Público.
- c) Persona de Derecho Privado.

Si es de **derecho privado** actúa como persona individual. Cuando el Estado actúa contratando con otras instituciones o con otras naciones, actúa como **persona de derecho público**, pero cuando actúa respecto a la contratación de trabajadores actúa como persona de derecho privado, este es el caso del estado cuando realiza explotaciones o prestación de servicios, explotaciones cuando es por la vía industrial de producción, cuando es de servicios cuando la prestación no es ligada a la producción sino a la prestación de servicios necesarios a la población (Ej. Empresa de Correos, etc.), en esos casos el Estado actúa como empresario, como empleador, la misma situación sucede con las prefecturas y los municipios, las prefecturas están ligadas al Estado central pese a la ley de descentralización, las municipalidades pese a su carácter autónomo se consideran parte del Estado.

La Ley General del Trabajo en su Art. 1 (última parte), establece que :”esta ley se aplica también a las explotaciones del Estado y a cualquier Asociación Pública o Privada con o sin fines de lucro, esto quiere decir que se aplica también a las fundaciones, a las asociaciones y a las Iglesias, tengan o no fines de lucro”.

El Art. 1 de la Ley General del Trabajo en su (primera parte), y el Art. 104 de la Ley General del Trabajo establece que: “los empleados y funcionarios públicos no están amparados por esta ley, en consecuencia ellos pertenecen al dominio del derecho administrativo”.

4.2.2. SUJETO TRABAJADOR.

Como concepto es posible señalar, que “es la persona física o natural que trabaja”, es decir el obrero, el empleado, el jornalero; es quien presta la prestación de la realización del trabajo a cambio de una contraprestación denominada salario. El Art. 2 de la Ley General del Trabajo dice: “Empleado y obrero es el que trabaja por cuenta ajena”.

El D.S. de 3 de julio de 1964 establece que se designará con el denominativo de trabajador a empleados y obreros sin ninguna distinción.

Los elementos de la calidad de trabajador son:

- a) **La prestación de servicios subordinados:** el trabajador no presta servicios para sí mismo, porque si lo hiciera sería un trabajador por cuenta propia lo que el trabajador realiza es un trabajo subordinado por cuenta ajena, en beneficio del patrón, asimismo ejecuta o realiza la obra encomendada por el patrón, el trabajador no es independiente ni libre para realizar el trabajo, él realiza el trabajo que se le ha encomendado, que se le ha enseñado a realizar.

- b) En materia de contratos de Derecho Individual de Trabajo se habla de que el trabajador obligatoriamente es una persona física o natural, en ningún caso una persona colectiva, aquí hablamos del trabajador individual y no del sindicato, el patrón si puede ser una persona física individual o una persona colectiva, una sociedad, pero el trabajador no, aquí se lo toma individualmente, al margen de su asociación gremial o profesional, de ahí también que en caso de muerte, para esos efectos, al ser una persona física individual existe una sucesión hereditaria, los beneficios sociales y los derechos que tengan son heredados por la esposa o los hijos o ambos.

Asimismo se señala que la legislación laboral ha dictado normas jurídicas para que sean utilizadas por trabajadores individuales o de características físicas, es el caso de la vacación, no se da vacación a un sindicato, sino al trabajador, también las jornadas de trabajo, la protección de la maternidad, benefician en forma individual a los trabajadores, aún en caso de existir convenios colectivos, los que se benefician con estos convenios son trabajadores individuales, existe el aumento de salario que ha sido conseguido por el sindicato, no se beneficia el sindicato sino los trabajadores individuales que pertenecen al sindicato.

En forma genérica se entiende que la mayor parte de la población de un Estado trabaja, porque si no trabajara se moriría de hambre y no tendría ingresos, pero en materia del trabajo son sujetos del Derecho del Trabajo únicamente quienes se encuentran bajo relación de subordinación y dependencia, quedan al margen entonces, de esta categoría de sujetos de derecho del trabajo los trabajadores independientes como los profesionales liberales, los gremiales, los artesanos, los apoderados en materia civil, los funcionarios públicos y otros que no tienen esa relación de dependencia.

4.3. EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO.

El contrato de trabajo aparece en Roma, en principio existía un trabajo servil de los esclavos, y posteriormente aparece la locación de obras romana (el alquiler de obras romana), a un comienzo los contratos no eran contractuales, no había voluntad de las partes, sino existía un sistema de dominio donde el esclavista imponía su voluntad al esclavo, la jurisprudencia en Roma había aceptado que el esclavo no era un ser humano sino que simplemente era una “res” (una cosa), el esclavo era propiedad del esclavista, el trabajo del esclavo también era considerado como una cosa propiedad del señor esclavista, y el esclavista podía dar este trabajo en usos, podía entregar a cualquier persona a cambio de un precio, para que el esclavo realice el trabajo, era parte de su patrimonio.

Con el paso del tiempo aparece la **manumisión** de los esclavos³⁵, de diferentes formas los esclavos empezarán a ser liberados, de esta forma los esclavos serán arrendados o alquilados a cambio de una “**locatioconduciorei**”³⁶, por ella el esclavo ganaba un sueldo o denominado también una “**merced**”³⁷, esas merces ganada por el trabajo del esclavo iba en su integridad al patrimonio del esclavista, la “merced” venía siendo como un fruto civil que está generando la cosa.

³⁵**Manumisión:** En la antigua Roma, es el nombre que recibía el proceso de liberar a un esclavo, tras lo cual se convertía en un hombre libre o, incluso, en un ciudadano romano con plenos derechos. La manumisión fue una práctica común en Roma y sus territorios a lo largo de su historia. Un esclavo, por afecto, favores prestados, méritos, cualidades personales, buena voluntad del propietario, podía convertirse en liberto e incluso ser aceptado e incorporado a la alta sociedad romana, como es caso de algunos libertos imperiales, que por el sistema de promoción social, así como por su excepcional riqueza o experiencia, alcanzaron la cima de la escala social llegando a desempeñar cargos políticos gracias al apoyo de la aristocracia romana. Pero lo más habitual era que se les siguiera viendo como siervos, no permitiéndoles olvidar su pasado, y la mayor parte de los libertos simplemente subieron un peldaño en la estratificación social romana, pasando a formar parte de la plebe y con ello la necesidad de ganarse la vida con su trabajo, por lo que muchos de ellos siguieron trabajando para sus anteriores propietarios, ahora patrono.

³⁶**Locatioconduciorei:** Es el contrato por el que una persona llamada locator, se obliga a ceder el uso y disfrute de una cosa a otra, llamada conductor a cambio de un precio cierto. La cosa puede ser de cualquier clase con tal de que no sea consumible. Si es inmueble, se puede tratar de un arrendamiento rústico o urbano. El precio tiene que ser verdadero y cierto excepto en un caso que es la llamada colonipartiararia. En este caso el precio lo constituye una cuota de los frutos del fundo. (Derecho Clásico, Autor: Fernando Betancourt, Volumen 33, Universidad de Sevilla 2007.)

³⁷**Merced o Precio.-** Normalmente consistía en una cantidad de dinero, en los arrendamientos rústicos era posible pagar el importe de las Merces con los frutos obtenidos del rubro distinguiéndose dos tipos de pago: una parte de los frutos (pars cuota) que producía el fundo, por ejemplo un tercio, un quinto de la cosecha; o bien una cantidad determinada de productos producidos independientemente de la cosecha que se obtuviese (pars quanta), por ejemplo un quintal de trigo, dos barricas de vino. En el arrendamiento las merces o pago es un elemento esencial, es un rasgo que lo distingue de otros tipos de contratos como los innominados o el comodato.

Con el tiempo se va desarrollando este tipo de relación de los sujetos, y la **“locatioservi”**(el alquiler de servicios), y la **“locatiooperarumservi”**³⁸, se irán reproduciendo en las manumisiones posteriores, pero ya conforme al avance de los tiempos con nuevas situaciones que varían, en este sentido aparece la **“iusiurandum”**³⁹, que es una promesa jurada por la cual el liberto a tiempo de ser manumitido promete al patrón que de lo que el gane ya siendo libre, le daba parte al patrón, entonces bajo esa garantía es que se procede a la liberación de los esclavos.

Continúa el desarrollo de esta modalidad de contratos y supone ya una mayor libertad en cuando a la locación de servicios que tiene el esclavo, en este sentido una vez que es manumitido, el patrón mediante una **“stipulatio”**⁴⁰ se compromete a no interferir ni impedir que el **“liberto”**⁴¹ alquile sus servicios, parte del trabajo, el “liberto”, puede hacerlo para el patrón y ya parte de su tiempo lo dedica para ganar su propio dinero. A partir de entonces, el trabajador empieza a colocar sus propias obras o a realizar su propio trabajo, a esto se denominará la **“locat operas suas”**, pero quedaba sin embargo un resabio de vinculación al patrón, como hemos visto mediante la “stipulatio” el “liberto” se había comprometido a entregar parte de su ganancia al patrón, una vez que ya la libertad se hace generalizada en Roma con Antonio Caracalla, entonces desaparece esta **“stipulatio”**, a partir de ese momento los esclavos manumitidos, posteriormente la generalidad de los esclavos liberados pueden colocar sus propios trabajos,

³⁸**Locatiooperarumservi.**- La principal obligación del Locador es el de realizar la actividad o trabajo objeto del contrato, es decir prestar los propios servicios durante un determinado tiempo; aún cuando no estaban excluidos de la Locatio Conductio los de las artes liberales (medicina, abogacía, etc), eran servicios que de acuerdo con las prácticas y exigencias sociales de los romanos no podían ser remuneradas, se consideraba esto contrario a las buenas tradiciones y debían prestarse gratuitamente, sin embargo, en la fase imperial tardía se permitió requerir procesalmente el pago de estos servicios a través del procedimiento extra ordinem. El locador respondía en caso de culpa y dolo; el trabajo o actividad debía prestarse personalmente, por lo que su muerte extingue la obligación. El conductor estaba obligado a pagar la merced o renta durante la vigencia del contrato, aún cuando el locador, por causas a él no imputables no hubiese prestado los servicios.

³⁹**Iusiurandum.**- Juramento. Acción de poner a Dios por testigo de la certeza de una afirmación. Se distinguen dos clases de juramentos: los realizados durante el juicio (in iure, in litem, neccesarium) y los realizados fuera del juicio para poner fin a una disputa entre las partes (voluntarium) Diccionario de jurisprudencia romana de Manuel Jesús García Garrido - 1993 - Law - 459 páginas.

⁴⁰**Stipulatio.**- Es considerado como un contrato verbal por excelencia se lo denomina “stipulatio o Estipulación”, que consiste en una interrogación oral pronunciada por el futuro acreedor (stipulator) seguida de la respuesta oral inmediata y congruente del futuro deudor (promissor). Dentro de esta figura no existe unanimidad, pues tanto se ha cifrado en la institución del nexum, como en el derecho sacro, con base en el juramento que exigía la oralidad, cuya pregunta y respuesta adoptaron originalmente la forma del sponsio, y debían realizarse en un solo acto y lugar (uñitas actus), sin interrupción de manera que a la pregunta siguiera la respuesta congruente, por lo que no era válida la estipulación entre ausentes, en consecuencia podemos decir que es un contrato verbal estricto, unilateral pues solo estaba obligado el promisor y abstracto pues para que fuera eficaz bastaba observar las formalidades con independencia de su causa. Curso de derecho privado romano, Rafael Bernard Mainar, Editor Universidad Católica Andrés, 2001.

⁴¹**Liberto:** es un esclavo al que de algún modo le ha sido concedida la libertad. Los libertos son figuras existentes en todas las sociedades esclavistas.

pueden alquilar sus servicios sin tener que entregar nada al patrón, ese momento entonces es cuando nace una nueva institución jurídica dentro de los convenios, el trabajador está realizando un trabajo denominado “**operaelocatae**” por la cual realiza el trabajo con características de subordinación y dependencia, a diferencia de la “**locatioconductiooperis**”⁴², en la cual simplemente era una venta de servicios como lo puede hacer un albañil o un carpintero, pero ya en la “**operaelocatae**”, lo que se está dando es “una verdadera relación obrero patronal”, de ese precio que recibe él, se denomina “**merces**”, vendrá otro posteriormente que se definirá como el “mercenario” (a cambio de un dinero) pero que en su principio no tenía ninguna forma de maldad, tras esta venta de servicio de fuerza de trabajo.

Hasta ahí evolucionó la doctrina Romana. Posteriormente y **durante la Edad Media** las instituciones romanas del derecho prácticamente desaparecieron, en la Edad Media los **glosadores y postglosadores** intentaron recuperar algo del Derecho Romano para aplicarlo al Derecho Canónico⁴³.

Fue el modo de producción capitalista que nuevamente desarrolló estas formas de contratación, ya que se habían creado talleres en la edad media, manufacturas, entonces la relación que se daba era de subordinación y dependencia, se cancelaba un salario, el problema es que no estaba definido el tipo de contrato que existía, no habían contratos escritos tampoco en esa época, la costumbre y la necesidad va a ser que se dé esta relación jurídica, en 1789 se produce la revolución francesa, y la revolución francesa llevó a la burguesía al poder político, los revolucionarios habían realizado el trabajo de la redacción de un nuevo Código Civil, que debía abrogar totalmente la legislación de la época feudal, y en su lugar establecer la nueva legislación acorde a la época que ya se vivía, en 1804 durante el gobierno de Napoleón es cuando se promulga el Código Civil napoleónico, que dará nacimiento a las legislaciones civiles

⁴²**Locatioconductiooperis.**-Es un contrato por el que una persona, llamada conductor, se obliga a realizar una obra para otra, llamada locator, a cambio de un precio. Lo importante en este contrato no es el trabajo realizado sino el resultado que se obtiene. Presupuesto de este contrato es que la obra se llevase a cabo por materiales suministrados por el que la encarga. (Derecho Clásico, Autor: Fernando Betancourt, Volumen 33, Universidad de Sevilla 2007.)

⁴³**El Derecho canónico** (del griegokanon/ κανον, para regla, norma o medida) es una ciencia jurídica que conforma una rama dentro del Derecho cuya finalidad es estudiar y desarrollar la regulación jurídica de la Iglesia católica. Bajo esta definición se engloban tres conceptos que han conformado controversia acerca de su consideración a lo largo de la Historia hasta nuestros días: su finalidad, su carácter jurídico y su autonomía científica.

del mundo, posteriormente trae en uno de sus capítulos el asunto de la prestación de servicios como locación de servicios y locación de obra, no se habla todavía de contrato de trabajo y relación obrero patronal, sino que estos contratos están dentro del Código Civil, dentro de las instituciones civiles.

Cambia la situación política en Europa, Napoleón es derrotado en 1814, se restablece el rey en España, pero bajo controles democrático-burgueses, el mismo reino de España emite una nueva Constitución en 1819, que ya da pautas de lo que ya será la nueva legislación civil en España, de tal manera que pasada la guerra de los 15 años, una vez que se hace cargo Bolívar del poder se declara la libertad de los individuos, la necesidad del pago del salario por el pago contratado, y ya como presidente de la república de Bolivia dispone que se asuma la Constitución y el Código Civil Español de 1819, ellos dictan su Constitución Bolivariana, pero hasta abril del 31 se mantiene la nueva legislación española en materia civil, el año 1831 el Mariscal Andrés de Santa Cruz dictó el Código Civil conocido también como Código Santa Cruz que ha estado vigente hasta el año 1973 que se ha dictado el Código Civil Bánzer.

Este Código Santa Cruz se había basado en el Código Civil Napoleón Francés, entonces prácticamente viene siendo el mismo Código napoleónico. En sus artículos 1170, adelante, habla de la locación de servicio y la locación de obra, para tratar este problema de las relaciones obrero-patronales.

En otros artículos posteriores se señala cual debe ser la tasación de la prueba, entonces ya decía “ante una duda respecto a la relación de esta locación se debe hacer caso a la palabra del patrón”, lo que es diferente a lo que es actualmente.

Para los años 1851-1856 comenzó la producción minera en gran escala y se realizaron los contratos de Alanoca, y para la década de 1860 a 1870, Bolivia ya era un país minero que exportaba al mundo mineral de plata, primero, y posteriormente estaño, entonces la cantidad de obreros mineros se desarrolló notablemente.

Las estadísticas y los informes internacionales de comienzos de siglo XX dan cuenta sin embargo que los trabajadores mineros en Bolivia no gozaban de ninguna protección legal ni de seguridad social.

Entre 1910 y 1920 empezarán a dictarse las primeras leyes sociales (el descanso dominical, la huelga, el horario de trabajo en los trabajadores públicos, montepíos y pensiones para algunos empleados públicos que se habían destacado, lo que hoy sería la jubilación, y ya producto de la invasión de ideas extranjeras con las ideas de Bakunin, a nivel de anarquismo, las ideas de Marx a nivel de socialismo, es que va empezar también a cambiar la situación laboral en Bolivia. Es de suponer que la revolución rusa en 1917 y la creación de la OIT en 1919 permitirán finalmente el avance de la legislación social.

En Europa para 1884 se aceptó la existencia de una nueva rama del derecho que empezaba a tener características propias, y ya se habla en Francia, en Alemania de contratos de trabajo, y de diferentes contratos civiles; no existía todavía la teoría ni la doctrina necesaria para sistematizarla, pero ya existían estos contratos y convenios entre partes. Estos convenios van haciendo a la nueva teoría.

En Bolivia, estos contratos de trabajo fueron aceptados libremente, y legalmente a partir de 1923 y luego con la ley de diciembre del 1924.

4.4. DEFINICIÓN DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO.

Su definición viene de una larga discusión acerca de ¿cuál es la naturaleza jurídica del contrato de trabajo?, como hemos visto este contrato de trabajo se ha originado normativamente dentro del derecho civil, entonces los primeros autores que han discutido sobre este contrato han sido los civilistas, y ellos han tratado de establecer qué tipo de contrato puede ser y puede estar incluido y catalogado dentro de los contratos generales o civiles.

Los laboristas desarrollaron la teoría de que el derecho del trabajo tiene autonomía jurídica, puesto que en la mayoría de las constituciones de países del mundo el régimen social y laboral es independiente del resto de la constitución, de allí arranca esta autonomía, que jurídicamente implica que en el pináculo de la pirámide jurídica se hallan las normas jurídicas constitucionales laborales.

Se ha discutido si es que estos contratos laborales, por el fin entre los sujetos que realizan la prestación y los sujetos que reciben la prestación del servicio, pueden ser contratos de arrendamiento, compra y venta, de mandato, de sociedad o contratos innominados, diferentes autores han adscrito en su momento a los contratos de trabajo a una de estas clasificaciones de contratos civiles pero ya con el tiempo se avanzó en sentido de que los contratos de trabajo tienen características propias, son contratos con autonomía, sustantividad y caracteres propios que no pueden ser reducidos al contrato civil.

Los **contratos laborales no son un contrato de arrendamiento o alquiler**, ya que en el arrendamiento, al finalizar el contrato se devuelve la cosa arrendada; en cambio, en el caso del derecho laboral no es posible devolver al trabajador, la fuerza de trabajo utilizada. En la actualidad esta teoría es obsoleta y no tiene sustento legal en nuestra materia, toda vez que el empleador que arrienda el servicio del trabajador, no goza de la cosa (fuerza de trabajo), sino de los resultados que genera el trabajador. Asimismo, no supone que se arriende la cosa o la propiedad, ya que la fuerza de trabajo del trabajador no llega a ser parte del patrimonio del empleador, ni momentáneamente ni en forma definitiva. También existe diferencia entre el precio o canon de arrendamiento de la cosa y el salario que se le da al trabajador; finalmente en estos contratos existe la devolución de la cosa una vez cumplido el contrato, en cambio en materia laboral no hay devolución de la cosa, el propietario no devuelve al trabajador la fuerza de trabajo utilizada.

Carnelutti considera que: **“se que trata de un contrato de compra venta”**, donde lo que se vende es la fuerza de trabajo, y el salario es el precio de esa fuerza de trabajo. En este caso, la fuerza de trabajo se convierte en “una mercancía”, que se encuentra bajo la ley de la oferta y la demanda; el marxismo coincide con esta posición de la venta de la fuerza de trabajo a cambio

del salario. Contra esta teoría se han elevado las voces como la de la **Organización Internacional del Trabajo**, que señala que “no es posible rebajar la fuerza de trabajo al papel de una simple mercancía, toda vez que la fuerza de trabajo pertenece a la persona y esto sería degradar a la persona al papel de una mercancía, así mismo en la compra venta de trabajo lo que existe es una obligación de dar la cosa la cual es el objeto de contrato, en cambio en este tipo de contrato encontramos que el objeto no es de dar sino el hacer o realizar un trabajo.

Se sostenía también que el contrato de trabajo era un “**contrato de sociedad**”, fundamentalmente el autor Sánchez Alonso es el que planteó esta posición. Vale decir que “el trabajador lo que hace es asociarse con el patrón en el fenómeno del proceso de la producción”, sería una sociedad entre el empleador y el trabajador, una comunidad de intereses entre ambos. Esta teoría no es aceptable, basta hablar de la teoría de la lucha de clases donde ambos tienen intereses antagónicos, en segundo lugar, no es interés del trabajador el progreso o mejora de la empresa o del empleador, al trabajador sólo le interesa entregar su fuerza a cambio del salario, y por último existe diferencia entre el salario y la utilidad que genera la sociedad comercial, porque el trabajador estaría recibiendo salario, y si fuera socio recibiría utilidad al igual que el empleador o socio accionista.

Posteriormente Planiol y Ripert, plantean la teoría de que estos tipos de contrato se asemejan a los contratos de “**mandato**”, “el mandato es el poder que una persona otorga a otra para que en su nombre realice un acto, gestión o negocio jurídico como apoderado”, estos autores señalan que se trata de un mandato remunerado por el cual el mandatario representa al mandante o empleador, obra a su nombre con las características de un mandato revocable. Esta teoría fue criticada porque el trabajador no realiza una gestión en lugar del empleador, sino que desempeña su trabajo a cambio de un salario, no es un trabajo para su interés, pero el salario sí es para su uso y disfrute. Finalmente no existen mandatos indefinidos.

Finalmente se habla de “**contratos innominados**”, donde sus características esenciales son que el patrón realiza una prestación de dar (otorga el salario), y el trabajador realiza una contraprestación de hacer (realiza el trabajo que se le encomendó).

Entonces se puede definir el contrato de trabajo como: “aquel contrato mediante el cual un sujeto denominado trabajador, se obliga a prestar sus servicios o vender su fuerza de trabajo, a otro sujeto denominado empleador a cambio de una contraprestación o pago de salario, bajo subordinación o dirección, y dependencia económica o salarial”.

Estos contratos de trabajo tienen varias características, estas características son las siguientes:

- a) Son contratos personales, el trabajador se obliga asimismo y en persona.
- b) Son consensuales, porque existe el consentimiento o acuerdo de voluntades entre las partes.
- c) Son bilaterales por que tienen que existir dos partes, el patrón y el trabajador.
- d) Son contratos onerosos, es decir que existe remuneración económica y obligación recíproca de partes, uno da dinero y otro realiza trabajo cuantificable económicamente.
- e) Son contratos conmutativos, toda vez que deben existir igualdad en la prestación y contraprestación de las partes en cuanto a sus obligaciones, porque estas prestaciones son ciertas y determinadas desde un comienzo no están libradas al azar sino que existe un acuerdo previo del salario y el tipo de trabajo a realizar.
- f) Son contratos de tracto sucesivo, es decir que se perfeccionan en el tiempo, se perfeccionan con el transcurso del tiempo.

4.5. REQUISITOS PARA LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.

- a) Dentro de los requisitos para la celebración del contrato de trabajo encontramos que necesariamente los contratos deben respetar lo que la ley establece en materia laboral ya que esta materia es de orden público.
- b) Su cumplimiento es obligatorio para las partes, esto mientras no se flexibilice, el contrato de trabajo entonces no puede ir en contra de las disposiciones legales establecidas (horario de trabajo, etc.)
- c) Debe ser un contrato realizado entre las dos partes que tengan capacidad jurídica de obrar.
- d) El objeto de trabajo debe ser un objeto lícito, asimismo el objeto de trabajo debe ser cierto y determinado.
- e) No se precisan solemnidades, para que tenga validez solo hace falta que sea suscrito o autorizado por la autoridad legal competente, quien es el inspector del trabajo quien le pone el visto bueno. (Algunos contratos se presentan ante la inspección del trabajo).

CAPÍTULO 5.

MARCO TEÓRICO DE LOS **CONTRATOS EN GENERAL.**

5.1. TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS.

El tratadista **Messineo** en calidad de concepto señala que: “El contrato tiene una función y un contenido constante: el de ser el instrumento con el cual se realizan los más diversos fines de la vida económica, mediante la composición de intereses opuestos. Como tal, el mismo llena de sí la vida jurídica, además de la vida económica; y extiende el círculo de su acción también a las relaciones internacionales entre particulares”.

- a) El autor mencionado hace notar que el contrato tiene diversas acepciones y que: “Se lo puede entender como conjunto de normas (llamado contrato normativo); y como tal no es contrato en sentido técnico y no da lugar directamente al nacimiento de una relación jurídica patrimonial.
- b) El contrato puede entenderse como documento; pero, como tal, es un simple medio de prueba, o la materialización de un elemento constitutivo, cuando se trata de contrato solemne.

- c) El significado más auténtico de contrato es aquel por el cual el mismo se presenta como subespecie (la principal) del negocio jurídico bilateral patrimonial.
- d) En el contrato, se presuponen mutuamente las dos declaraciones de voluntad, de las cuales el contrato es la resultante.

La ley, además de las figuras de contrato en concreto, regula el contrato como esquema general (abstracto); en esto, de manera no diversa de lo que hace la doctrina a propósito del negocio jurídico. Pero el paradigma legislativo del contrato en general tiene una directa función práctica; así, especialmente a propósito de los contratos llamados innominados.

Definición de contrato según el código Civil: Se define como” el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular, o disolver entre ellas una relación jurídica patrimonial.”

Está patente hace referencia, ante todo, a la obligación, o sea, a una relación de índole patrimonial, que se engendra por el contrato.

Nuestra legislación civil en forma equivocada establece que el acuerdo de voluntades no es entre partes sino entre personas, aspecto criticado por varios tratadistas, entre ellos Raúl Romero Sandóval, Walter Kaune Arteaga y Carlos Morales Guillén.

Es presupuesto característico del contrato civil que las partes se encuentren en pie de igualdad, al menos desde el punto de vista jurídico, ya que no siempre lo están desde el punto de vista económico. Lo que lleva a excluir que se tenga contrato cuando el Estado (u otra administración pública), fuera de la que sea su actividad de sujeto de derecho privado, entre en relaciones patrimoniales con particulares, ejercitando su propia potestad de imperio; imponga a éstos un determinado comportamiento.

Es importante el esfuerzo realizado por Messineo, para tratar de establecer un lineamiento sobre los contratos a nivel del derecho público y su relación con los particulares, esta importancia es mayor, cuando se tiene en cuenta que el autor mencionado escribió su obra en una época donde de manera general el derecho público y en este caso el administrativo estaban imponiéndose sobre el ámbito civil.

Messineo se da cuenta de esto y a partir de un estudio fenoménico de la norma jurídica de su época trata de explicar esta situación compleja de su época y desde esa perspectiva intenta armonizar esta temática.

El autor mencionado señala que: “Se ha sostenido que pueden darse contratos denominados de derecho público, y que tengan lugar entre la administración pública y el particular. Pero, en tal caso, se tienen estructuras singulares, de las cuales se ha de excluir que sean contratos entendidos técnicamente; es decir, son la combinación de los efectos de dos negocios jurídicos unilaterales separados. En efecto, en tales casos, hay un acto administrativo unilateral, que lleva en sí todo el contenido de la relación jurídica a la que se ha de dar vida; la declaración de voluntad con la cual, por el otro lado, se manifiesta la aceptación del particular, hace de condición suspensiva del acto administrativo; o sea, hay algo de análogo a lo que se verifica en el derecho privado, cuando dos negocios jurídicos bilaterales, aun permaneciendo autónomos, se combinan en sus efectos, sin dejar de ser autónomos. Viceversa, la figura del contrato de derecho público es plenamente admisible cuando ambas partes sean entidades públicas y operen con el carácter de entidades públicas: en este caso ambas entidades están provistas, aunque sea en grado diverso de potestad de imperio, y la igualdad jurídica entre las partes queda restablecida.

El contrato resulta de varios elementos constitutivos, además de los comunes a los otros negocios: la presencia de dos partes y de consentimiento. Además, hay algunos “presupuestos” de validez del contrato que, aun siendo extrínsecos a él (y, por eso, se distinguen de los elementos del mismo), ejercitan una función integradora, respecto de los “elementos”. Tales son la capacidad de obrar y el poder de disponer.

- a) En relación al primer elemento que concurre a formar el contrato, debe advertirse que el contrato, es siempre negocio bilateral, porque resulta de dos declaraciones de voluntad provenientes de dos diversos sujetos, puede, en cuanto un contrato, ser con una prestación a cargo de una persona solamente o con prestaciones recíprocas.
- b) En cuanto a la capacidad de obrar de los contratantes, la misma debe regularse de acuerdo con los principios generales ya fijados.
- c) En la capacidad de obrar se exige en el momento de la declaración de voluntad.
- d) La cláusula penal es una promesa accesorio, aceptada por la contraparte, que importa la obligación (del deudor) de efectuar una determinada prestación, a título de pena, para el caso de incumplimiento injustificado de la obligación que nace del contrato; tiene la función de resarcir al acreedor los daños que se le han originado y de limitar, al mismo tiempo, su medida”.

En lo que respecta a los contratos innominados Messineo aclara que: “En el derecho moderno, los contratos usuales previstos por el ordenamiento jurídico y sujetos a normas generales y particulares, se llaman nominados, porque son conocidos de la ley y regulados por ella. Junto a éstos, sin embargo, la práctica va creando incesantemente otros, que se llaman innominados, no tanto porque no tengan denominación en la ley, cuanto porque carecen de una disciplina legislativa especial. Se los llama también atípicos, precisamente porque se separan de las figuras de los contratos nominados, que están dotados de una causa típica que caracteriza a la respectiva disciplina; en los contratos innominados, la causa es precisamente atípica, porque es nueva y diversa, respecto de cada una de las que son propias de los contratos nominados.

Las figuras de contratos innominados son muy numerosas, aun después de que el Código Civil ha acogido y convertido en contratos nominados algunas figuras de contratos antes innominados.

Los contratos innominados están sometidos todos (según la ley, que reconoce su validez y su eficacia a condición de que estén dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el

ordenamiento jurídico) a las reglas generales, comunes a todo contrato. De este modo, reciben una primera sistematización.

Pero, del mismo modo que están dictadas reglas particulares para los contratos nominados singulares, también en cuanto a los contratos singulares innominados deben buscarse las reglas particulares para cada uno de ellos. El problema de la investigación de tales reglas ha constituido materia de laboriosas indagaciones, tendiéndose a encontrar una fórmula adaptable a cada uno de ellos. A tal objeto, se han clasificado las figuras conocidas de contrato innominado, en tres grupos:

- a) Los que presenten afinidad con un sólo y determinado contrato nominado;
- b) Los que resulten de elementos atinentes a varios y diversos contratos nominados: éstos son los contratos llamados mixtos, en los que concurren y se contrapesan diversas causas.
- c) Los que no tengan ningún parentesco conceptual con figuras conocidas, es decir, que tengan un contenido absolutamente extraño a los tipos legales.

En cuanto al primer grupo, se ha propuesto emplear el “**principio de la analogía**”, adaptando oportunamente las reglas escritas para el correspondiente contrato nominado; en cuanto al segundo grupo, hay quien aplicaría el método de “**la denominada absorción**”, y quien aplicaría “**el método de la combinación**”; pero, también en cuanto a este grupo, parece más adecuado a la materia aplicar “**el principio de la analogía**”. Lo mismo debe decirse del tercer grupo.

Pero, en cuanto a todos ellos, se debe poner de relieve que es posible que las partes elaboren por sí mismas la norma reguladora de cada contrato innominado (autodisciplina), y además no se debe excluir que la disciplina de estos contratos se convierta, con el tiempo, en materia de usos jurídicos.

La posibilidad de que también los contratos innominados tengan validez y eficacia, aunque la ley los ignore como figuras singulares, es el alcance del principio **más general de la autonomía privada o autonomía de la voluntad**, con particular aplicación a la materia de los contratos, el principio de autonomía contractual, o libertad contractual. En la presente materia, **el principio de la autonomía** puede enunciarse diciendo que: “cuando el contenido del contrato responda a la legalidad; licitud; propósito de realizar intereses merecedores de tutela, recibe reconocimiento del ordenamiento jurídico, y a las partes se les concede la acción para hacer valer, eventualmente, el contrato en juicio”.

Pero la libertad contractual puede significar también, que se consiente a las partes la determinación de las cláusulas contractuales singulares; que ninguna de las partes puede imponer a la otra unilateralmente el contenido del contrato; que a las partes se les deja la facultad de derogar a las normas de leyes dispositivas, sustituyendo a ellas un régimen voluntario diverso; que las normas contractuales legales sólo entran en aplicación cuando las partes no dispongan otra cosa (el llamado derecho supletorio).

Sin embargo, la libertad contractual no carece de límites o atenuaciones. En efecto, límites a la libertad contractual nacen, no sólo de la política económica general (la llamada economía controlada, o coordinada, o programada, o planificada), sino también de la organización voluntaria de determinadas categorías de sujetos que son partes en los contratos. Numerosas, son las atenuaciones del principio de la Libertad contractual. Los principios de que estas últimas derivan, son inderogables. Vamos a hacer referencia a las más importantes.

Se habla de “**la obligación de contratar y de observar la igualdad de trato**”, a propósito de aquellos contratos en cuya formación concurren sujetos que ejerciten -por concesión de la administración pública- actividad económica en forma de monopolio: ejemplo, quien ejerce la industria de los transportes, o de los teléfonos, no puede a su arbitrio, negar sus servicios y, por consiguiente, no puede negarse a un requerimiento de formación del contrato (obligación legal del servicio). Esto no es óbice para que el contrato se forme solamente si la otra parte se sujeta a las normas dispuestas para la disciplina del mismo.

Restricciones a la libertad de contratar derivan de las limitaciones (impuestas por ley o por contrato) **a la competencia.**

En el contrato, además del contenido expresado por las partes, hay un contenido implícito; el mismo está constituido por las llamadas “cláusulas de uso”.

5.2. LEGISLACIÓN CIVIL BOLIVIANA EN CUANTO A CONTRATOS Y SU INTERPRETACIÓN.

Queda claro que la legislación civil boliviana también actúa con contratos nominados e innominados, típicos y atípicos.

Sucede en este sentido de que el tema que estamos tratando tiene relación con los contratos atípicos e innominados como el contrato de obra de construcción entre privados. Al respecto el Código Civil establece las modalidades para su interpretación. El tratadista Carlos Morales Guillén señala lo siguiente en su Código Civil Comentado y Concordado: “La interpretación del acto jurídico, vale tanto como la investigación de su significado efectivo (Messineo), que no siempre puede ser claro y patente, sea por razones de posible oscuridad o ambigüedad, sea porque el negocio encierra dos o más declaraciones de voluntad de contenido diverso, que es característica propia de los contratos y que configura lo que se llama voluntad contractual.”

Interpretar un contrato, es fijar su sentido y alcance. Determinar en qué términos y hasta qué grado se obligaron las partes, no se discute la necesidad de la interpretación para el normal funcionamiento del derecho. Es consecuencia lógica de que toda la vida de relación está moldeada por el derecho.

Se ha dado en la materia dos corrientes opuestas:

- a) La teoría subjetiva o de la voluntad interna: en la que “la relación directa con el consentimiento o concurso de voluntades, que forma el contrato y que traduce más que la voluntad declarada, la verdadera intención de las partes (R. Villegas).”

- b) La teoría objetiva o de la voluntad declarada: fundada por Saleilles (cit. de R. Villegas), según la cual, “la interpretación del contrato debe considerar exclusivamente la forma en que se exteriorizó la voluntad, porque si bien el consentimiento es el alma del contrato, lo es entre tanto se manifiesta la voluntad y no para ocultar reservas mentales”.

En realidad, es indiscutible la subjetividad de la interpretación. El intérprete comunica al caso su propia individualidad, su modo especial de apreciación. Hechos que en sentir de uno influyen decisivamente en cierta hipótesis. La interpretación no puede concebirse sin intérprete, menos puede olvidarse que es una función mental. Por eso cada caso tiene su peculiar fisonomía. La interpretación no está en la regla, sino en la función mental (Scaevola).

Los códigos modernos, no dictan reglas para la interpretación. Se limitan a establecer un principio general. El Código suizo de las Obligaciones, ve que toda cuestión de interpretación es puramente de hecho (Rossel, cit. de Scaevola), considera que ha de someterse a la libre apreciación del juez, quien debe inducir la común intención de las partes. El art. 510⁴⁴, preceptúa que debe averiguarse la intención de las partes, apreciando el comportamiento de éstas y las

⁴⁴**Código Civil Decreto Ley 12760 Art.510º. (INTENCION COMUN DE LOS CONTRATANTES)**

I. En la interpretación de los contratos se debe averiguar cuál ha sido la intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras.

II. En la determinación de la intención común de los contratantes se debe apreciar el comportamiento total de éstos y las circunstancias del contrato.

circunstancias del contrato. Indudablemente se ve que ha preferido la corriente de la teoría subjetiva.

Investigar la intención es realmente una operación inductiva. De esta regla, resulta que el estudio de un contrato debe ser apreciado, para su interpretación, en su existencia, en su verdad, en su naturaleza, en su intención y en su forma.

El principio fundamental de la interpretación es “a tanto se obliga el hombre a cuánto quiso obligarse”. En este término mencionado en el principio “a cuánto quiso” está toda la clave: es decir la necesidad de la interpretación y la subjetividad de la misma.

La primera regla de la interpretación, no inserta en el Código, pero que surge inequívoca de todo ordenamiento jurídico, es que si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, debe estarse al sentido literal de sus cláusulas.

Las reglas de los arts. 511 y siguientes son de fácil y conocida aplicación. Si la construcción gramatical de las cláusulas del contrato, es ambigua o anfibológica y provoca en su inteligencia direcciones distintas, es decir, como dicen las reglas, hace al contrato todo, o a una o varias de sus cláusulas, o a alguna de sus palabras, susceptibles de diversos sentidos o acepciones, deberá entenderse en el más adecuado, que produzca efecto conforme a la materia y naturaleza del contrato art. 511 y 512⁴⁵, Es de práctica inmemorial, asignar valor a los usos y costumbres locales, en la interpretación de los contratos (art. 513)⁴⁶, conforme al aforismo: en las estipulaciones y en los demás contratos, nos atenemos siempre a lo que se pactó, y en su defecto a lo que es frecuente en la región donde se trató (cit. de Scaevola).

⁴⁵**Código Civil Decreto Ley 12760 Art. 511°. (CLAUSULAS AMBIGUAS).** Cuando una cláusula es susceptible de diversos sentidos, se le debe dar el que pueda producir algún efecto, nunca el que ninguno.

Art. 512°. (TERMINOS CON DIFERENTES ACEPCIONES).

Los términos susceptibles de dos o más sentidos o acepciones, deben tomarse en el que más convenga a la materia y naturaleza del contrato.

⁴⁶**Código Civil Decreto Ley 12760 Art. 513°. (CLAUSULAS DE USO NO EXPRESADAS).**

Se deben suplir en el contrato las cláusulas que son de uso, aunque no se hayan expresado.,

Siendo el contrato una asociación de pensamientos encaminados al logro del fin buscado por la voluntad, asociación en la que las cláusulas son sus componentes, forzosamente la interpretación ha de ser integral y sistemática, resolviéndose la oscuridad, ambigüedad o anfibología de una cláusula, por el sentido que resulta del conjunto de ellas (art. 514)⁴⁷. Las reglas de los arts. 515 y 516⁴⁸, contienen ampliaciones o aclaraciones, de las anteriores. La regla del art. 517⁴⁹, deviene como norma supletoria, cuando hay absoluta imposibilidad de resolver las dudas de las circunstancias accidentales del contrato. La equidad suple a interpretación: en los contratos a título gratuito, la oposición se resolverá en favor de la menor transmisión de derechos e intereses; si fuese oneroso, en favor de la mayor reciprocidad económica.

Por la regla del art. 518⁵⁰, la oscuridad perjudica al causante de la duda esto es, al contratante que ha dispuesto la cláusula o ha impuesto el contrato-formulario, dentro del cual el otro simplemente actúa en un contrato de adhesión. Hay caso de duda, cuando falta el supuesto de la oscuridad o la ambigüedad, conforme distingue la ley 2º tít. 33 de la Partida 7º cuando son dudosas las palabras de un contrato, deben ser interpretadas contra quien dijo la palabra (cit. Scaevola).

En “**los contratos-formulario**”, que generalmente son impresos, pueden hacerse añadidos, aclaraciones o modificaciones manuscritas o escritas a máquina. Cuando una cláusula añadida a un contrato impreso, no guarde perfecta concordancia con alguna de las cláusulas de éste, esta

⁴⁷**Código Civil Decreto Ley 12760 Art. 514°. (INTERPRETACION POR LA TOTALIDAD DE LAS CLAUSULAS).**

Las cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyendo a cada una el sentido que resulta del conjunto del acto.

⁴⁸**Código Civil Decreto Ley 12760 Art. 515°. (EXPRESIONES GENERALES).**

Por generales que sean los términos usados en un contrato, éste no puede comprender más que las cosas sobre las que parezca que las partes se han propuesto contratar. (Art. 520 Código Civil)

⁴⁹**Código Civil Decreto Ley 12760 Art. 517°. (SENTIDO MENOS GRAVOSO; SENTIDO QUE IMPORTA MAYOR RECIPROCIDAD).**

En caso de duda, el contrato a título gratuito debe ser interpretado en el sentido menos gravoso para el obligado y el contrato a título oneroso en el sentido que impone la armonización equitativa de las prestaciones o la mayor reciprocidad de intereses.

⁵⁰**Código Civil Decreto Ley 12760 Art. 518°. (INTERPRETACION CONTRA EL AUTOR DE LA CLAUSULA).**

Las cláusulas dispuestas por uno de los contratantes o en formularios organizados por él se interpretan, en caso de duda, en favor del otro...

última deberá considerarse como desvirtuada o modificada por las partes (Planiol y Ripert). El Cód. Com. (Art. 817)⁵¹ concreta en norma positiva esta regla de interpretación.

Por lo demás, las reglas de los arts. 510 a 518, conforme se considera actualmente en la doctrina, de manera indiscutida (Messineo), son verdaderas y propias normas jurídicas de observancia obligatoria y no meras indicaciones o criterios confiados al arbitrio del intérprete o juez.

Finalmente, cabe una breve indicación, siguiendo las pautas trazadas por Messineo, respecto de la función de las diversas reglas contenidas en el capítulo, que el citado autor las agrupa así:

- a) Las de los arts. 511, 512, 513 y 518, fijan criterios objetivos, para eliminar ambigüedades o dudas, que responden al denominado principio de conservación del negocio o acto.
- b) Las de los arts. 514, 515, 516, suponen una investigación subjetiva o histórica de la voluntad en concreto, prescindiendo de la hipótesis de la ambigüedad.
- c) La del art. 517, impone un criterio de equidad, entendida ésta como el equilibrio de los intereses y la igualdad de trato que debe informar las relaciones de las partes.
- d) La regla del art. 510, es considerada como principio directivo de la llamada interpretación subjetiva y que debe predominar sobre la interpretación objetiva”.

Atendiendo a la validez del contrato como ley entre partes y a su observancia obligatoria, **Morales Guillén refiere:** “El contrato, fuente importantísima de las obligaciones, produce como efecto principal e inmediato la formación de la relación jurídica, con todas las consecuencias a

⁵¹*Código de Comercio Decreto Ley 14379 ARTÍCULO 817. (CONTRATO MEDIANTE FORMULARIOS).-*

Los contratos celebrados mediante formularios se rigen por las siguientes reglas:

1) En caso de duda, se entiende en el sentido menos favorable para quien hubiera preparado el formulario;

2) Cualquiera renuncia de derechos sólo será válida si apareciere expresa, clara y concretamente, y

3) Las cláusulas mecanografiadas prevalecerán en relación a las impresas, aun cuando éstas no hubieran sido dejadas sin efecto.

que da origen. Esta consecuencia pertenece, realmente, a los efectos de las obligaciones examinadas ya al tratar el art. 291 y siguientes. Sin embargo, no debe olvidarse que todos los efectos de las obligaciones también son propios del contrato.

Este Capítulo, se refiere a las consecuencias jurídicas que son propias exclusivamente de los contratos.

Principio dominante del derecho moderno a pesar de cualquier controversia sobre la relatividad de la autonomía de la voluntad individual en el negocio jurídico en general y en el contrato en particular es conceder la mayor libertad a los contratantes, por esto mismo, la mayor eficacia a su voluntad, en todo aquello que es lícito.

El precepto del art. 519⁵², es consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad consagrada en el art. 454⁵³(Mazeaud) y no reposa únicamente sobre consideraciones individualistas. Le informa asimismo un fundamento moral, económico y social. Por el primero la palabra dada debe ser mantenida, la promesa debe ser cumplida: *Pacta sunt servanda*. Respetar el contrato vale tanto como el deber de cumplirlo (Messineo). El fundamento económico y social tiene relación con el interés de la sociedad entera, que exige la mayor confianza en la puntual observancia de lo pactado. Es el secreto del crédito, sobre que reposa la subsistencia de la sociedad (Rouast, cit. por Mazeaud).El contrato es para las partes contratantes una ley, con la misma fuerza y autoridad que cualquiera norma, aunque su alcance sea limitado y único: obliga

⁵²**Código Civil Decreto Ley 12760 ARTÍCULO 519. (EFICACIA DEL CONTRATO).**-

El contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes. No puede ser disuelto sino por consentimiento mutuo o por las causas autorizadas por la ley.

⁵³**Código Civil Decreto Ley 12760 Artículo 454°. (LIBERTAD CONTRACTUAL: SUS LIMITACIONES).**

I. Las partes pueden determinar libremente el contenido de los contratos que celebren y acordar contratos diferentes de los comprendidos en este Código.

II. La libertad contractual está subordinada a los límites impuestos por la ley y a la realización de intereses dignos de protección jurídica.

exclusivamente a los contratantes (art. 523)⁵⁴, porque el negocio jurídico da nacimiento a normas jurídicas solamente individuales, no generales (Kelsen, cit. por R. Villegas).

El sentido verdadero del precepto, intenta significar que todo contrato ha de cumplirse como se cumple la misma ley, dando énfasis al paralelo. Pues, en rigor, la ley es la ley y el contrato es el contrato. Este no puede demandarse de inconstitucionalidad como aquél, ni puede fundarse un recurso de nulidad en la mala interpretación del contrato. Su equiparación a la ley, en cuanto a su eficacia respecto de las partes, observa Messineo, expresa un concepto si bien más modesto, pero más significativo del que el tenor de la regla deja inferir *prima facie*⁵⁵: se concreta a destacar que las partes no pueden sustraerse del deber de observar el contrato, según las estipulaciones del mismo.

Los dos primeros de los principios generales glosados para este artículo definen el concepto con la debida claridad.

La segunda regla del artículo precisa que sólo la voluntad de las mismas partes, que dieron vida y eficacia al contrato, puede convenir la disolución de la relación jurídica constituida en éste, cual lo expresa el tercer principio general glosado *ut supra*⁵⁶: al señalar que nada hay natural como que un acuerdo contractual de dos partes se disuelva del mismo modo, esto es, por otro acuerdo de ellas. Esta segunda regla en examen deriva de la contenida en la primera fase del art. y sanciona la intangibilidad (Messineo) del contrato por voluntad unilateral, a menos que resulte modificada por la misma excepción que ella expresa (2a. fase del art.), que permite disolver el contrato por la sola voluntad de una de las partes:

⁵⁴**Código Civil Decreto Ley 12760 Art. 523º. (EFICACIA RESPECTO A TERCEROS).**

Los contratos no tienen efecto sino entre las partes contratantes y no dañan ni aprovechan a un tercero, sino en los casos previstos por la ley.

⁵⁵**PRIMA FACIE.-** Locución latina de uso frecuente en las actuaciones judiciales, que quiere decir a primera vista o en principio, con lo que se da a entender la apariencia de un derecho o de una situación, pero sin que con ello se prejuzgue el asunto. (Fuente: OSSORIO, M. (2000), **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**, Ed. Eliasta, Ed. 27º, Buenos Aires, p. 795)

⁵⁶**UT SUPRA.-** Locución latina y castellana. Como arriba. Es de uso corriente en los escritos forenses y resoluciones judiciales para referirse a un pasaje inserto antes. (Fuente: Ossorio, Manuel (2000), **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**, Editorial Heliasta).

- a) Cuando así se ha pactado en el contrato (art. 525)⁵⁷,
- b) Cuando una disposición de la ley concede a una o ambas partes esa facultad (Aubry y Rau, cit. Giorgi).

Entre los ejemplos de los casos autorizados por la Ley, de disolución de los contratos por la sola voluntad de una de las partes, pueden citarse los siguientes: el depósito, que conforme a su finalidad puede terminar por voluntad del depositante (art. 850)⁵⁸; en el arrendamiento por tiempo indefinido o indeterminado (arts. 709 y 720)⁵⁹; en el contrato de obra en el que el comitente puede rescindir el contrato unilateralmente (art. 746)⁶⁰;

- c) En las sociedades por tiempo indefinido (art. 795)⁶¹;
- d) En el mandato, considerado revocable por voluntad de cualesquiera de las partes arts. 828, y 832 62 .

⁵⁷**Código Civil Decreto Ley 12760 Art.525. (RESCICIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO).**-

Si una de las partes está autorizada por el contrato para rescindirlo, sólo puede hacerlo si éste no ha tenido principio de ejecución, pero podrá ejercerse esa facultad posteriormente en los contratos de ejecución continuada; sin embargo, no alcanzará a las prestaciones ya ejecutadas o en curso de ejecución. Queda a salvo todo pacto en contrario.

⁵⁸**Código Civil Decreto Ley 12760 Art. 850. (RESTITUCIÓN Y RETIRO DE LA COSA).**-

I. El depositario debe restituir la cosa al depositante, luego que éste la reclame, aun cuando el contrato fije un término, a menos que ese término se hubiese convenido en interés del depositario, o que éste cuente con una orden de retención o una oposición judicial a la entrega; o bien, si, tratándose de arma, crea prudentemente que el depositante pueda ir a cometer alguna falta o delito.

II. El depositario puede pedir en cualquier tiempo que el depositante retire la cosa depositada, a menos que se hubiese convenido un término en interés del depositante; pero aun en este caso, el juez puede conceder a éste un plazo prudencial para recibir la cosa.

⁵⁹**Código Civil Decreto Ley 12760 Art. 709°. (FIN DEL ARRENDAMIENTO HECHO SIN DETERMINACION DE TIEMPO).**

El arrendamiento de mansiones, casas o locales y de muebles a que se refiere el artículo 687-I caso 1 no cesa si, antes del vencimiento establecido en dicha disposición, una de las partes omite notificar a la otra el aviso de despido, con noventa o treinta días de anticipación en el primero o segundo caso, respectivamente.

Art. 720°. (MODOS DE EXTINCION). El arrendamiento de fundos urbanos destinados a vivienda se extingue:

- 1) Por separación unilateral del contrato que haga el arrendatario mediante la entrega voluntaria del fundo al arrendador.
- 2) Por muerte del arrendatario, salvo el caso en que éste hubiese dejado cónyuge o hijos menores que se encuentren viviendo en el inmueble, en favor de quienes se mantiene el contrato.
- 3) Por sentencia ejecutoriada de desahucio por las causales que señala expresamente la ley.

⁶⁰**Código Civil Decreto Ley 12760 Art. 746°. (RESCISION DEL CONTRATO).**

I. El comitente puede rescindir unilateralmente el contrato, aún cuando se haya iniciado la obra, resarciendo al contratista por los gastos y trabajos realizados y la falta de ganancia.

II. El contratista puede también rescindir unilateralmente el contrato por justo motivo, con derecho a ser reembolsado por los gastos y a la retribución por la obra realizada, y siempre que no cause perjuicio al comitente.

⁶¹**Código Civil Decreto Ley 12760 Art. 795°. (RENUNCIA DE UNO DE LOS SOCIOS).**

I. El socio puede renunciar a la sociedad, tratándose de sociedades por tiempo indeterminado o por un período superior a 25 años, si lo hace de buena fe y con preaviso de tres meses a los demás socios.

II. Puede también separarse cuando exista justo motivo, probado en su caso judicialmente.

En la legislación comercial, particularmente en materia de seguros, según cláusula que debe estar inserta en la póliza (Código de Comercio art. 1023)⁶³”.

La regla del artículo es complementaria de la contenida en el artículo anterior, en su primera parte señala: el contrato debe ser ejecutado de buena fe, estaba consignada en la última parte del art. 725 (519) del Cgo. Abrg.

El precepto dispone que los efectos de los contratos, no sólo alcanzan a las cosas o hechos expresados en ellos como objeto determinado o determinable, sino también respecto de todo lo que por imperio de la ley, de los usos o de la equidad corresponda a la naturaleza del contrato. Ha de tenerse en cuenta en este propósito las reglas relativas al principio **“accessoriumsequiturprincipale,”** por virtud del cual, los efectos de los contratos recaen también sobre los accesorios de la cosa principal objeto de un contrato, concepto que incluye las garantías reales. Ejemplos que explican la regla de este artículo, se encuentran en las disposiciones del art. 616, II)⁶⁴, que obliga al vendedor a entregar la cosa con todos sus accesorios y frutos si no se ha pactado diversamente, o en el art. 1194, respecto de los legados

⁶²**Código Civil Decreto Ley 12760 Art. 828°. (REVOCABILIDAD DEL MANDATO).**

I. El mandante puede revocar el mandato en cualquier momento y obligar al mandatario a la devolución de los documentos que conciernen al encargo.

II. En el mandato oneroso resarcirá al mandatario el daño causado, si lo revoca antes del término que se hubiese fijado o antes de la conclusión del negocio para el que se otorgó; o siendo de duración indeterminada, si no ha dado un prudencial aviso, excepto, en ambos casos, que medie justo motivo.

Código Civil Decreto Ley 12760 Art. 832°. (RENUNCIA DEL MANDATARIO).

I. El mandatario puede renunciar el mandato, notificando su desistimiento al mandante con un término prudencial; se halla sin embargo obligado a continuar con el mandato, hasta su reemplazo, salvo impedimento grave o justo motivo.

II. En caso contrario si el desistimiento perjudica al mandante, debe ser éste resarcido por el mandatario.

⁶³**Código de Comercio Art. 1023 (CLAUSULA DE RESCISION).**- El contrato de seguro, excepto el de vida, puede ser rescindido por voluntad unilateral de cualquiera de las partes contratantes, siempre que ello se estipule en la póliza. Si el asegurador ejerce la facultad de rescindir debe notificar por escrito su decisión al asegurado en su domicilio y con antelación no menor de quince días, si fuera el asegurado quien ejerza la facultad de rescindir, ésta producirá sus efectos desde su notificación escrita al asegurador.

⁶⁴**Código Civil Decreto Ley 12760. Art. 616°. (EXTENSION DE LA OBLIGACION DE ENTREGAR).**

I. La cosa debe ser entregada en el estado que tenía en el momento de la venta.

II. Salvo acuerdo contrario la cosa debe entregarse, juntamente con sus accesorios, pertenencias y frutos desde el día de la venta.

que deben entregarse con todos sus accesorios propios e indispensables. Además y principalmente, nótese la relación que guarda el art. con las disposiciones de los arts.466y 513⁶⁵.

El primero de estos artículos, establece la automática inserción de las cláusulas impuestas por la ley, como agregado a las estipuladas en el contrato por las partes, en sustitución, inclusive, de las que resultaren eventualmente diversas. Son ejemplos: los arts. 409⁶⁶ (automática reducción del interés convencional que exceda la tasa permitida), 524⁶⁷ (presunción de los alcances del contrato), 642 y 644⁶⁸ (término y caducidad en la venta con rescate), 920⁶⁹ (Límites de la fianza), o el Art. 458⁷⁰ del Cód. Comercio (limitación de competencia luego de transferida una empresa) y 809 (obligación de contratar en las empresas de servicio público).

El art. 513, como regla de interpretación, reconoce función integrativa en los contratos, a los usos, con carácter supletorio, si no han sido excluidos expresamente en el contrato conforme prevé correctamente el Cgo. Modelo (art. 1340). La diferencia entre una y otra regla legal, está en que las cláusulas impuestas por la ley, como tales son inderogables por las partes, mientras las

⁶⁵ **Código Civil Decreto Ley 12760. Art.466. (INCLUSION AUTOMATICA DE CLAUSULAS).**

Se consideran incluidas en todo contrato, las cláusulas impuestas por la ley.

Código Civil Decreto Ley 12760. Art 513. (CLAUSULAS DE USO NO EXPRESADAS).

Se deben suplir en el contrato las cláusulas que son de uso, aunque no se hayan expresado.

⁶⁶ **Código Civil Decreto Ley 12760. Art 409. (INTERES Convencional).** *El interés convencional no puede exceder del tres por ciento mensual. Si se estipula en cantidad superior se reduce automáticamente a dicha tasa. (Artículo 414 Código Civil)*

⁶⁷ **Código Civil Decreto Ley 12760. Art. 524°. (PRESUNCION).** *Se presume que quien contrata lo hace para sí y para sus herederos y causahabientes. A menos que lo contrario sea expresado o resulte de la naturaleza del contrato.*

⁶⁸ **Código Civil Decreto Ley 12760. Art. 642°. (TERMINOS).**

I. *El término para el rescate no puede exceder a un año en la venta de bienes muebles y a dos años en la venta de bienes inmuebles.*

II. *Si las partes establecen un término mayor éste se reduce al legal.*

Código Civil Decreto Ley 12760 Art. 644°. (CADUCIDAD DEL DERECHO DE RESCATE).

I. *El derecho de rescate caduca si dentro del término fijado el vendedor no reembolsa al comprador el precio y los gastos hechos legítimamente para la venta y no le comunica su declaración de rescate con la protesta de reembolsarle otros gastos, que se señalan en el artículo siguiente, una vez que sean liquidados.*

II. *Cuando el comprador rechaza los reembolsos, caduca el derecho de rescate si el vendedor no efectúa oferta y consignación dentro de ocho días de vencido el término.*

⁶⁹ **Código Civil Decreto Ley 12760. Art. 920. (LIMITES DE LA FIANZA).**

I. *La fianza no puede exceder a lo debido por el deudor, ni contraerse en condiciones más onerosas.*

II. *Puede constituirse por sólo una parte de la deuda y en forma menos gravosa.*

III. *La fianza que excede a la deuda, o que se otorga en condiciones más onerosas, no es nula, pero se reducirá a los límites de la obligación principal.*

⁷⁰**Código de Comercio Art. 458 (LIMITACION DE COMPETENCIA).**- *La transferencia de una empresa obliga al enajenante a que durante los tres años siguientes se abstenga de instalar otra que, por sus características, pudiera significar una competencia desleal, salvo pacto en contrario. Lo anterior es aplicable al usufructo o al arrendamiento de una empresa, por el tiempo de su duración.*

de uso, siendo supletorias de la voluntad de las partes, son derogables. En suma, el artículo previene la función de integración en el contrato de la ley del uso y de la equidad (Messineo)”.

Del estudio realizado y transcrito por Morales Guillén se evidencia la existencia de varias normas jurídicas en el Código Civil por las cuales mediante la vía de la interpretación se pretende regular en forma genérica el problema que representan los contratos innominados y atípicos.

Lo que también queda claro es que en virtud de lo dispuesto por el Código Civil a partir del Art. 508 y siguientes, la autonomía de la voluntad queda profundamente limitada y regulada conforme a lo ya señalado.

Es posible advertir aquí la enorme presencia del Estado en cuanto a su participación reguladora de un espacio jurídico normalmente abierto a la libertad de la voluntad. Por otra parte el legislador buscó proteger a los sujetos que presume más débiles ante la eventualidad de la contratación innominada en la que se pueda pactar en su contra.

5.3. DE LA CONTRATA DE OBRAS.

Siguiendo el pensamiento de Messineo es posible señalar: “La contrata de obras y servicios, y los contratos de transporte, de fletamento y de obra, tienen de común un elemento característico, que les da personalidad propia; es la prestación -contra una compensación en dinero- de un resultado de trabajo (material o intelectual; obra o servicio), y que con expresión latina suele llamarse “opus”, en contraposición a “las operae”, las cuales son materia de contrato de trabajo - éste, negativo- es la no pertenencia a la categoría de los contratos de duración, por cuanto el elemento ‘tiempo’ hace referencia a la producción del resultado, no a la ejecución del contrato”.

Los contratos a que nos hemos referido, han sido clasificados en la doctrina, especialmente en la alemana, como ganadores de una obligación de resultado, en contraposición a otros que

engendran obligación de medios; entre estos últimos, precisamente y de manera principal, el contrato de trabajo.

El opus: en sentido estricto consiste en una elaboración, o transformación, de materia, o en un resultado de actividad intelectual; el servicio, consiste en una producción de utilidad, sin transformación.

A este carácter tradicional, y sin excluirlo, pero modificándolo, considera algún autor que va unido otro; el cual importa que el objeto del contrato sea la actividad productiva, cualificada por el resultado (opus) pactado.

Pero precisamente tal circunstancia puesta en relación con el hecho de que, en los otros contratos que tienen por objeto un opus (como son el transporte, el fletamento, la obra intelectual y el depósito), el poder de injerencia falta y lleva a concluir que este último, a diferencia del carácter tradicional, no es común a todo el grupo en examen, sino que concurre cualificar solamente dos de dichos contratos, a saber, la contrata de obras servicios y el contrato de obra "stricto sensu" (cuya estructura resultará, pues, de la combinación de los dos señalados caracteres). Los otros (transporte, fletamento obra intelectual y depósito) quedan calificados mejor por el solo elemento de la prestación de un resultado, tal como enseña la doctrina tradicional. Por tanto, será legítima, en el grupo de los contratos de resultado, la subdistinción entre aquellos en que una de las partes, por razones peculiares, admite al control de la actividad (de la contraparte) dirigida al resultado formando así (un primer subgrupo), y aquellos en que no se admite la injerencia (y que constituyen el otro subgrupo más numeroso).

A la actividad del promitente del opus va conexo un específico riesgo que se llama riesgo de trabajo (o profesional), y que se distingue de otras especies de riesgo, a las cuales se hará referencia más adelante. Hablemos en particular de la contrata de obras y servicios.

Quien asume la contrata (contratista, o empresario en sentido estricto) promete a la contraparte (contratante, o comitente) un "resultado" que consiste, en una primera forma, en un acto de

producción en sentido propio, o sea, en la elaboración de materias (ejemplo, construcción), cuyo riesgo asume y que, de ordinario, el comitente no estaría en situación de atender por sí mismo, porque implica una especial habilidad técnica.

La contrata puede tener por objeto, también, la realización de un servicio en general; pero, también en tal caso, el servicio debe entenderse como “resultado”, quedando excluida, por consiguiente, la prestación de una actividad de trabajo, considerada en sí misma, a favor del contratante.

De ningún modo, si no es negativo, o con el criterio de género a especie, se sabrían distinguir, de la contrata de obras y servicios, el transporte y el fletamento, que, formalmente, tienen, también ellos, como contenido, el proporcionar un servicio. Como se ve dada la amplitud del concepto legislativo de contrata, el transporte y el fletamento vienen a ser subespecies; sin embargo, quedan caracterizadas por el peculiar respectivo contenido y por la respectiva disciplina jurídica especial.

Los elementos jurídicos característicos de la contrata, han de contemplarse:

- a) En el hecho de que el señalado rigor no tiene vigencia ni siquiera en el sentido de la invariabilidad del proyecto del opus a realizar se admiten sanciones (iusvariandi), bajo determinados parámetros que no modifiquen lo esencial del contrato.
- b) En el hecho de que, aun debiéndose excluir el carácter aleatorio, en la contrata es más marcado que en otros contratos el elemento “riesgo normal”, del cual habla, aunque en términos generales.
- e) El contratista debe tener una organización de medios de producción; y, por eso, es empresario, aun en el sentido más técnico de este término. Tales medios consisten en una organización técnica y en el empleo del trabajo de otros: prestadores de trabajo; con

éstos, estipula él, otros tantos contratos de obra. De este modo desarrolla, también, obra de intermediación entre el contratante y quien da la propia energía de trabajo (prestador de trabajo); de ahí que tal elemento viene a agregarse a la actividad personal del contratista, la cual no es un elemento prominente, sino en cuanto coordinador.

Pero, puesto que el asentimiento del comitente para la subcontrata podría faltar y paralizar así la posibilidad de la ejecución de la misma, ocurre, en la práctica, que el contratista tenga una organización propia de medios lo que reduce a una hipótesis académica aquella en que la organización de los medios sea ajena y no del contratista.

Diversa de “la contrata por cuerpo”, es “la contrata por medida” (tanto por metro cúbico, como por cada habitación construida, o por kilómetro realizado, etc.) donde el precio global varía al variar la importancia (cantidad) de la obra, y es determinable solamente a opus realizado.

La medida de la compensación en la contrata (precio de la contrata) se determina de ordinario, por las partes; o bien, esas partes proveen al modo de determinarla: En este segundo caso, es posible que las mismas se refieran a lo que haga un arbitrador, encargado al objeto. Si no han determinado, ni previsto, el modo de determinar la medida de la compensación, la misma se calcula en relación a las tarifas vigentes (en el lugar en que se cumple la contrata) o a los usos; y si faltan tarifas y usos, la determinación se hace por el juez.

Las materias necesarias para la realización de la obra, se las proporciona según los pactos o los usos; pero, si las partes guardan silencio al respecto, o no hay usos vigentes, las proporciona el contratista; y el comitente le debe el precio establecido (o respecto del cual se haya indicado el modo de determinación). Según las materias las proporcione o no el contratista, se siguen consecuencias diversas, en orden a los defectos eventuales de ellas y en orden a la onerosidad excesiva.

La estipulación de la contrata va precedida, o acompañada, de la preparación de un diseño o proyecto, que es como la representación gráfica de la obra a realizar y que permite hacer su valoración y fijar sus modalidades.

El proyecto puede ser proporcionado por el comitente, o bien llevarse a cabo por el contratista. Aunque la ley no distinga, se debe considerar que la responsabilidad del contratista, por defectos de la obra o por la ruina de ella, haya de valorarse con mayor rigor cuando el proyecto haya sido preparado por él.

El proyecto ordinario, es susceptible de variaciones, siempre que éstas sean convenidas entre las partes: el contrato en general, tiene también funciones modificativas. Por tanto, las variaciones convencionales al proyecto no presentan, en el caso de la contrata, nada de singular, salvo la aprobación (que la ley, no se sabe por qué, llama “autorización”) del comitente a las variaciones *-las cuales se suponen propuestas, de ordinario, por el contratista-* debe resultar de escritura, o sea, de manera expresa, así que, a falta de escritura, la aprobación no es susceptible de prueba de testigos.

Además, si el precio de la contrata ha sido fijado “por cuerpo”, no queda modificado por efecto de las variaciones ni por efecto de las agregaciones; pero queda a salvo la posibilidad de pacto diverso. En el caso que si el precio se ha fijado “por medida” variará en proporción a las variaciones, en más o en menos, que se hagan al proyecto. De ordinario, pues, el proyecto sólo es variable por voluntad de las dos partes. Sin embargo, las variaciones son admisibles, si son necesarias a fin de que la obra pueda ser realizada de acuerdo con las reglas del arte; pero no basta, en defecto acuerdo entre las partes, la voluntad unilateral de aquel que advierte la necesidad de ellas, o sea del contratista; es necesaria la intervención del juez.

Ahora bien, mientras el juez no puede, de ordinario, modificar el contenido del contrato, en el caso presente, puede dictar una sentencia constitutiva. Que determine las variaciones al proyecto y la correspondiente modificación del precio; la cual, de ordinario, consistirá en un aumento.

La indemnización, en uno y otro caso, está justificada por el presupuesto de que el contratista sufra un daño al quedar sin efecto la contrata; y por consiguiente, la misma se ajustará a la importancia de tal daño. Está implícito que el comitente debe además, si la obra se ha iniciado ya; reembolsar al contratista el valor de la misma, a establecerse por el juez.

El comitente puede ordenar variaciones al proyecto, siempre que su monto no supere la sexta parte del precio total; esta hipótesis se distingue de la anterior, porque no se trata de variaciones necesarias, sino de variaciones que satisfacen la conveniencia económica o el gusto de comitente (se podría, trasladando aquí una terminología tradicional en la materia de gastos, si bien casi abandonada por la ley, hablar de variaciones útiles y también de variaciones suntuarias). El contratista tiene derecho a compensación (suplemento de precio), por los mayores trabajos ejecutados, aun cuando el precio de la obra hubiese sido determinado “por cuerpo”.

El poder de variación del comitente no se admite cuando, aun estando contenidas las variaciones dentro de los límites indicados (que no excedan de la sexta parte del precio), las variaciones importen modificaciones notables de la naturaleza de la obra, o bien del aspecto cuantitativo de ella, en las categorías singulares de trabajos para la ejecución de la obra, previstas en el contrato.

Según parece el comitente puede servirse de otro contratista para hacer realizar obras adicionales, siempre que no estén previstas por la primera contrata (el caso se presenta cuando se trata de obras complejas, donde sean necesarias varias especialidades de contratistas: ejemplo, edificios).

Por lo demás, la práctica es en este sentido también, porque la organización de cada contratista es siempre típica y no-convertible; por ejemplo: en la contrata para la construcción de un edificio, el constructor de obras de los muros (obras principales) no está organizado para realizar las instalaciones de calefacción, o eléctricas, y así sucesivamente; y por consiguiente, debería a su vez, dirigirse a otro contratista especializado, o sea recurrir a la subcontrata; aparte de que el comitente podría siempre prohibírselo, constriñéndolo a realizar la obra adicional directamente.

Las otras normas que gobiernan la contrata, se refieren, ante todo, a las relaciones entre las partes, antes del cumplimiento de la obra.

El comitente puede controlar (también por medio de técnicos) el desarrollo de los trabajos, y verificar, a su propia costa, el estado de ellos.

La comprobación que el comitente haga, al realizar el control del desarrollo de los trabajos, de que la ejecución de la obra no se sigue según las cláusulas establecidas y las reglas del arte, lo autoriza a fijar un término conveniente dentro del cual el contratista debe ajustarse a aquellas cláusulas, o sea, rectificar o completar los trabajos; transcurrido inútilmente ese término, el contrato se resuelve de derecho, salvo, en cuanto al comitente, la pretensión al resarcimiento del daño.

Si la materia la proporciona el comitente, el contratista está obligado a dar inmediato aviso (al comitente) de los defectos de ella que se descubran en el curso de la obra y puedan comprometer la regular ejecución de la misma. Es legítima una suspensión provisional de los trabajos, si éstos no se pueden proseguir sin el empleo de dicha materia defectuosa.

La onerosidad excesiva del cumplimiento, puede afectar al contratista como consecuencia de aumentos que excedan de la décima parte (esto es, del riesgo normal del contrato); esa onerosidad autoriza la petición del contratista de revisión del precio. Igualmente, si los precios disminuyen en proporción que exceda de la décima parte, la revisión, la puede pedir el comitente. En ambos casos, no se da lugar a resolución del contrato.

Por el contrario, las dificultades de ejecución que provengan de causas geológicas, hidrológicas y similares, aun cuando sean pre-existentes, pero no previstas por las partes, y que hagan notablemente más onerosa de lo previsible la prestación del contratista, dan a éste el derecho a una equitativa compensación.

Puesto que el derecho del contratista a la compensación correspondiente está subordinado (salvo pacto o uso en contrario) a la aceptación de la obra por parte del comitente, se comprende que el legislador tutele al contratista contra eventuales pretextos del comitente dirigidos a retardar la aceptación de la obra, y en general, contra el comportamiento pasivo de él en ese orden.

Está dispuesto, en efecto, que la verificación (examen) debe hacerse por el comitente, tan pronto como el contratista lo ponga en situación de poderla realizar, dirigiéndole la oportuna invitación.

Igualmente, la obra se entiende aceptada -aunque no se haya procedido al examen- cuando el comitente reciba su entrega (que es, obviamente, cosa diversa de la verificación) sin formular reservas; él entonces, no es admitido a formular ninguna excepción.

Salvo pacto diverso o uso en contrario, el contratista, cuando la obra sea aceptada por el comitente, tiene derecho a la compensación correspondiente. Esta es consecuencia del principio enunciado anteriormente.

Aceptada la obra (con o sin examen) el derecho del contratista a la compensación se produce, aun cuando los trabajos se entreguen o se acepten por partidas singulares.

El pago hace presumir (*iuris tantum*) la aceptación de la parte de obra pagada; pero este efecto no surge del pago de simples cantidades a cuenta.

De las diversidades, o de los vicios de la obra responde el contratista. Pero la responsabilidad no nace si el comitente ha aceptado la obra, conociendo (o pudiendo reconocer, con la ordinaria diligencia) las diversidades o vicios (salvo que los mismos hayan sido silenciados de mala fe por el contratista). El comitente debe (bajo pena de decadencia) denunciar al contratista las diversidades y los vicios dentro de los sesenta días a contar del momento en que los descubrió. La acción contra el contratista (*rectius*: el derecho de accionar) prescribe a los dos años de la entrega; pero el comitente, demandado para el pago, puede igualmente hacer valer la

responsabilidad del contratista. La responsabilidad del contratista implica que él debe eliminar las diversidades o los vicios, o someterse a una disminución del precio, más el resarcimiento del daño, en caso de culpa; pero el comitente puede pedir en absoluto la resolución del contrato, si las diversidades o los vicios son tales que hagan totalmente in-idónea la obra para su destino.

Una responsabilidad particular (contractual) del contratista se encuentra establecida respecto del comitente, para el caso de que, tratándose de edificio, el mismo, en el curso de los diez años desde el cumplimiento por vicio del suelo, o por efecto de que se arruine en todo o en parte, presente evidente peligro de ruina, o graves defectos; siempre que se haga la denuncia de ello al contratista dentro del año a contar desde el descubrimiento de la ruina, del peligro de ruina o de los defectos. Esta acción protege al comitente frente al contratista. El derecho del comitente a la indemnización prescribe al año desde la denuncia.

En cambio, la acción de responsabilidad extracontractual a cargo del propietario (y antes comitente), como consecuencia del daño de la ruina del edificio, o de otra construcción, ocasione eventualmente a terceros, está regulada por otra norma.

Puede ocurrir que la ruina, el peligro de ruina o los graves defectos de la obra, procedan del subcontratista al que la ejecución de la obra fue confiada por el contratista.

Sin embargo, la relación se extingue, quedando cada una de las partes en la situación en que se encuentre al momento de sobrevenir la causa de imposibilidad; pero el comitente debe pagar la parte de la obra ya realizada, aunque dentro de los límites en que la misma sea útil para él, y en proporción del precio pactado para la obra entera.

De ordinario, la contrata de obras o servicios no es un contrato de ejecución continuada; sin embargo, la ley prevé que la contrata pueda tener por objeto prestaciones, continuadas o periódicas, de servicios. En tal caso, se observan, en cuanto sean compatibles, las normas antes expuestas y las relativas al suministro.

Es indiferente el nomen iuris atribuido al contrato; lo decisivo es su intrínseco contenido.

La afinidad, puesta en evidencia, entre contrata de obras o servicios y contrato de suministro, reside en la continuidad o periodicidad.

La hipótesis normal de la que parte la ley, al llevar tal contrato bajo el tipo de la contrata de obras, es que los materiales los proporcione el contratista: a diferencia de lo que ocurre en la contrata normal de obras, de manera que el contratista proporcione solamente el opus, o sea el resultado.

Un modo opuesto de realizar construcciones, o trabajos análogos, y del cual, por evidente conexión con el caso de la contrata de obras o servicios, se debe hacer referencia en este lugar, a él **“llamado trabajo (a) o (en) economía”**; el mismo consiste en el hecho de que el interesado asume a su propio riesgo, la persona que debe dirigir técnicamente el trabajo (director de los trabajos) y el personal que debe llevarlo a cabo (operarios) y se aprovisiona, a su propio riesgo, de los materiales. El mismo no es más que un acto de gestión (administración extraordinaria) del propietario sobre el propio patrimonio.

Las referencias dadas hasta aquí conciernen a la contrata privada. Principios en parte diversos regulan la contrata de obras públicas en la que es característico que concurre un régimen publicístico y que las cláusulas contractuales se derivan de su propia naturaleza pública

5.4. CONTRATOS INNOMINADOS.

Si bien el tratadista Wálter Kaune Arteaga señala que los “contratos innominados, en cambio, no se encuentran previstos en forma concreta en el ordenamiento jurídico y surgen por voluntad de las partes contratantes, en ejercicio del vasto campo de la autonomía de la voluntad, dando nacimiento a un sin número de contratos, sometidos a la única condición de cumplir con los requisitos establecidos por el Art. 452 del Código Civil”.

Por lo que se los define por oposición a los contratos nominados en cuanto su no regulación legal explícita.

Continúa dicho tratadista señalando que: “para la interpretación de los contratos nominados, a falta de cláusulas concretas, se deberá hacer uso a **las normas supletorias contenidas en el Código y destinadas al contrato respectivo**, en cambio para la interpretación de los contratos innominados, como quiera que tales normas supletorias no existen, se deberá hacer uso en forma estricta a **las cláusulas insertas en el respectivo documento** donde consta el contrato, observando en todo caso lo prevenido por los Arts. 510 al 518 del Código Civil y particularmente a lo dispuesto por el Art. 510 (intención común de los contratantes)”.

Básicamente nos encontramos en presencia de la libertad plena de la voluntad para la conformación del contrato. Sin embargo ya se observó que tal libertad no siempre suele estar liberada, y por el contrario en este caso como en el del contrato de obra de construcción entre particulares el control y presión sobre la voluntad de una de las partes suele ser mucho mayor que en caso de encontrarse ambas conductas de las partes contratantes debidamente reguladas por la legislación.

Es muy importante para nuestro trabajo concreto, tener en cuenta lo que señala **Juan Carlos Cassagne** cuando se refiere a la tipicidad y nominalidad de los contratos en materia administrativa, ya que ello puede ser extensible a materia civil: “ en la doctrina administrativa se distingue la categoría de los contrato típicos y atípicos, en la medida en que se hallen regulados o no por una disciplina concreta y detallada en la ley, en los contratos nominados o innominados, lo que cuenta es la existencia o inexistencia de nomen juris.

En la Argentina el contrato de obra pública constituye un contrato administrativo típico, en cuanto tiene una regulación legal basada en la ley y las partes (estado y contratista) sólo pueden introducir aquellas cláusulas que no modifiquen la sustancia de dicha regulación legal.

En cambio, cuando se carece de una disciplina normativa para regular el contrato, éste será atípico, por más que tuviera asignada una nominación jurídica por la ley, la doctrina o la jurisprudencia (ej. El contrato de concesión de uso de un bien dominical) lo que admite una mayor posibilidad de acudir a la analogía para resolver las situaciones no previstas en el contrato. Tanto la tipicidad como la atipicidad del contrato administrativo pueden darse en forma total o parcial conectándose la trascendencia de esta calificación con la manera en que se introduce la analogía para resolver una situación no prevista contractualmente.

En lo que se refiere al tema de la nominalidad, señala: “esta clasificación (nominados e innominados), cuyos orígenes históricos se remontan al Derecho Romano, tiene en cuenta la nominación jurídica del contrato, con prescindencia del hecho de que él esté sometido o no a una legislación específica. De esta manera existen en nuestro derecho administrativo:

- a) Contratos Nominados Típicos: como el contrato de suministro.
- b) Contratos Nominados Atípicos: que carecen de disciplina legal que los regule como el contrato de concesión de servicios públicos”.

Esta distinción respecto a la nominalidad y la tipicidad, consideramos que es fundamental para tratar con mayor precisión nuestro objeto, ya que todo ello deberá manifestarse a la finalización de la tesis cuando se avance en la propuesta y en las recomendaciones.

5.5. SITUACIÓN DE LOS CONTRATOS DE OBRA DE CONSTRUCCIÓN PRIVADOS.

Debido a motivos que posteriormente serán tratados a profundidad, sucede que en Bolivia no existe un “Contrato Típico y Nominado” respecto a los contratos de obra de construcción entre

privados. Tal ausencia ocasiona que los sujetos jurídicos que precisan contratar se vean obligados a utilizar diferentes modalidades de contrata para realizar sus negocios jurídicos siendo que por esa vía no se va a aplicar el instrumento jurídico idóneo se ocasionan graves problemas a tiempo de interpretar y aplicar el contrato suscrito.

La misma situación acontece con el juzgador que debe extremar recursos para establecer la doctrina que corresponde aplicar y diferenciarla de las cláusulas establecidas entre partes, lo cual genera una suerte de problema mayor si se tiene en cuenta que la libertad de las partes para pactar es fundamental conforme lo proclama el Art. 519⁷¹ del Código Civil, empero el juez se ve obligado a dar otra interpretación conforme al Art. 508⁷² del mismo cuerpo legal. Esta falencia debe terminar y para ello es preciso estudiar el asunto y resolverlo a objeto de generar seguridad jurídica para las partes contratantes en esta materia.

⁷¹ **Código Civil Decreto Ley 12760. Art. 519°. (EFICACIA DEL CONTRATO).**

El contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes. No puede ser disuelto sino por consentimiento mutuo por las causas autorizadas por la ley.

⁷² **Código Civil Decreto Ley 12760. Art. 508°. (CONTRATO A TÉRMINO, EFECTOS).**

De la llegada de un acontecimiento futuro y cierto puede hacerse depender el ejercicio o la extinción de un derecho.

El término inicial o suspensivo y el término final o extintivo surten sus efectos sólo a partir de su llegada.

CAPÍTULO 6.

CAUSAS ECO-SOCIALES PARA EL DESARROLLO **DE LA CONTRATACIÓN PRIVADA EN LA** **CONSTRUCCIÓN.**

6.1. EL ESTADO DEL `52

Se sabe que la historiografía general boliviana establece como fecha originaria de lo que posteriormente se denominará Estado del `52 a la Guerra del Chaco (1932 a 1935).

Esto debido a que la crisis político-militar ocasionada por la contienda bélica creó las bases para la destrucción del estado liberal conocido popularmente como el de la rosca minero-feudal.

Desde 1936 hasta 1952 se generaron las condiciones para la edificación de una nueva sociedad, la cual alumbraría nuestro escenario desde el 9 de Abril de 1952.

A pesar de los gobiernos dirigidos por la rosca y los intentos por retornar al pasado señorial (Tejada Sorzano, Quintanilla, Peñaranda, el sexenio), las nuevas instituciones sociales fueron imponiéndose poco a poco.

Para el tema que nos ocupa es necesario hacer referencia a la Constitución Social de 1938 donde por primera vez en nuestra historia constitucional se incorporan temas ligados a los derechos del Estado y de las colectividades. Todo esto dará lugar posteriormente durante el capitalismo de Estado a priorizar lo estatal contra lo individual, y por tanto en materia de contratación se impondrá el derecho administrativo y los contratos administrativos.

Conforme a los tiempos que se vivían el eje fundamental de la vida nacional fue el Estado, alrededor del cual se reorganizó el país.

Siendo que el principal sujeto de la contratación fue el Estado. Para Messineo en su perfil económico, “el contrato es el instrumento de la circulación de las mercancías”. Fue entonces el Estado el núcleo rector de esta circulación.

En lo que a nuestro tema se refiere, debemos precisar que el Estado fue el mayor contratante para la construcción de grandes obras. Motivo por el cual a su sombra y servicio se organizó un sistema empresarial de construcción que cotidianamente vendía sus servicios al Estado para edificar todo cuanto el país necesitase.

En todas las ramas de la actividad económica y social sucedía lo propio, de tal manera que el Estado del '52 fue el que impuso su sello a la legislación, interpretación y aplicación de la norma jurídica. Como no podía ser de otra manera, las empresas constructoras también se acomodaron a esta situación, y habida cuenta de la normativa e ideología imperante, siempre que fue necesario contratar entre privados se aplicó la legislación administrativa que si bien no correspondía, en cambio era parte de la legalidad y de los usos y/o costumbres y no existía otra manera de ver la realidad.

6.2. MODIFICACIONES ESTRUCTURALES Y EL D.S. 21060.

Si se recuerda, en la primera parte de nuestro estudio hicimos referencia a Messineo y resaltábamos que dicho autor en un curso de derecho civil dispuso de tanto espacio y se deshizo en explicaciones sobre la armonización o no de la contratación civil y administrativa, así como el estudio empírico de los límites de la voluntad de los contratantes habida cuenta de las regulaciones impuestas por el Estado, lo mismo acontece con el estudio de Carlos Morales Guillén, eso es debido a que tales tratadistas tomados a título de ilustración se encontraron y se vieron con ese problema real en su sociedad y a tiempo de hacer la exégesis de la norma, no hubo más remedio que explicar esa situación aunque ni siquiera ellos pudieron avisar la posibilidad de un retorno al liberalismo (neoliberalismo) y casi parecieron aceptar resignadamente la incursión del derecho administrativo en materia de contratos sobre el territorio que fuera del derecho civil.

Pero, desde el 29 de Agosto de 1995 con el D.S. 21060, toda esa situación se modificó y empezó a ser desestructurado el Estado del '52 y avanzarse hacia la construcción de un nuevo Estado basado en el libre mercado.

De pronto el actor económico central abandona la escena y en su lugar se imponen nuevamente los actores civiles privados.

Eso hace que se tenga necesidad de normar las nuevas relaciones económicas de los nuevos actores sociales, empero los instrumentos jurídicos anteriores y correspondientes al Estado del '52 no son idóneos para ello, a pesar de eso por el peso de la costumbre y la tradición además de la imposibilidad de reconocer la nueva situación y la diferencia respecto a la anterior, el sector de la construcción no desarrolla un instrumento contractual correcto para su interrelacionamiento, y el staff jurídico tampoco hizo mucho por subsanar esta situación, por el contrario, se trata de adecuar y amoldar los antiguos contratos administrativos de construcción a

la realidad actual, de manera que el sujeto activo recibe una serie de derechos que dentro de una relación contractual civil jamás podría tener, tal como las cláusulas exorbitantes, ejecutorialidad, jusvariandi, etc.

6.3. CONTRATACIÓN Y LAGUNAS EN LA LEGISLACIÓN CIVIL.

Precisamente los argumentos indicados líneas arriba son la causa para que el sector privado hubiera iniciado un desarrollo mayor de sus actividades y en procura de la equidad y justicia en su relacionamiento así como para obtener mayor seguridad jurídica.

Empero, no será sólo la costumbre y tradición heredada de las relaciones jurídicas anteriores, sino principalmente que con motivo de esas relaciones jurídicas la norma jurídica positiva no previó ni legisló aquello que no tenía razón de ser, motivo por el cual el Código Civil y el Código de Comercio no tipificaron ni nominaron a “los contratos de obra de construcción entre particulares”.

De ahí que como producto de la constatación de los constantes problemas que surgen entre partes y a falta de un desarrollo en la doctrina civil boliviana para incluir esta modalidad de contratación dentro de nuestra legislación, los interesados como ser la Cámara de Construcción comenzó a tomar iniciativas hacia la tipificación de esta modalidad contractual y de esa forma llenar el vacío o cubrir la laguna jurídica existentes sobre el particular.

CAPÍTULO 7.

DIFERENCIA ENTRE CONTRATO PRIVADO **Y ADMINISTRATIVO DE CONSTRUCCIÓN** **DE OBRA**

7.1. ELEMENTOS ESENCIALES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

Entre las instituciones del derecho administrativo que han alcanzado mayor desarrollo doctrinario y jurisprudencial, la figura del contrato administrativo ocupa un lugar destacado oscureciendo a otras categorías que no tuvieron una evolución comparable.

Las causas de la importancia que cobró la categoría jurídica del contrato administrativo son conocidas y van desde el crecimiento de las necesidades colectivas y la aparición de nuevas tecnologías, hasta la idea de la colaboración de los sujetos privados con la Administración Pública quienes asumen cargas y obligaciones que no encajan en el molde del derecho privado, que tampoco resulta compatible para regular el conjunto específico de derechos y garantías que vienen a compensar, de algún modo, las prerrogativas públicas del Estado.

Tanto Cassagne como Mariehoff tienen la idea de establecer que todo esto se dio debido a “la concepción finalista del contrato administrativo”, no obstante la estabilidad de sus principios fundamentales, participa de la dinámica que es propia del derecho administrativo y que lo torna en algunos temas de manera mutable, con una textura abierta a las necesidades sociales y económicas. En ese marco, las instituciones y técnicas de la contratación administrativa acompañan siempre la evolución que se opera en los fines del Estado, cuyo bien común se conforma y desarrolla según el destino histórico de cada comunidad, variando de Estado a Estado.

Así, muchos de los instrumentos y doctrinas al uso caen pronto en desuso por las transformaciones que provocan los cambios tecnológicos, que conducen al dictado de nuevas normas o a la renovación de las vigentes, a fin de adaptar los criterios interpretativos, a la realidad en la cual operan.

El problema central que sigue planteándose en torno del contrato administrativo es hasta qué punto su construcción se independiza de las normas y principios del derecho civil -que vinieron rigiéndolo desde que el Estado comenzó a utilizar la técnica contractual en forma esporádica- y en qué medida ha adquirido una fisonomía peculiar y típica del derecho público.

Las actuales tendencias que exhibe la evolución de la concepción del contrato en el derecho administrativo van desde una mayor flexibilidad para favorecer el ejercicio de la potestasvariandi⁷³, en armonía con los principios generales que preservan la ecuación

⁷³*Autores: Francisco Hernández Tejero Localización: Anuario de historia del derecho español, ISSN 0304-4319, N° 17, 1946, págs. 605-624*

económico-financiera, hasta el reconocimiento de una “zona común” para regir todos los procedimientos de la contratación administrativa junto a la tesis que admite contratos administrativos por extensión. En todas estas concepciones persisten nuevos criterios de hermenéutica que sólo adquieren sentido si se mantiene la categoría del contrato administrativo, como figura típica del derecho público, dotada de un régimen peculiar específico que, fundado en una distinta materialidad jurídica, lo distingue tanto de los contratos regidos plenamente por el derecho civil o comercial como de aquellos de régimen mixto.

7.2. ELEMENTOS ESENCIALES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y SU RELACIÓN CON LOS PRIVADOS.

Para el tratamiento de este tema continuamos con la línea teórica de Cassagne, cuando dice que: “el contrato administrativo, como categoría jurídica peculiar del derecho público responde a la idea de que los particulares colaboren con la misión que persigue la administración mediante la institución contractual que, correlativamente, le garantiza al contratista privado la intangibilidad de sus derechos económicos”.

En el contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo (iusvariandi, interpretación, equilibrio financiero, etc.).

Esa finalidad pública y no la competencia jurisdiccional es lo que define y tipifica la institución del contrato administrativo con rasgos peculiares que lo distinguen tanto del contrato civil entre particulares como del regido parcialmente por el derecho civil, aun cuando este último se celebre dentro de la llamada “zona común de la contratación administrativa”.

El problema de la calificación de los contratos administrativos y su distinción con los contratos civiles ha venido dividiendo a la doctrina comparada (con excepción de la francesa claramente enrolada en la concepción del servicio público) en dos grandes corrientes:

- a) La primera puede calificarse como finalística o sustantiva: que apoya la distinción en la causa fin (finalidad u objeto), de naturaleza objetiva, propia del derecho público.
- b) La Segunda basada en el régimen jurídico peculiar: que deriva de su finalidad pública, mientras que la otra se basa en la presencia subjetiva de uno de los contratantes, sosteniendo que el régimen jurídico resulta como una consecuencia de las prerrogativas jurídicas que posee la Administración como sujeto.

Sin embargo, dentro de esta última tendencia, no es posible unificar toda la extensa gama de doctrinas que pueden representar posiciones que resultan muchas veces más opuestas que las discrepancias existentes con los partidarios de la tesis finalista.

En lo que sigue vamos a referirnos a los distintos criterios que se han formulado en la doctrina y en la jurisprudencia en torno de la calificación del contrato administrativo.

7.2.1. LOS CRITERIOS DEL SUJETO DE LA JURISDICCIÓN APLICABLE Y DE LA FORMA DEL CONTRATO.

Los criterios del sujeto y de la jurisdicción.- Inicialmente propuestos, fueron pronto desechados por la doctrina.

- a) **Los criterios del sujeto:** por cuanto la presencia de la Administración no basta para calificar un contrato como administrativo, ya que ésta puede acudir a técnicas de

contratación privada, cuando el interés público que persigue no sea relevante y pueda satisfacerse en forma indirecta o mediata.

b) Los criterios de la jurisdicción: la jurisdicción aplicable, denominada:

“contencioso-administrativa”, tampoco sirve para calificar la condición del contrato por cuanto ella es consecuencia de la naturaleza y peculiaridades de los contratos que celebra la Administración.

7.2.2. LA VOLUNTAD DE LAS PARTES Y LA CALIFICACIÓN LEGISLATIVA.

Se ha discutido si las partes en un contrato que celebra la Administración con un particular pueden atribuir condición administrativa al acuerdo contractual. Pero, es evidente que dichas voluntades no resultan idóneas por sí mismas para asignarle tal calidad, puesto que, en definitiva, todo dependerá de la finalidad administrativa del contrato y del régimen que sea consecuencia de esa finalidad dentro de la competencia específica que tenga asignada cada órgano o ente administrativo.

De otra parte, la calificación legislativa como pauta determinante del concepto de contrato administrativo -con independencia de su naturaleza- puede surgir expresamente o en forma implícita. Lo primero ocurrirá cuando la norma legal prescriba que determinados contratos resisten carácter administrativo; lo segundo, en los supuestos en que se estatuya la jurisdicción contencioso-administrativa para dirimir la controversia.

Por lo demás, frente a una prescripción legislativa que atribuya naturaleza administrativa a un determinado contrato siempre será posible cuestionar la irracionalidad de la calificación a través de los medios de impugnación de las leyes, aunque, en principio, prevalezca la presunción favorable a la validez de la norma legal.

A su vez, el criterio de la jurisdicción resulta inadecuado para determinar una calificación, pues el eventual cambio de las normas adjetivas que reglamenten el proceso contencioso-administrativo no provoca, por sí mismo, una mutación en el régimen jurídico sustantivo que rige el contrato.

7.2.3. EL SERVICIO PÚBLICO Y LA UTILIDAD PÚBLICA COMO CRITERIOS DETERMINANTES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN RAZÓN DE SU OBJETO.

Otro criterio es el relativo a que la jurisdicción es un servicio público y por tanto sus elementos esenciales deben subordinarse a esa finalidad, siempre en cuanto a que por encima de todo debe primar el interés público.

7.2.4. LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES.

La insuficiencia que, según alguna doctrina, portaba la teoría del servicio público para configurar el criterio determinante de la noción de contrato administrativo provocó en la doctrina y jurisprudencia francesa la aparición de una corriente que; al advertir la presencia en los contratos administrativos de cláusulas exorbitantes al derecho común, creyó encontrar en tal característica la solución al problema de la categorización del contrato administrativo.

De ese modo, la inserción de una cláusula exorbitante en un contrato celebrado por la Administración, tenía la virtud de convertirlo en administrativo, ya que, según la doctrina dominante en Francia, tal circunstancia hacía presumir la intención de acudir al régimen del contrato público y, sólo residualmente, la jurisprudencia apelaba al criterio del servicio público, exigiendo, en tales casos, que el contratante participase en forma directa en la gestión del servicio público.

¿Qué se entiende por cláusula exorbitante? Mientras que para un sector de la doctrina francesa las cláusulas exorbitantes son aquellas que resultan inusuales en el derecho privado, para otros son las que, de incorporarse a un contrato de derecho privado, serían ilícitas, no faltando concepciones más amplias que abarcan tanto a las que resultan ilícitas como a las inusuales en el ámbito de la contratación civil o comercial, o bien, que; consideran cláusula exorbitante a aquella que tiene por objeto otorgar a las partes derechos o imponerles obligaciones extrañas por su naturaleza a las que resultan libremente consentidas por cualquiera dentro del ámbito de las leyes civiles o comerciales. Así, se consideraron “**cláusulas exorbitantes**” las prerrogativas de modificar unilateralmente el contrato, de aplicar multas por sí y ante sí, etcétera.

Entre nosotros, el criterio de “**la cláusula exorbitante**” ha sido objeto de críticas, sosteniéndose que de esa manera el contrato tendrá naturaleza administrativa según que las partes la incluyan o no. Desde otro punto de vista, en la doctrina española se ha afirmado que sería tanto como confundir causa con efecto, es decir, que las denominadas cláusulas exorbitantes aparecen como consecuencia de la naturaleza administrativa del contrato, lo cual no siempre acontece, por cuanto se suelen introducir aun en contratos que nada tienen de administrativos.

7.2.5. OTROS CRITERIOS:

En la doctrina Argentina se han propugnado, tanto criterios finalísticos, objetivos o sustantivos, como concepciones de naturaleza exclusivamente subjetiva, para caracterizar el contrato administrativo, no faltando tesis que combinan elementos de ambas teorías. En este último sentido, se ha sostenido-siguiendo a **García de Enterría**⁷⁴ que los contratos administrativos se caracterizan por una modulación que es el resultado de una doble exigencia:

⁷⁴ *Eduardo García de Enterría y Martínez-Carande (Vega de Liébana, Cantabria), nació el 27 de abril de 1923 es un jurista español. Considerado como uno de los juristas españoles más notables del siglo XX. Es posiblemente el más importante teórico y, en cualquier caso, punto de referencia indispensable en la elaboración de doctrina e investigación sobre Derecho Público en España.*

- a) Las peculiaridades funcionales de la Administración como organización colectiva característica.
- b) Su actividad peculiar y propia.

Tal modulación, se señala, “se presenta con caracteres propios en el contrato administrativo, en cuanto a la prerrogativa de poder público con que cuenta la Administración en sus contratos administrativos, y que consiste en el privilegio de la decisión unilateral y ejecutiva previa al conocimiento judicial, que impone al co-contratante la obligación de su cumplimiento inmediato, con la posibilidad de impugnarlo si está disconforme con su legalidad”.

En realidad, esta tesis refleja una de las notas peculiares y propias del contrato administrativo cuyo régimen jurídico es consecuencia de su naturaleza pública y requiere averiguar, precisamente, cuáles son los contratos que deben contener dicha modulación específica, que, por lo demás, no se circunscribe solamente al privilegio de la decisión unilateral y ejecutiva sino que comprende todo el régimen administrativo, aunque aquel privilegio (en nuestro Derecho “ejecutoriedad”) le confiere una mayor tipicidad y trascendencia.

En un plano diferente, aunque no necesariamente opuesto, se encuentra la concepción que formula **Marienhoff**, para quien los contratos que celebra la Administración poseen carácter administrativo en virtud de dos criterios principales:

Fue el primer juez español en Tribunal Europeo de Derechos Humanos de sede en Estrasburgo entre abril de 1978 y febrero de 1986. También ha presidido la Fédération International pour le Droit Européen (FIDE); fundó y presidió la Asociación Española para el estudio del Derecho europeo, y se integró en el Academic Council del European Law Research Center de la Law School de la Universidad de Harvard. Ha participado en numerosas Comisiones de redacción de Anteproyectos de Ley en España. Pero de especial relieve fueron sus aportaciones a la Constitución española de 1978.

- a) Por razón de su objeto.
- b) Aun cuando no fueren “administrativos para su objeto, cuando contengan cláusulas exorbitantes expresas del derecho privado”. Esta concepción es básicamente de naturaleza finalista, a pesar de su combinación con el criterio de las cláusulas exorbitantes.

El criterio de los fines específicos o propios del Estado a que se acude para determinar, cuándo un contrato de colaboración (donde la prestación principal está a cargo del co-contratante) es administrativo, parte de concebir como fines propios o específicos del Estado a aquellos que urgen de los preceptos de la Constitución o de su preámbulo. Hay que advertir, empero, que la legislación que el Congreso dicta, en ejercicio de su competencia constitucional, puede establecer nuevos fines estatales no expresamente previstos en la Constitución (poderes implícitos e inherentes, siempre que no se trate de actividades reservadas a particulares (desde luego que con la finalidad de realizar el bien común y respetando el principio de subsidiariedad).

7.2.6. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y LA CAUSA DEL CONTRATO.

El panorama hasta aquí descrito revela hasta qué punto se generan dificultades en torno de una noción doctrinaria que sirva de base para el desarrollo de una concepción del contrato administrativo pero demuestra también que existen una serie de coincidencias que acercan posturas aparentemente inconciliables.

Así, la finalidad sustantiva o de interés público relevante del contrato administrativo se hace patente cuando el acuerdo es celebrado por un órgano del Estado en ejercicio de la Función administrativa, lo cual conduce a la institución de un régimen jurídico específico y exorbitante del derecho privado (en materia especialmente de ejecución y extinción). Se configuran de esta manera, contratos administrativos en el ámbito de los tres órganos en que se distribuye el poder estatal: ejecutivo legislativo y judicial y no sólo cuando la Administración sea parte.

La existencia de cláusulas exorbitantes, que es un hecho dependiente de la voluntad de las partes, especialmente de la Administración, no es de por sí decisiva para caracterizar el contrato administrativo, pues pueden hallarse presentes aun en los contratos parcialmente reglados por el derecho privado (en punto a su objeto), que poseen una regulación jurídica distinta.

El criterio de la función administrativa, en sentido material, como causa fin del contrato que utiliza un régimen jurídico típico y peculiar es el que, precisamente, permite distinguir dicha función de la actividad industrial o comercial del Estado, también llamada “gestión económica”, donde la Administración acude a los principios y técnicas de la contratación privada (ej.: en la actividad del Banco Naciónl regida por el derecho mercantil). Y esa causa fin comprende tanto aquellas contrataciones orientadas a un fin público específico y directo como a las que tienen por objeto cosas o bienes instrumentales pertenecientes al derecho administrativo (dominio público)⁷⁵. Por ese motivo, los distintos tipos y denominaciones de los contratos que se celebran para colaborar con la función administrativa (contratos de colaboración), o para atribuir ventajas propias de la justicia distributiva (contratos de atribución), prácticamente son los mismos que en la concepción del servicio público, elaborada por la jurisprudencia francesa (concesión de servicios públicos, obra pública, suministro, etc.) y así acontece también en la reciente legislación española sobre contratos públicos.

En esa línea, el concepto de función administrativa es esencialmente dinámico e históricamente variable, en cuanto debe graduarse de conformidad al ordenamiento jurídico-legal de cada país, pero ello no quita la utilidad de utilizarlo como centro de referencia, unido a la existencia de un régimen en el cual se reconozcan, en forma orgánica y sistematizada, las prerrogativas de poder público que posee la Administración a su favor (modificación unilateral del contrato), que nunca pueden ser prerrogativas implícitas. La presencia o no de este régimen administrativo no

75 Dominio público.- También llamado demanio se entiende el conjunto de bienes y derechos de titularidad pública, destinados al uso público (como las calles, plazas y caminos públicos), o a un servicio público (como un hospital público, un centro escolar público, las oficinas de un Ayuntamiento) o aquellos a los que una Ley califica como demaniales para impedir su apropiación por los particulares (como las playas, las aguas o las minas y cuyo uso privativo, en su caso, requiere una concesión, que sólo la administración pública puede otorgar. Algunos ordenamientos jurídicos consideran que el dominio público está formado por aquellos bienes cuyo titular es una comunidad. En este sentido, las comunidades de regantes, de pastos, de bosques, etc., serían ejemplos de dominio público.

depende de la voluntad de las partes, pues existe con independencia de la voluntad de someterse a él, sin perjuicio de que la Administración pueda celebrar, cuando el ordenamiento lo admita, un contrato parcialmente reglado por el derecho privado, donde tal regulación estará ausente, en principio.

No se debe confundir, en consecuencia, "régimen exorbitante" con "cláusula exorbitante", la cual depende de la voluntad de quienes contratan y no surge directamente del ordenamiento.

7.2.7. CONTINUACIÓN: EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS.

Hay que advertir que, como consecuencia de la potestad que tiene la Administración Pública para crear unilateralmente vínculos obligatorios con relación a terceros, en la medida en que no se altere el ordenamiento jurídico ni los principios generales que forman el derecho administrativo, es posible que los contratos administrativos produzcan efectos en la esfera de particulares, ajenos al vínculo contractual.

Pero los terceros también pueden estar protegidos a posteriori en la medida en que del principio de igualdad en el acceso a la contratación deriva la concebida regla de la inalterabilidad del fin contractual con el objeto de preservar razonablemente dicha igualdad durante la ejecución del contrato.

7.2.8. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO ACUERDO SOBRE UNA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD COMÚN.

Ha sido tradicional, dentro de las ideas jurídicas dominantes que inspiraron la noción del contrato en nuestro Código Civil, definirlo, en general, como "un acuerdo sobre una declaración de voluntad común". Pero, en cualquier caso, esta concepción no debe aplicarse, con un sentido absoluto dando estricta y total prevalencia al acuerdo que nace de un vínculo donde la voluntad de ambas partes se manifiesta, ya sea en forma expresa o tácita. Por ello, aunque el proceso de

formación de la voluntad contractual tenga origen en un acto bilateral de voluntad del cual nacen obligaciones para quienes lo celebran el contrato es algo más que el acuerdo de voluntades que le da nacimiento. Desde la óptica realista, el contrato es una conmutación voluntaria, un intercambio de prestaciones que traduce el equilibrio o igualdad que procura la justicia.

Ahora bien, esa conmutación voluntaria puede dar lugar a un intercambio instantáneo o bien a una relación de tipo institucional, donde la Administración se encuentra obligada a compensar los desequilibrios económico-financieros no imputables al contratista mediante actos propios de la justicia distributiva o restituciones de naturaleza conmutativa.

Esta tesis, para los contratos administrativos que encierran una fundación o una asociación subyacente (Ej. concesión de servicios públicos), reposa en tres ideas fundamentales:

- a) La primera, que siendo tales contratos verdaderas instituciones que persiguen el bien común, hay un interés público a tutelar que se halla por encima de la voluntad de las partes, cuya satisfacción es esencialmente dinámica y precisa adecuarse a los cambios que se van produciendo durante la vida del contrato.
- b) En segundo lugar, la idea de colaboración que implica una suerte de solidaridad con la función administrativa, justifica que el Estado corrija esos desequilibrios que se presentan en el curso de una relación contractual, cuando no media culpa o dolo del contratante, mediante una indemnización fundada en la justicia distributiva o bien mediante una compensación propia de la justicia conmutativa.
- c) La tercera razón que completa las ideas restantes consiste en reconocer que ese interés público dinámico que se persigue en el contrato administrativo y la consecuente obligación de colaborar o de repartir bienes comunes, rebasan las previsiones de las partes, debiendo considerarse consustanciales al contrato e integrantes del acuerdo celebrado.

El desplazamiento de la primacía del contrato como acuerdo de voluntades es por demás evidente en el contrato administrativo que, en este campo, se ha adelantado, en mucho, al derecho privado. Basta con recordar las teorías de la imprevisión y del hecho del príncipe como ejemplo de la labor de los jueces que, juzgando con equidad, han superado la concepción voluntarista del contrato.

Pero, además, implicó el abandono de las concepciones que postulaban la rigidez en la interpretación de los pliegos de condiciones por el principio de la flexibilidad, la posibilidad de modificar a posteriori las bases del contrato celebrado mediante licitación pública, en tanto la modificación se hubiera igual introducido de haberse adjudicado a otro oferente y, lo que todavía es mucho más significativo, el reconocimiento del principio de la intangibilidad de la ecuación económico-financiera del contrato que, fundado en la idea de colaboración, termina por trasladar a la Administración el riesgo del incumplimiento que no fuera imputable al contratista.

CAPÍTULO 8.

CONTRATO DE OBRAS COMO FORMA DE FLEXIBILIZACIÓN EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA Y LAS NORMAS JURÍDICAS ÚLTIMAS DICTADAS EN LA REGIÓN.

8.1. REPÚBLICA DE CHILE.

En cuanto a flexibilización laboral, la República de Chile se encuentra a la vanguardia, conociéndose que muchas modificaciones o reinterpretaciones a la legislación protectora de los trabajadores, que se utilizan en el mundo provienen de la elaboración del denominado “**Derecho Empresarial**”, rama novedosa del derecho privado, que además de estudios sobre administración o gestión empresarial, fundamentalmente estudian todos los sistemas mediante los cuales aplicando el texto literal de la norma jurídica o modificando el significado de término legal utilizado, pueden defender de eficaz manera al empleador. Siendo que con el Presidente Augusto Pinochet, a partir de 1976 y como continuación de su política económica y social iniciada con el golpe militar de septiembre de 1977, se dictó una serie de normas jurídicas que modificaron el derecho del trabajo en beneficio de los empleadores, en forma por demás exagerada.

Sin embargo, una vez recuperada la democracia, ese país ha comenzado un largo recorrer para recuperar los derechos más elementales que en materia social se les había arrebatado, son casi 20 años de la caída del régimen dictatorial chileno y sin embargo los trabajadores han tenido que seguir batallando para volver a reconquistar los derechos mencionados.

Dentro de estas normas, encontramos la correspondiente Ley No. 20.123 que “**REGULA TRABAJO EN REGIMEN DE SUBCONTRATACION, EL FUNCIONAMIENTO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS Y EL CONTRATO DE TRABAJO DE SERVICIOS TRANSITORIOS**”, que en sus partes salientes señala:

Artículo 183-A.- Es trabajo en régimen de subcontratación, aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas.

Con todo, no quedarán sujetos a las normas de este Párrafo las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica.

Si los servicios prestados se realizan sin sujeción a los requisitos señalados en el inciso anterior o se limitan sólo a la intermediación de trabajadores a una faena, se entenderá que el empleador es el dueño de la obra, empresa o faena, sin perjuicio de las sanciones que correspondan por aplicación del artículo 478.

Artículo 183-B.- La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual él o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal.

En los mismos términos, el contratista será solidariamente responsable de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos.

La empresa principal responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente.

El trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá hacerlo en contra de todos aquellos que puedan responder de sus derechos, en conformidad a las normas de este Párrafo.

En los casos de construcción de edificaciones por un precio único prefijado, no procederán estas responsabilidades cuando quien encargue la obra sea una persona natural.

Artículo 183-C.- La empresa principal, cuando así lo solicite, tendrá derecho a ser informada por los contratistas sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que a éstos correspondan respecto a sus trabajadores, como asimismo de igual tipo de obligaciones que tengan los subcontratistas con sus trabajadores. El mismo derecho tendrán los contratistas respecto de sus subcontratistas.

El monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales a que se refiere el inciso anterior, deberá ser acreditado mediante certificados emitidos por la respectiva Inspección del Trabajo, o bien por medios idóneos que garanticen la veracidad de dicho monto y estado de cumplimiento. El Ministerio del Trabajo y Previsión Social deberá dictar, dentro de un plazo de 90 días, un reglamento que fije el procedimiento, plazo y efectos con que la Inspección del Trabajo respectiva emitirá dichos certificados. Asimismo, el reglamento definirá la forma o mecanismos a través de los cuales las entidades o instituciones competentes podrán certificar debidamente, por medios idóneos, el cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales de los contratistas respecto de sus trabajadores.

En el caso que el contratista o subcontratista no acredite oportunamente el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales en la forma señalada, la empresa principal podrá retener de las obligaciones que tenga a favor de aquél o aquéllos, el monto de que es responsable en conformidad a este Párrafo. El mismo derecho tendrá el contratista respecto de sus subcontratistas. Si se efectuara dicha retención, quien la haga estará obligado a pagar con ella al trabajador o institución previsional acreedora.

En todo caso, la empresa principal o el contratista, en su caso, podrá pagar por subrogación al trabajador o institución previsional acreedora.

La Dirección del Trabajo deberá poner en conocimiento de la empresa principal, las infracciones a la legislación laboral y previsional que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas o subcontratistas. Igual obligación tendrá para con los contratistas, respecto de sus subcontratistas.

Artículo 183-D.- Si la empresa principal hiciere efectivo el derecho a ser informada y el derecho de retención a que se refieren los incisos primero y tercero del artículo anterior, responderá subsidiariamente de aquellas obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas y subcontratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por el término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual él o los trabajadores del contratista o subcontratista prestaron servicios en régimen de subcontratación para el dueño de la obra, empresa o faena. Igual responsabilidad asumirá el contratista respecto de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos.

Se aplicará también, lo dispuesto en el inciso precedente, en el caso que, habiendo sido notificada por la Dirección del Trabajo de las infracciones a la legislación laboral y previsional que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas o subcontratistas, la empresa principal o contratista, según corresponda, hiciere efectivo el derecho de retención a que se refiere el inciso tercero del artículo precedente.

Artículo 183-E.- Sin perjuicio de las obligaciones de la empresa principal, contratista y subcontratista respecto de sus propios trabajadores en virtud de lo dispuesto en el artículo 184, la empresa principal deberá adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de todos los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena, cualquiera sea su dependencia, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 66 bis de la ley N° 16.744 y el artículo 3° del decreto supremo N° 594, de 1999, del Ministerio de Salud.

En los casos de construcción de edificaciones por un precio único prefijado, no procederán las obligaciones y responsabilidades señaladas en el inciso precedente, cuando quien encargue la obra sea una persona natural.

Sin perjuicio de los derechos que se reconocen en este Párrafo 1° al trabajador en régimen de subcontratación, respecto del dueño de la obra, empresa o faena, el trabajador gozará de todos los derechos que las leyes del trabajo le reconocen en relación con su empleador.

Párrafo 2°. De las empresas de servicios transitorios, del contrato de puesta a disposición de trabajadores y del contrato de trabajo de servicios transitorios.

Artículo 6°.- Sustitúyese el inciso primero del artículo 478 del Código del Trabajo, por el siguiente: “‘Artículo 478.- Se sancionará con una multa a beneficio fiscal de 5 a 100 unidades tributarias mensuales, al empleador que simule la contratación de trabajadores a través de terceros, cuyo reclamo se regirá por lo dispuesto en el artículo 474. En este caso, el empleador quedará sujeto al cumplimiento de todas las obligaciones laborales y previsionales y al pago de todas las prestaciones que correspondieren respecto de los trabajadores objetos de la simulación’”.

Artículo 7°.- Modifíquese la ley N° 16.744, de la siguiente forma:

- a) Incorpórese a continuación del artículo 66, el siguiente artículo 66 bis:

“Artículo 66 bis.- “Los empleadores que contraten o subcontraten con otros la realización de una obra, faena o servicios propios de su giro, deberán vigilar el cumplimiento por parte de dichos contratistas o subcontratistas de la normativa relativa a higiene y seguridad, debiendo para ello implementar un sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo para todos los trabajadores involucrados, cualquiera que sea su dependencia, cuando en su conjunto agrupen a más de 50 trabajadores.”

Para la implementación de este sistema de gestión, la empresa principal deberá confeccionar un reglamento especial para empresas contratistas y subcontratistas, en el que se establezca como mínimo las acciones de coordinación entre los distintos empleadores de las actividades preventivas, a fin de garantizar a todos los trabajadores condiciones de higiene y seguridad adecuadas. Asimismo, se contemplarán en dicho reglamento los mecanismos para verificar su cumplimiento por parte de la empresa mandante y las sanciones aplicables.

Asimismo, corresponderá al mandante, velar por la constitución y funcionamiento de un Comité Paritario de Higiene y Seguridad y un Departamento de Prevención de Riesgos para tales faenas, aplicándose a su respecto para calcular el número de trabajadores exigidos por los incisos primero y cuarto, del artículo 66, respectivamente, la totalidad de los trabajadores que prestan servicios en un mismo lugar de trabajo, cualquiera sea su dependencia. Los requisitos para la constitución y funcionamiento de los mismos serán determinados por el reglamento que dictará el Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

Artículo primero transitorio.- “Las empresas que a la fecha de publicación de la presente ley, desarrollen actividades reguladas por la misma, deberán presentar su solicitud de inscripción, dentro del plazo de 180 días a contar de su vigencia.”

Artículo segundo transitorio.-“Esta ley entrará en vigencia 90 días después de la fecha de su publicación”.

Habiéndose cumplido con lo establecido en el N° 1° del Artículo 93 de la Constitución Política de la República y por cuanto he tenido a bien aprobarlo y sancionarlo; por tanto promúlguese y llévese a efecto como Ley de la República.

Santiago, 5 de octubre de 2006.

MICHELLE BACHELET JERIA, Presidenta de la República.

Oswaldo Andrade Lara, Ministro del Trabajo y Previsión Social.

Lo que transcribo a Ud. para su conocimiento.- Saluda atentamente a Ud., Zarko Luksic Sandoval, Subsecretario del Trabajo.

Tribunal Constitucional:

Proyecto de ley que regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios.

El Secretario del Tribunal Constitucional, quien suscribe, certifica que el Honorable Senado envió el proyecto de ley enunciado en el rubro, aprobado por el Congreso Nacional, a fin de que este Tribunal ejerciera el control de constitucionalidad respecto de los artículos 183-H, artículo 183-I, inciso tercero, artículo 183-K, incisos tercero y cuarto, artículo 183-L y artículo 183-M, inciso tercero, todos del artículo tercero permanente del mismo, y por sentencia de 30 de agosto de 2006, dictada en los autos Rol N° 536-2006, declaró:

1. Que la frase “previa consignación de la tercera parte de la multa aplicada, en caso que correspondiere” contenida en el inciso tercero del artículo 183-I, que el artículo tercero

del proyecto introduce en el Código del Trabajo, es inconstitucional y debe eliminarse de su texto.

2. Que el inciso tercero del artículo 183-I, que el artículo tercero del proyecto introduce en el Código del Trabajo es constitucional, sin perjuicio de lo resuelto en el número anterior.
3. Que los artículos 183-H, 183-K, incisos tercero y cuarto, 183-L y 183-M, inciso tercero, que el artículo tercero del proyecto introduce en el Código del Trabajo son constitucionales.

Santiago, 30 de agosto de 2006.- Rafael Larraín Cruz, Secretario.

8.1.2. ANÁLISIS

De la disposición legal señalada, correspondiente a la legislación laboral de la República de Chile, se evidencia que en los últimos años, se ha producido un avance en cuanto al desarrollo de los derechos de los trabajadores chilenos, habida cuenta que anteriormente, es decir desde la implementación de las disposiciones laborales implementadas por el gobierno dictatorial del Gral. Augusto Pinochet, el derecho laboral, prácticamente había desaparecido, y se establecieron una serie de normas que atentaban abiertamente contra los derechos de los trabajadores. En cambio, de la norma comentada, tenemos que en lo que se refiere a los derechos de los trabajadores subcontratados, para contratos de obra, es decir de construcción, o edificación como refiere el texto comentado, estos derechos sociales y laborales quedan protegidos, tanto en lo laboral, como en materia de seguridad social así como en lo que hace a seguridad industrial.

8.2. REPÚBLICA DEL ECUADOR

Así como es resto de países del continente, el Ecuador desde mediados de los años ´50 tuvo una economía ligada al capitalismo de Estado. Sin embargo desde fines de los años ´80, se produjo una transformación en su sistema económico y político, esto sucedió a partir de que se dictó el Decreto No. 2160. Dicha norma jurídica, fue en su concepción muy similar al D.S. 21060 boliviano (llama la atención que incluso el número de derecho sea muy similar al nuestro), en todo caso a partir de ello el Ecuador ingreso “al sistema neoliberal”, es decir a la economía de libre mercado. De tal manera que los derechos y conquistas laborales de los trabajadores prácticamente se perdieron.

Es de singular importancia el hecho de que se produjo un gran levantamiento popular el 20 de enero de 2000, en el cual colapsó el sistema liberal, luego de una huelga general y la marcha sobre Quito, de campesinos e indígenas liderados por la Confederación Nacional de Indígenas del Ecuador, a la que finalmente se unieron militares como el Cnl. Lucio Gutiérrez y que finalizó con la toma del poder.

Pero la historia es tan compleja, que en forma casi inmediata el neoliberalismo retomó el control del Estado, siendo que los trabajadores y pueblo ecuatoriano tuvieron que combatir nuevamente con el régimen, logrando minarlo y derrotarlo electoralmente en el año 2007 con la elección por abrumadora mayoría del actual presidente Rafael Correa. En forma inmediata se avanzó en la elaboración de un nuevo texto constitucional mediante Asamblea Constituyente, Constitución que fue refrendada por el pueblo en agosto de 2008. La nueva Constitución repuso derechos y conquistas sociales y laborales a los trabajadores, y bajo su jerarquía se comenzaron a dictar nuevas disposiciones legales que defienden a los trabajadores contra la flexibilización laboral impuesta por los empresarios neoliberales.

Tal como se tiene de la “LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DEL TRABAJO, MEDIANTE LA CUAL SE REGULA LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN LABORAL Y LA DE TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS.”

Art. 1.- Al final del TITULO III y luego del artículo 346 del Código del Trabajo, incorpórese el siguiente Capítulo:

"CAPÍTULO...

DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL Y DE LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS.

Art. ...-Definiciones.-

- a) **Intermediación Laboral.-** Se denomina intermediación laboral a aquella actividad consistente en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, natural o jurídica, llamada usuaria, que determina sus tareas y supervisa su ejecución, y;
- b) **Tercerización de Servicios Complementarios.-** Se denomina tercerización de servicios complementarios, aquella que realiza una persona jurídica constituida de conformidad con la Ley de Compañías, con su propio personal, para la ejecución de actividades complementarias al proceso productivo de otra empresa. La relación laboral operará exclusivamente entre la empresa tercerizadora de servicios complementarios y el personal por ésta contratado en los términos de la Constitución Política de la República y la ley.

Constituyen actividades complementarias de la usuaria las de vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería, mantenimiento, limpieza y otras actividades de apoyo que tengan aquel carácter.

Art. ...- Autorización.- El Ministerio de Trabajo y Empleo a través de la Dirección Nacional de Empleo y Recursos Humanos y sus dependencias regionales competentes, es la entidad encargada de autorizar el funcionamiento de las empresas que se constituyan con el objeto único y exclusivo de dedicarse a la intermediación laboral o a la tercerización de servicios complementarios, encargándose de su control y vigilancia permanente a las Direcciones Regionales de Trabajo, las que organizarán y tendrán bajo su responsabilidad los registros de compañías de intermediación laboral y de compañías de tercerización de servicios complementarios, sin perjuicio de las atribuciones de la Superintendencia de Compañías.

Art. ...- Requisitos para la autorización de funcionamiento.- Para obtener la autorización de funcionamiento, las empresas de intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios, deberán cumplir con los siguientes requisitos:

Presentar el certificado de existencia legal otorgado por la Superintendencia de Compañías;

- a) Presentar copia certificada de la escritura de constitución de la compañía, debidamente inscrita y registrada en la forma prevista en la ley y cuyo objeto social será única y exclusivamente la intermediación laboral o la tercerización de servicios complementarios; y acreditar un capital social mínimo de diez mil dólares, pagado en numerario;
- b) Entregar copia notariada del registro único de contribuyentes (RUC);
- c) Copia certificada del nombramiento del representante legal, debidamente registrado;
- d) Documento original del IESS o copia certificada que acredite la titularidad de un número patronal, y de no encontrarse en mora en el cumplimiento de obligaciones y;
- e) Disponer de infraestructura física y de estructura organizacional, administrativa y financiera que garantice cumplir eficazmente con las obligaciones que asume dentro de su objeto social.

Lo relativo al literal f), deberá ser acreditado por el Ministerio de Trabajo y Empleo, sin perjuicio que para el efecto dicte un reglamento. Las personas naturales no podrán prestar servicios de intermediación laboral ni de tercerización de servicios complementarios, excepto en los sectores de la construcción y agrícola en los cuales si podrán hacerlo, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos:

- a) Entregar copia notariada del registro único de contribuyentes (RUC);
- b) Copia notariada de la cédula de ciudadanía que acredite su nacionalidad ecuatoriana;
- c) Certificado otorgado por el IESS de ser titular de un número patronal, y de no encontrarse en mora en el cumplimiento de obligaciones y;
- d) Copia certificada de una declaración jurada rendida ante notario público, que acredite que se dedica a la intermediación laboral o tercerización de servicios complementarios en los sectores de la construcción o agrícola, y de su garantía personal y pecuniaria para el cumplimiento de sus obligaciones patronales, sin perjuicio de la solidaridad patronal del beneficiario directo de los servicios de los trabajadores, conforme el formato proporcionado por el Ministerio de Trabajo y Empleo.

Las personas naturales que realicen actividades de intermediación laboral o tercerización de servicios complementarios en los sectores de la construcción y agrícola, se someterán a todas las disposiciones de esta Ley, excepto las atinentes a las personas jurídicas en cuanto al capital social y requisitos para su funcionamiento como tales, fijados en esta Ley.

En ningún caso estarán exentas del cumplimiento de las obligaciones previstas en el Código del Trabajo, en la Ley de Seguridad Social y demás normas aplicables.

Art. ...- Duración de la autorización.- La autorización para la prestación de servicios de intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios, con vigencia en todo el territorio nacional, tendrá la validez de un año la primera vez que se la obtenga, de cinco años adicionales con ocasión de la primera renovación y transcurrido este período, será de tiempo indefinido.

Sin embargo, en cualquier tiempo y previo el procedimiento administrativo que corresponda y asegurando los mecanismos del debido proceso, el Ministerio de Trabajo y Empleo podrá aplicar las sanciones previstas en esta Ley si incurren en las infracciones determinadas en la misma.

La autorización de funcionamiento y las sanciones tendrán alcance nacional. El trabajador podrá presentar cualquier reclamación o demanda laboral en la jurisdicción donde tenga fijado su domicilio a la fecha de terminación del contrato, por cualquier causa.

Art. ...- Contratos requeridos.- La intermediación laboral requerirá de la suscripción de dos clases de contratos:

- a) Un contrato mercantil de intermediación laboral celebrado por escrito entre la empresa de intermediación laboral y la usuaria, que puede ser esta última una persona natural o jurídica, cuyo objeto sea poner a disposición a trabajadores para prestar sus servicios en la usuaria, a cuyo poder de dirección quedarán sometidos aquellos y;
- b) Un contrato de trabajo celebrado por escrito entre la empresa de intermediación laboral y cada uno de los trabajadores intermediados.

En el caso de la tercerización de servicios complementarios, se requerirá de la suscripción de un contrato de tercerización de servicios complementarios entre la empresa prestadora del servicio y la usuaria del mismo, en el cual se establecerá expresamente la actividad complementaria del proceso productivo que se desarrollará mediante la tercerización de servicios complementarios.

Art. ...- Duración del contrato mercantil de intermediación laboral.- La duración del contrato mercantil pactado entre la usuaria y la intermediaria será el que acuerden libremente las partes.

La terminación del contrato mercantil de intermediación laboral, causará la extinción de la relación de trabajo que vincula a la empresa que presta dichos servicios de intermediación con sus respectivos trabajadores que laboren en la usuaria. Esto no afectará a los contratos por plazo fijo o los de tiempo indefinido que tengan estos trabajadores con la empresa intermediaria.

Art. ...- Duración del contrato de trabajo.- El contrato de trabajo que se suscriba entre la compañía de intermediación laboral y cada uno de los trabajadores intermediados, será por el plazo de duración del contrato mercantil de intermediación laboral celebrado con la usuaria, a menos que las partes acordaren un plazo diferente y deberá efectuarse bajo cualquiera de las modalidades previstas en el Código del Trabajo.

En ningún caso se pactará una remuneración inferior a la remuneración básica mínima unificada o los mínimos sectoriales, según la actividad o categoría ocupacional, y se pagará de conformidad al tercer inciso del undécimo artículo innumerado de este Capítulo. Se respetará este parámetro y para los contratos de plazo inferior a treinta días, se pagará la parte proporcional o la que se acordare conforme a ese parámetro.

Para los efectos de la garantía de estabilidad de los trabajadores intermediados respecto de la compañía de intermediación laboral, se estará a lo establecido en la ley.

Dichos contratos de trabajo obligatoriamente deben celebrarse por escrito y registrarse dentro de los treinta días subsiguientes a su celebración, ante el inspector del trabajo o ante el juez competente en aquellas jurisdicciones en donde no exista inspector del trabajo.

Art. ...- Actividades en las que se puede recurrir a la intermediación laboral.- Se podrá recurrir a la intermediación laboral, para todas las actividades de la usuaria, bajo las modalidades de contratación de plazo fijo, ocasional, eventual, por horas y demás contratos precarios.

El número máximo de trabajadores que una usuaria puede mantener bajo el sistema de intermediación laboral, no excederá del cincuenta por ciento (50%) del total de los trabajadores que la usuaria requiera contratar para su operación y funcionamiento. Los trabajadores amparados por contratos de temporada que gocen de la estabilidad prevista en el inciso cuarto del artículo 17 del Código del Trabajo, si serán considerados para el referido cálculo del porcentaje.

El porcentaje señalado no se aplicará en el caso de iniciación de un primer período de actividades en usuarias nuevas, período que no podrá exceder de doscientos setenta días contado desde la fecha de inscripción en el Registro Mercantil en el caso de personas jurídicas y, de suscripción del primer contrato de trabajo en el caso de personas naturales, cualquiera sea la modalidad de éste; y tampoco se aplicará en el caso de instituciones del Estado, actividades agrícolas y actividades productivas que estén sujetas a una o varias cosechas anuales de materia prima y la actividad de la construcción. En las actividades agrícolas y de la construcción, no podrán ser objeto de intermediación laboral ni tercerización de servicios complementarios los puestos de trabajo de los trabajadores que a la fecha de expedición de esta Ley, gozan de contratos por tiempo indefinido o labores de naturaleza estable o permanente y los de confianza comprendidos en el artículo 36 del Código del Trabajo.

Art. ...- Casos en los que se prohíbe contratar a través de intermediación laboral.- Ninguna persona natural o jurídica podrá recurrir a la contratación de empresas de intermediación laboral en los siguientes casos:

- a) Para sustituir a trabajadores en huelga, declarada conforme a los artículos 497 y 505 del Código del Trabajo;
- b) Para la realización de trabajos que, por su especial peligrosidad para la salud y seguridad, requieran de destrezas y capacitación especiales, cuando en la usuaria no exista el reglamento de higiene y seguridad aprobado por la dependencia correspondiente del Ministerio de Trabajo y Empleo;
- c) Para contratar como intermediado a quien se encuentre en actual relación de dependencia, prestando servicios como trabajador estable y permanente, si para contratarlo como intermediado, éste fuere desvinculado por cualquier medio;
- d) Para rotar trabajadores entre compañías intermediarias que presten servicios de intermediación laboral a una usuaria, salvo que la usuaria terminare la relación contractual mercantil con la intermediaria y optare por contratar con otra empresa intermediaria, manteniendo a los mismos trabajadores y;
- e) Para desempeñar las funciones determinadas en el artículo 36 del Código del Trabajo.

Art. ...-Derechos de los trabajadores frente a la empresa de intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios.- Los trabajadores que presten sus servicios a empresas de intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios, tendrán todos los derechos consagrados en la Constitución Política de la República, los convenios de la OIT, ratificados por el Ecuador, el Código del Trabajo, la Ley de Seguridad Social y demás normas aplicables.

Es nula toda cláusula que impida que el trabajador intermediado o contractualmente involucrado en la tercerización de servicios complementarios sea contratado directamente por la usuaria bajo cualquier modalidad contractual.

Art. ...- Prohibiciones y obligaciones de las empresas de intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios.- Se prohíbe cualquier cobro al trabajador y será nulo todo pacto y toda cláusula o estipulación que obligue al trabajador a pagar a la empresa de intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios o a la usuaria, cualquier cantidad, honorario o estipendio a título de gasto o en concepto de pago por reclutamiento, selección, capacitación, colocación, formación o contratación, cualquiera que sea su denominación.

Se prohíbe que la intermediaria laboral ofrezca u otorgue créditos a la usuaria por cualquier concepto. La empresa intermediaria tiene la obligación de entregar al trabajador contratado el valor total de la remuneración que por tal concepto reciba de la usuaria, y que no podrá ser inferior en ningún caso a lo señalado por la ley, comisiones sectoriales o cualquier otra norma jurídica. Esto deberá acreditarse mediante la entrega mensual de la empresa intermediaria a la usuaria, de una copia de los roles de pago firmados por los trabajadores y las planillas de aportes al IESS con el sello de cancelación o los documentos que acrediten tales operaciones, requisito que posibilitará el pago de la respectiva factura de la usuaria a la empresa intermediaria.

Las empresas de intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios, en su condición de empleador, tienen la obligación de hacer cumplir todos los derechos de los trabajadores consagrados en la Constitución Política de la República, convenios internacionales ratificados por el Ecuador, Código del Trabajo, Ley de Seguridad Social y demás normas aplicables, así como las que entren en vigencia con posterioridad a la firma del contrato. Las empresas de intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios están obligadas a presentar anualmente o cuando lo requiera el Ministerio de Trabajo y Empleo los informes estadísticos que éste solicite, relacionados con la oferta y demanda de mano de obra, frecuencia de colocación, ocupación, sectores de actividad económica atendidos, cuantías y escalas de remuneración.

La intermediaria laboral, en el contrato mercantil que celebre con la usuaria, deberá garantizar a aquella la calidad del servicio y el cabal cumplimiento del mismo, especialmente el pago íntegro

de las remuneraciones del trabajador intermediado y de todos sus beneficios laborales y de seguridad social.

Art. ...- Infracciones de las empresas de intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios y sanciones.- Sin perjuicio de las demás infracciones y sanciones determinadas en la ley, y para los efectos contemplados en el presente Capítulo, se consideran las siguientes infracciones y sanciones respecto de las empresas de intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios:

- 1. Infracción leve:** No entregar la documentación o información de las intermediarias o tercerizadoras ante el requerimiento del Ministerio de Trabajo y Empleo, que tenga relación con controles periódicos o por denuncias.
- 2. Infracción semi leve:** Impedir el acceso de autoridades fiscalizadoras.
- 3. Infracciones graves:**
 - a.** El incumplimiento del contrato de trabajo suscrito con el trabajador;
 - b.** El incumplimiento del contrato mercantil de intermediación laboral suscrito por la intermediaria laboral con la usuaria;
 - c.** No incluir en la publicidad o promoción de sus actividades y ofertas de empleo o de servicios, en cualquier medio impreso, audiovisual o de radiodifusión y en general, en cualquier forma o medio de difusión, su denominación y su identificación como empresa de intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios, así como el número de autorización y registro otorgado por el Ministerio de Trabajo y Empleo;

- d. No formalizar por escrito los contratos de trabajo, el contrato mercantil de intermediación laboral o el contrato de tercerización de servicios complementarios;
- e. Cobrar al trabajador cualquier cantidad, honorario o estipendio a título de gasto o en concepto de pago por reclutamiento, selección, capacitación, colocación, formación o contratación, cualquiera que sea su denominación;
- f. Incumplir lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto del undécimo artículo innumerado de este Capítulo;
- g. No entregar al trabajador copia del contrato celebrado con éste y copia del instrumento que acredite el valor cobrado por la intermediaria a la usuaria en concepto de remuneración y;
- h. No registrar los contratos de trabajo ante el inspector del trabajo de la jurisdicción o ante el juez competente.

4. Infracciones muy graves:

- a. Prestar servicios de intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios sin contar con la autorización otorgada por el Ministerio de Trabajo y Empleo o cuando aquella se encontrare vencida, sin perjuicio de aquellas acciones que corresponden adoptar a la Superintendencia de Compañías por incumplimiento del objeto social.
- b. Es también infracción muy grave, el hecho de no renovar la referida autorización cuando ésta viciere durante la ejecución del contrato. El Ministerio de Trabajo y Empleo, una vez recibida la solicitud de renovación se pronunciará en el término máximo de quince días. De no pronunciarse no será

aplicable esta disposición como infracción muy grave y tampoco se entenderá como renovada la autorización;

- c. Realizar actividades al margen de su objeto social exclusivo de intermediación laboral o tercerización de servicios complementarios;
- d. Pagar al trabajador intermediado, por concepto de su remuneración, una cantidad menor al valor cobrado a la usuaria por tal concepto;
- e. No depositar en el IESS lo que le corresponde al trabajador intermediado en concepto de aportes, fondo de reserva y demás obligaciones;
- f. Celebrar contratos de trabajo al margen de las regulaciones o para actividades no previstas en la presente Ley y;
- g. Simular por cualquier medio o artificio, ser intermediario laboral, por si mismo o en representación de un tercero, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar en su contra.

Las infracciones serán sancionadas mediante resolución motivada, expedida por los directores regionales del trabajo o inspectores del trabajo en las jurisdicciones donde no existan directores regionales del trabajo.

La falta leve se sancionará con multa de una remuneración básica mínima unificada. La reincidencia en la infracción leve dentro de un período de un año, determinará que sea calificada en la categoría inmediatamente superior y que se impongan las sanciones correspondientes a esta última.

Las infracciones graves, serán sancionadas con multa de seis (6) remuneraciones básicas mínimas unificadas, por cada infracción. La reincidencia en el lapso de un año en el cometimiento de infracciones graves, será sancionada con la revocatoria de la autorización.

Las infracciones muy graves serán sancionadas con la revocatoria definitiva de la autorización y registro concedidos.

Además, en el caso de la infracción determinada en el literal f) del numeral 3 de este artículo, se impondrá una multa de seis (6) remuneraciones básicas mínimas unificadas por cada trabajador contratado en la forma prevista en dicha norma.

Las Direcciones Regionales del Trabajo llevarán un registro de las infracciones que se cometan, de las reincidencias en las que se incurra y de las sanciones que se impongan. Dicho registro estará a disposición del público en general, incluso a través de los medios de comunicación virtual de los que disponga el Ministerio de Trabajo y Empleo.

El representante legal o mandatario de una empresa a la que se le haya revocado la autorización de funcionamiento, no podrá ejercer la representación legal o mandato en otra empresa de intermediación laboral, tercerización de servicios complementarios ni agencia privada de colocación, ni podrá ejercer tales actividades como persona natural por el lapso de dos años.

Las sanciones establecidas en este artículo, se las impondrá sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar en caso de existir dolo.

Art. ...- Facultades de la usuaria.- La usuaria de servicios de intermediación laboral ejercerá las facultades de determinar las tareas y supervisar su ejecución por parte del trabajador intermediado, lo cual no implica dependencia laboral. La facultad disciplinaria corresponderá a la intermediaria, de acuerdo con lo señalado en este Código y previo pedido motivado de la usuaria.

Art. ...- Obligaciones de la usuaria.- La usuaria y las empresas de intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios, con las que contraten, están en la obligación de

informar al trabajador sobre los riesgos derivados del desempeño de su trabajo, así como suministrar las medidas e instrumentos de protección y prevención respecto de aquellos.

La usuaria está obligada a entregar a la empresa de intermediación los reglamentos: interno del trabajo; y, de higiene y seguridad, aprobados por las Direcciones Regionales del Trabajo, a la firma del contrato mercantil, al amparo de lo señalado en los artículos 64 y 434 del Código del Trabajo.

En el contrato mercantil que celebren la intermediaria y la usuaria, esta última deberá garantizar en forma suficiente a la intermediaria el pago por los servicios de intermediación laboral acordados.

Art. ...- Derechos de los trabajadores respecto de la usuaria.- Además de los derechos consagrados en la Constitución Política de la República y en la ley, los trabajadores que presten sus servicios bajo la modalidad de intermediación laboral, podrán presentar a la usuaria, las reclamaciones relacionadas con las condiciones de ejecución de su actividad laboral, debiendo hacerlo también a la intermediaria.

Los trabajadores intermediados, durante el desempeño de sus labores, tendrán derecho a hacer uso de los medios de transporte así como de las instalaciones y servicios con los que cuente la usuaria tales como comedores, atención médica y otros que se encuentren a disposición de los demás trabajadores de la usuaria, en las mismas condiciones.

Art. ...- Infracciones de la usuaria y sanciones.- Se prohíbe contratar con intermediarias laborales que no cuenten con la respectiva autorización de funcionamiento. El Ministerio de Trabajo y Empleo proveerá a las empresas intermediarias de los certificados que acrediten la vigencia de dicha autorización, documento que será obligatoriamente habilitante para la celebración de los contratos. En el contrato mercantil que se celebre entre la usuaria y la intermediaria, esta última deberá declarar que no está prohibida de contratar bajo sanción de indemnización que deberá estipularse en el contrato.

El Ministerio de Trabajo y Empleo publicará mensualmente, a través de los medios de comunicación virtuales de los que disponga y periódicamente en el Registro Oficial, la lista de las intermediarias cuyas autorizaciones de funcionamiento se encuentren vigentes.

La usuaria del sector privado que contrate a una persona natural o jurídica, con pleno conocimiento que ésta no se encuentra autorizada para el ejercicio de la intermediación laboral, asumirá a los trabajadores como su personal subordinado de manera directa y será considerada para todos los efectos como empleador del trabajador, vínculo que se registrará por las normas del Código del Trabajo; y se le impondrá una multa de seis (6) remuneraciones básicas mínimas unificadas. Estas sanciones serán impuestas por los directores regionales de trabajo e incorporadas al registro previsto en el artículo innumerado decimosegundo de este Capítulo. En los lugares donde no haya Direcciones Regionales, los inspectores de trabajo una vez conocida la infracción, remitirán en el término de 48 horas, la información a las Direcciones Regionales de Trabajo de la respectiva jurisdicción para que se impongan las respectivas sanciones.

Quien para la ejecución de los contratos destinados a la realización de actividades y trabajos considerados peligrosos, no dotare de las medidas e instrumentos de protección para la seguridad y la salud del trabajador que se determinan en los convenios de la OIT ratificados por el Ecuador y en el Código del Trabajo, o en su respectivo reglamento de seguridad, salud ocupacional e higiene del trabajo, será sancionada con multa de seis (6) remuneraciones básicas mínimas unificadas.

Si quien suscribe el contrato con una persona, natural o jurídica, con pleno conocimiento que ésta no se encuentra autorizada para el ejercicio de la intermediación laboral, es alguna de las instituciones del Estado o una de las entidades de derecho privado en las cuales las instituciones del Estado tienen participación total o mayoritaria de recursos públicos, quienes a su nombre suscriban ese contrato serán procesados por el Ministerio Público de oficio o por denuncia, para que éste inicie la investigación respectiva. El Procurador General del Estado estará obligado a presentar acusación particular en estos casos y de establecerse sanciones, iniciará los respectivos procesos de repetición que establece la Constitución Política de la República; y la Contraloría General del Estado, como máximo ente de control de los recursos públicos, realizará las acciones

de control, investigaciones y establecimiento de responsabilidades que de acuerdo con la ley le corresponde.

Los trabajadores que en el sector público sean contratados violando estas disposiciones, serán asumidos como trabajadores a título personal, directos y dependientes del funcionario que contrató a la intermediaria, sin que la institución del Estado o la entidad de derecho privado en la cual las instituciones del Estado tienen participación total o mayoritaria de recursos públicos, pueda hacerse cargo de ellos, ni asuma responsabilidad alguna, ni siquiera en lo relativo a la solidaridad patronal que en todos los casos corresponderá a dicho funcionario.

Art. ...- Prohibición de vinculación entre la usuaria y la empresa de intermediación laboral.- Las empresas de intermediación laboral y las usuarias no pueden entre sí, ser matrices, filiales, subsidiarias ni relacionadas, ni tener participación o relación societaria de ningún tipo. Hecho que debe acreditarse mediante una declaración juramentada que determine esta circunstancia, suscrita por los representantes legales de las empresas que suscriben el contrato y otorgada ante notario o juez competente.

Cuando se presuma la existencia de vinculación, el Ministerio de Trabajo y Empleo solicitará toda la información que requiera a la Superintendencia de Compañías, Servicio de Rentas Internas, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y otras instituciones.

Se establece vinculación cuando la información que proporcionen dichas entidades, determine que el usuario y la compañía intermediaria, sus socios o accionistas, comparten societariamente intereses, patrimonio o administración financiero-contable, en uno o más de estos casos.

La usuaria del sector privado que contrate a una persona natural o jurídica, vinculada para el ejercicio de la intermediación laboral, asumirá a los trabajadores como su personal de manera directa y será considerada para todos los efectos como empleador del trabajador, vínculo que se regirá por las normas del Código del Trabajo. Además, será sancionada con una multa de seis (6) remuneraciones básicas mínimas unificadas. Estas sanciones serán impuestas por los directores

regionales de trabajo e incorporadas al registro antes mencionado. En los lugares donde no haya Direcciones Regionales, los inspectores del trabajo una vez conocida la infracción, remitirán en el término de 48 horas, la información a las Direcciones Regionales de Trabajo de la respectiva jurisdicción para la imposición de las respectivas sanciones. Si esta vinculación sucediera en el sector público, será el funcionario que contrate la intermediaria quien asumirá a los trabajadores a título personal como directos y dependientes, sin que la institución del Estado o la entidad de derecho privado en la cual las instituciones del Estado tiene participación total o mayoritaria de recursos públicos, puedan hacerse cargo de ellos ni asuma responsabilidad alguna, ni siquiera en lo relativo a la solidaridad patronal que en todos los casos corresponderá a dicho funcionario, quien además será sancionado con multa de seis (6) remuneraciones básicas mínimas unificadas.

Prohíbese que dignatarios, autoridades, funcionarios, servidores o trabajadores de las instituciones del Estado, o sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, que tengan participaciones o acciones o ejerzan la representación legal o dirección administrativa en una empresa intermediaria, celebren contratos de intermediación laboral o tercerización de servicios complementarios con las instituciones en las que laboren o presten sus servicios o prevalidos del ejercicio de su función o cargo, ejerzan presiones o influencias para obtener dichas contrataciones a favor propio o de terceros.

Art. ...- Obligaciones y prohibiciones de los trabajadores.- Los trabajadores respecto de la intermediaria laboral y de la usuaria, deberán cumplir con todas las obligaciones y observar las prohibiciones consagradas en la Constitución Política de la República, convenios de la OIT ratificados por el Ecuador, el Código del Trabajo, la Ley de Seguridad Social y demás normas aplicables, considerando la naturaleza de su relación contractual.

Art. ...- Responsabilidad Solidaria.- Sin perjuicio de la responsabilidad principal del obligado directo y dejando a salvo el derecho de repetición, la persona en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio será responsable solidaria del cumplimiento de las obligaciones laborales, aunque el contrato de trabajo se efectúe por intermediario. Por tanto el trabajador intermediado podrá reclamar sus derechos en forma solidaria a los representantes legales y administradores de

la empresa intermediaria y/o de la usuaria, por los derechos que representan y por sus propios derechos.

La usuaria ejercerá el derecho de repetición para recuperar lo asumido o pagado por ésta a nombre de la intermediaria laboral, por efecto de la responsabilidad solidaria.

Art. ...- Fondo de reserva.- Para el caso de los aportes del fondo de reserva de los trabajadores tercerizados o intermediados, las empresas intermediarias o tercerizadoras de servicios complementarios, se sujetarán al trámite y procedimiento previsto en el artículo 149 de la Ley de Seguridad Social.

Art. ...- Trabajo de menores.- Se prohíbe la contratación de menores de 18 años de edad bajo el régimen de intermediación laboral o tercerización de servicios complementarios."

Art.2.- A continuación del artículo 557, agréguese el siguiente artículo innumerado: "Art. Del servicio de colocación de empleo a través de agencias privadas de colocación.- La colocación de empleo consiste en la actividad mediante la cual una persona natural o jurídica, a través de una agencia privada de colocación, ofrece servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo y poner a disposición de personas jurídicas o naturales, personas para que sean empleadas como trabajadores directamente por aquellas, sin que la agencia privada de colocaciones de empleo, pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse. Se prohíbe la colocación de la gente de mar a través de agencias privadas, ni éstas podrán recurrir al trabajo infantil ni ofrecerlo.

Las agencias privadas de colocación de empleo están prohibidas de cobrar a las personas que reclutan ningún tipo de honorario, tarifa o estipendio, cualquiera que sea su denominación. Dichas agencias se someterán a los controles e inspecciones por parte de los inspectores de trabajo.

La colocación no implicará ni intermediación laboral ni tercerización de servicios complementarios".

DISPOSICIONES GENERALES

PRIMERA.- Los administradores de las compañías, los comisarios y los auditores externos, en los casos en los que corresponda, están obligados a pronunciarse en sus informes cuando la usuaria a la cual se refiere el informe, mantenga trabajadores contratados bajo el régimen de intermediación laboral previsto en esta Ley, acreditando que las empresas de intermediación laboral cuentan con autorización de funcionamiento vigente, otorgada por el Ministerio de Trabajo y Empleo. De no contar con tal autorización, están obligados a reportar el hecho al Ministerio de Trabajo y Empleo para los fines de esta Ley.

SEGUNDA.- El Ministerio de Trabajo y Empleo deberá difundir periódicamente a través del Registro Oficial y mensualmente por los medios de comunicación virtual de los que disponga, las razones sociales de las empresas y los nombres de las personas naturales que según su registro están autorizadas a realizar actividades de intermediación laboral, de tercerización de servicios complementarios y de agencias privadas de colocación.

TERCERA.- En todo lo que no estuviere previsto en esta Ley, se aplicará de manera complementaria la legislación laboral y de seguridad social en lo concerniente a las relaciones existentes entre las compañías de intermediación laboral, de tercerización de servicios complementarios y de agencias privadas de colocación y sus trabajadores.

CUARTA.- Los valores o cantidades recaudadas por el Ministerio de Trabajo y Empleo en concepto de tasas de registro y multas, antes de la promulgación de la presente Ley y las que se recauden con posterioridad a aquello, serán depositadas en una cuenta especial y serán destinadas para el financiamiento del control y vigilancia permanente de las actividades de intermediación laboral, de tercerización, de servicios complementarios y de agencias privadas de colocación. Con tales recursos se contratarán el número de inspectores de trabajo y abogados

que la necesidad institucional la requiera, para dar cumplimiento a lo determinado en la presente Ley y patrocinar gratuitamente a los trabajadores intermediados que requieran de sus servicios.

El Ministerio de Trabajo y Empleo distribuirá a tales inspectores del trabajo y asesores jurídicos para que puedan cubrir las diferentes regiones del país.

QUINTA.- En caso de ser necesario, para el cobro de las multas establecidas en esta Ley, el Ministerio de Trabajo y Empleo ejercerá su facultad coactiva prevista en el artículo 630 del Código del Trabajo.

SEXTA.- Prohíbese que empresas intermediarias vinculadas entre sí, contraten con una misma usuaria en un período no menor de un año, empleando a los mismos trabajadores y haciendo que estos roten entre esas intermediarias vinculadas.

Se prohíbe también que tales trabajadores roten entre las intermediarias que simultáneamente prestan servicios para la misma usuaria, si aquello afectare sus derechos consagrados en la Constitución Política de la República, los convenios de la OIT ratificados por el Ecuador, el Código del Trabajo, la Ley de Seguridad Social y demás normas aplicables. De detectarse este hecho o que tales empresas se hallen incurso en la prohibición que se determina afectando los derechos de los trabajadores, serán sancionadas con la revocatoria definitiva e inmediata de la autorización de funcionamiento y los trabajadores intermediados pasarán a depender directamente de la usuaria como trabajadores estables y permanentes.

SÉPTIMA.- Los servicios que prestan las personas naturales en el ejercicio de su profesión con título universitario terminal, no se consideran como tercerización de servicios complementarios, sino como prestación de servicios profesionales, sin perjuicio de que puedan ser contratados al amparo de un contrato de trabajo.

OCTAVA.- Las empresas de intermediación laboral deberán contar con un capital social mínimo en numerario de diez mil dólares conforme lo señalado en el literal b) del tercer artículo innumerado del artículo 1 de esta Ley y deberán incrementar anualmente el valor de sus activos en por lo menos el veinte por ciento (20%), hasta completar la cantidad de treinta mil dólares en activos, en el plazo máximo de seis años y ese valor en activos deberá mantenerse y, de disminuirse, la autorización quedará revocada. Se excluye de la obligación de incremento anual a las empresas cuyos activos superen el referido valor a la fecha de promulgación de la presente Ley.

NOVENA.-El Ministerio de Trabajo y Empleo determinará el monto de las tasas de registro de las empresas de intermediación laboral, de las empresas de tercerización de servicios complementarios, de las agencias privadas de colocación de empleo y de las personas naturales que realicen intermediación laboral en los sectores agrícolas y de la construcción.

DÉCIMA.- En las instituciones, entidades y organismos determinados en los artículos 118 de la Constitución Política de la República y 101 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, para la contratación de personal a través de intermediación laboral o para la contratación con empresas de tercerización de servicios complementarios, se observarán las disposiciones previstas en el Capítulo agregado por la presente Ley.

Los procesos para la contratación serán públicos y se someterán al procedimiento previsto en la ley de la materia.

DÉCIMA PRIMERA.- En aplicación de las normas y garantías laborales determinadas en el artículo 35 de la Constitución Política de la República, especialmente las previstas en los numerales 3, 4, 6, 8 y 11, y conforme el mandato del artículo 100 del Código del Trabajo, los trabajadores intermediados participarán del porcentaje legal de las utilidades líquidas de las empresas usuarias, en cuyo provecho se realizó la obra o se prestó el servicio, como parte del

proceso de actividad productiva de éstas. El ejercicio de este derecho de los trabajadores intermediados, será reglamentado por el Presidente de la República.

Si las utilidades de la intermediación fueren superiores a las de la usuaria, el trabajador solo percibirá éstas.

En el caso de tercerización de servicios complementarios, el pago de utilidades corresponderá a la empresa tercerizadora.

En las entidades de derecho privado en las cuales las instituciones del Estado tienen participación mayoritaria de recursos públicos, ningún trabajador podrá percibir por concepto de utilidades anuales una suma superior al uno punto cinco veces del PIB por habitante del año inmediato anterior. Los excedentes de las utilidades de estas empresas serán irrepartibles, no podrán destinarse para el pago de indemnizaciones ni incrementos de sueldos y se destinarán exclusivamente a la ejecución de programas de infraestructura educativa y de salud que demande la población ecuatoriana, en todas las regiones del país, recursos que se canalizarán a través de la Dirección Nacional de Servicios Educativos (DINSE) y el Fondo de Inversión Social de Emergencia (FISE). Para este fin, dichos excedentes serán depositados en la cuenta que mantiene el Fondo de Solidaridad en el Banco Central del Ecuador, a más tardar dentro de los treinta días siguientes a la fecha de liquidación de utilidades.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA.- En el plazo máximo e improrrogable de ciento veinte días, contados a partir de la promulgación de la presente Ley, las empresas de intermediación laboral y de tercerización de

servicios complementarios, deberán adecuar sus estatutos, capital social y actividades a los términos de la presente Ley y la respectiva escritura pública deberá ser inscrita en el Registro Mercantil en el mismo plazo. De no cumplir con este requisito, la autorización de funcionamiento será revocada definitivamente por el Ministerio de Trabajo y Empleo.

SEGUNDA.- En el plazo máximo e improrrogable de ciento veinte días contados a partir de la promulgación de la presente Ley, las empresas de intermediación laboral y de tercerización de servicios complementarios, deberán adecuar los contratos de trabajo con sus trabajadores a los términos de la presente Ley, respetando los derechos vigentes de los trabajadores. En el mismo plazo se hará igual adecuación en los contratos mercantiles celebrados entre las intermediarias laborales y las usuarias.

TERCERA.- Exceptúese del pago de la tasa de registro para funcionamiento de empresas de intermediación laboral o tercerizadoras en el Ministerio de Trabajo y Empleo, únicamente a aquellas que hayan obtenido su autorización antes de la vigencia de la presente Ley Reformatoria.

CUARTA.- El Ejecutivo deberá reformar el Reglamento para el Funcionamiento de las Oficinas Privadas de Colocación, publicado en el Registro Oficial No. 285 de 27 de marzo de 1998 y adecuarlo a los términos de la presente Ley, señalando las infracciones y sanciones respectivas.

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA.- El Ejecutivo dejará inmediatamente sin efecto el Decreto Ejecutivo 2166, publicado en el Registro Oficial No. 442 del 14 de octubre del 2004.

SEGUNDA.- La presente Ley Reformatoria entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dada, en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones del Congreso Nacional, a los treinta días del mes de mayo del año dos mil seis.

f.) Dr. Wilfrido Lucero Bolaños, Presidente.

f.) Dr. John Argudo Pesántez, Secretario General.

Palacio Nacional, en Quito, a quince de junio del dos mil seis.

Promúlguese.

f.) Alfredo Palacio González, Presidente Constitucional de la República.

Es fiel copia del original.- Lo certifico.

f.) Dr. Armando Rodas Espinel, Subsecretario General de la Administración Pública.

8.2.1. ANÁLISIS.

Así pues, se tiene que con esta norma legal, los trabajadores que fueron terciarizados en el Ecuador retornan a la protección del derecho del trabajo, la norma indicada establece la obligatoriedad para su cumplimiento, resultando que las empresas terciarizadoras son solidaria y mancomunadamente responsables con las empresas usuarias o principales, respecto a los derechos de los trabajadores, de tal forma que esta situación de injusticia laboral queda superada.

Entre otras normas legales relativas al tema laboral que estudiamos se tiene que se avanzó en que se elimina y prohíbe la tercerización e intermediación laboral y cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo en las actividades a las que se dedique la empresa o empleador. La relación jurídica laboral será directa y bilateral.

También se garantiza la contratación colectiva de trabajo en las instituciones del sector público, empresas públicas estatales, de organismos seccionales y por las entidades de derecho privado en las que, bajo cualquier denominación, naturaleza o estructura jurídica, el Estado o sus Instituciones tienen participación accionaria mayoritaria y/o aportes directos o indirectos de recursos públicos, que se ajuste a los términos establecidos en los mandatos constituyentes y en las regulaciones del Ministerio del Trabajo y Empleo.

Todos los contratos de intermediación laboral vigentes a la fecha de expedición de la disposición legal, se darán por concluidos, sin derecho a ningún tipo de indemnización ni reclamo de ninguna naturaleza, por parte de las empresas que venían operando como intermediarias laborales.

8.3. REPÚBLICA DEL PERÚ.

En el caso del Perú, se tiene que a la finalización del gobierno del Presidente Fujimori, se producen varios levantamientos populares, que implican que los presidentes posteriores y el Congreso Nacional deban modificar la legislación neoliberal impuesta por el ya mencionado gobierno Fujimori, en tal sentido y hasta el día de hoy, se están produciendo modificaciones en materia de derecho social y laboral, aunque lentas, por la orientación neoliberal del actual presidente Alan García, en cambio de manera constante se están dictando en el Perú merced a las movilizaciones de los trabajadores, y a la imposibilidad o dificultad de seguir manteniendo la flexibilización laboral en ese país.

De esa forma se tiene que se dictó el Decreto Legislativo No. 1038 de 25 de junio de 2008 que precisa los alcances de la Ley No. 29245 que Regula los Servicios de Terciarización, siendo de la siguiente manera su exposición de motivos y texto normativo:

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

Mediante Ley N° 29157, el Congreso de la República ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre determinadas materias, con la finalidad de facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y apoyar la competitividad económica para su aprovechamiento;

Dentro de las materias comprendidas en dicha delegación se encuentran expresamente la promoción de la inversión privada y del empleo;

La tercerización: es una manera de alentar activamente la participación de agentes privados en la generación de empleo, actividad que debe ser adecuadamente regulada a fin de compatibilizar la cautela de los derechos laborales de los trabajadores con la promoción de la actividad privada;

Resulta de interés para los diversos agentes económicos involucrados precisar con claridad los alcances de la Ley N° 29245, especialmente en lo concerniente al tiempo requerido para adecuarse a los requisitos exigidos en el artículo 2° de la misma, así como en lo referido al origen legal de los derechos y beneficios que impone la solidaridad establecida en el artículo 9° de la referida Ley, entre otros aspectos que conduzcan a su mejor aplicación.

De conformidad con lo establecido en el artículo 104° de la Constitución Política del Perú; Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; con cargo de dar cuenta al Congreso de la República; Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

**DECRETO LEGISLATIVO QUE PRECISA LOS ALCANCES DE LA LEY N° 29245,
LEY QUE REGULA LOS SERVICIOS DE TERCERIZACIÓN**

Artículo 1°.- Plazo para adecuación al artículo 2° de la Ley N° 29245. Las empresas comprendidas en los alcances de la Ley N° 29245 podrán adecuarse a lo dispuesto por el artículo 2° de la misma, en lo que respecta a la pluralidad de clientes, en un plazo de un año a partir de la vigencia de la indicada ley. De igual plazo dispondrán las empresas que recién se constituyan, a contar desde el momento de su constitución. Esta disposición no exonera de la prohibición de efectuar simple provisión de personal ni de las exigencias de autonomía empresarial en la tercerización de servicios. En casos excepcionales, por razones objetivas y demostrables, la pluralidad de clientes puede ser no considerada como característica. El Reglamento de la Ley N° 29245 precisará lo pertinente a tal situación.

Artículo 2°.- Ámbito de las obligaciones y de las restricciones. Las obligaciones y restricciones establecidas en los artículos 4° al 9° de la Ley N° 29245 son aplicables a aquellas empresas tercerizadoras que realizan sus actividades con desplazamiento continuo de personal a las instalaciones de la principal, no así a los supuestos de tercerización sin desplazamiento ni a las que lo hagan en forma eventual o esporádica.

Artículo 3°.- Responsabilidad en la tercerización de servicios. La solidaridad a que se refiere el artículo 9° de la Ley N° 29245 se contrae únicamente a las obligaciones laborales y de seguridad social de cargo de la empresa tercerizadora establecidos por norma legal, y no a las de origen convencional o unilateral.

Artículo 4°.- Derecho de repetición y privilegios. La empresa principal obligada a asumir obligaciones de la tercerista, en razón de la solidaridad establecida por la Ley N° 29245, tiene derecho de repetición contra ésta, y adquiere los derechos y privilegios del crédito laboral en caso de insolvencia o quiebra.

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso de la República.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veinticuatro días del mes de junio del año dos mil ocho.

ALAN GARCÍA PÉREZ, Presidente Constitucional de la República.

JORGE DEL CASTILLO GÁLVEZ, Presidente del Consejo de Ministros.

MARIO PASCO COSMÓPOLIS, Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo.

8.3.1. ANÁLISIS

Es posible observar que en todos los casos analizados, la clave radica en que se ha establecido la solidaridad y mancomunidad entre la empresa contratista principal o usuaria y la empresa tercerizadora o subcontratista.

Parece ser que el legislador de manera general ha establecido este mecanismo como el fundamental para evitar la violación de derechos de los trabajadores.

CAPÍTULO 9

LEGISLACIÓN LABORAL BOLIVIANA ACTUAL

RESPECTO AL TEMA

9.1. CONTEXTO POLÍTICO DE LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA ACTUAL.

No es posible entender la legislación laboral actual boliviana si no se realiza un análisis del contexto político que se vive en el país, producto de cambios profundos que se iniciaron en abril del año 2000 y que se materializan en una opción real estatal popular a partir del 18 de diciembre de 2005 en que se produce la elección de Evo Morales Ayma como Presidente de la República con 53.7% del voto democrático.

Es común en los científicos sociales bolivianos realizar una periodización histórica que va de 1825 a 1880, de 1880 a 1952, de 1952 a 1985 y de 1985 a nuestros días. Periodos históricos que tienen relación con diferentes formaciones sociales nacionales. En el primer caso tenemos la organización de la nueva república desde el nacimiento de Bolivia hasta el ascenso al poder de los grandes mineros de la plata, aspecto que acontece luego de la consolidación del asalto a las tierras de comunidad, el desarrollo capitalista industrial de la minería de la plata, la derrota en la Guerra del Pacífico, y la eliminación física del partido popular. A partir de 1880, Bolivia vivió un periodo histórico denominado como oligárquico y correspondiente a una economía combinada entre el capitalismo industrial y la hacienda semi feudal rural, época que concluye en

1952 con la Revolución Nacional y el ingreso del país a la economía capitalista de Estado y el intento de modernización occidental de Bolivia. La culminación y ruptura final de esta formación social se produjo en 1985 cuando el país ingresa al capitalismo de libre mercado, dentro de la economía unipolar o global que se impone en el mundo.

En un principio a partir del intento de incorporar la economía nacional al capitalismo, desde la superestructura (liberalismo filosófico y político, Asamblea Constituyente de 1825, Constitución bolivariana, legislación privada de tierras, promoción de una minería capitalista, etc.), acorde a la situación internacional capitalista que se vive por se ha intentando generar polos comerciales antes que industriales. Proceso que lentamente deviene en el asalto de las tierras de comunidad y su transformación en latifundios con trabajo servil de los ex comunarios convertidos en pongos. Por otra parte lentamente la minería por vía de la Alanoa, los gremios de artesanos y las manufacturas se desarrollan, siendo que para los años 50 constituyen verdaderos factores de poder como se observa del conflicto entre la oligarquía feudal-comercial del partido colorado liderado por José Ballivián y los artesanos, campesinos pobres y comunarios ligados a los populares de Isidoro Belzu. El tránsito de la comunidad al latifundio semi feudal prácticamente culmina entre 1879 y 1880 con la guerra civil y la guerra del Pacífico.

El nuevo Estado basado en la producción y exportación de plata bajo sistema capitalista así como la hacienda semi feudal perdurará hasta 1952, su bloque de clases en el poder será la denominada rosca minero-feudal.

El estado nacido de la revolución de abril perdurará hasta 1985 sobre la base económica y social del capitalismo de Estado.

De 1985 al presente vivimos bajo un capitalismo de libre mercado.

Si bien la República de Bolivia, por el carácter mundial del capitalismo y la extensión y profundidad del liberalismo nació con una formación social basada en la economía comunaria, más propiamente el tributo indígena, esta forma de propiedad de la tierra más su tributo dirigido

al Tesoro General de la Nación se imbricaron con formas de capitalismo de producción (el mercantil ya se hallaba desde la colonia). El año 1880 es la consolidación del capitalismo de producción principalmente minero aunque se ligará con el latifundio semi feudal. Pero 1952 genera una nueva forma económica denominada capitalismo de Estado que además destruye el latifundio y genera la pequeña propiedad parcelaria en el occidente, siendo que en el oriente las modificaciones económico-sociales de mediados de 1870 generaron la posibilidad de la gran hacienda capitalista la cual se desarrolla precisamente a partir de la revolución nacional como empresa agroindustrial. El año 1985 y el D.S. 21060 significan la transformación de la economía al capitalismo de libre mercado imbricado en la globalización económica. Desde el 2006 se inicia un periodo histórico en Bolivia, caracterizado por una economía plural donde el aspecto privado capitalista debe articularse con la economía estatal (capitalismo de Estado) y con la economía comunitaria. En todos estos casos se encuentra el capitalismo como parte esencial de la formación social boliviana en sus diferentes fases.

Se puede decir que la sustancia de la formación social boliviana desde su nacimiento es el modo de producción capitalista, aunque esta se hubiera desarrollado lentamente hasta convertirse en la economía dominante, es decir fue potencial hasta hacerse realidad; condicionada y dirigida por el capitalismo mundial; pero además materializada sobre la base existente de la Bolivia real, de tal manera que el país asumirá el capitalismo de la manera como pudo imbricarse, es decir con sus propias particularidades y peculiaridades. Bolivia en consecuencia vivió su experiencia capitalista de todas las formas posibles conforme a su propia realidad y posibilidad. Los cambios se producen a nivel de lo substancial, esencial, accidente y traslación. Dado que los fenómenos sociales no constituyen objetos reales en el sentido de ser cosas físicamente materiales tridimensionales y que ocupen un lugar en el espacio así como temporales, la traslación no es propia de ellos (?). El cambio substancial significa la transformación plena y total del objeto en su contrario, es decir el salto o la revolución, en materia social diremos que es la progresión de la sociedad de un modo de producción hegemónico a otro diferente. En el caso boliviano esa situación no se ha producido nunca. Lo cual no implica que no se hubieran producido cambios revolucionarios o contrarrevolucionarios a lo largo de su historia tal como ya lo vimos (1825, 1880, 1938-52, 1985). Estos cambios tienen relación con modificaciones en elementos esenciales del Estado boliviano, es decir que se trata de modificaciones que afectan uno o varios elementos esenciales del objeto que por tal razón modifican a dicho objeto profundamente pero

no en su integridad. Ese es el tipo de modificaciones que sufrió la formación social boliviana, cambios que son de gran importancia por más de que no hubieran transformado en su totalidad al modo de producción capitalista. Los procesos de cambio sucedidos desde abril del 2000, generaron la nueva situación política, en la cual el bloque histórico de poder dominante ligado a la economía capitalista de libre mercado, es alejado de la conducción directa y hegemónica del Estado. En su lugar, sectores campesinos e indígenas liderando un propio proyecto político y arrastrando a las grandes mayorías nacionales se apodera del Órgano Ejecutivo, y desde allí intenta extender su dominación al resto de instituciones estatales. Como parte de su programa y de su necesidad de mantener su control estatal, este nuevo bloque histórico de poder se ve impelido a otorgar beneficios a su base social. Parte de esta política de reciprocidad para el control estatal es la emisión de normas jurídicas que a pesar de su escaso desarrollo, en cambio son significativas por su importancia real y simbólica. Tal el caso de la legislación laboral que en el último tiempo dictó el gobierno actual, legislación que tiende a reponer y/o mejorar los derechos y conquistas laborales.

9.2. CONSTITUCIÓN REAL Y CONSTITUCIÓN FORMAL.

Ferdinand Lasalle⁷⁶, fue quien elaboró la teoría de la Constitución real y la Constitución formal, para hacer referencia a la importancia decisiva y determinante de la realidad social respecto a la norma jurídica.

⁷⁶**Ferdinand Lassalle** (**Breslau**, Confederación Germánica -actualmente en Polonia-; 11 de abril de 1825 - Carouge, Suiza; 31 de agosto de 1864) fue un abogado y político socialista alemán. Nacido en el seno de una familia de comerciantes judíos, cursó estudios en Breslau y Berlín. En 1845 en París conoció el movimiento socialista francés y se afilió a la Liga de los Justos. Durante su participación en la revolución alemana de 1848, por la que fue encarcelado, entabló amistad con Karl Marx. A partir de 1860 colaboró con el movimiento obrero y los sindicatos y fue uno de los fundadores de la Asociación General de Trabajadores Alemanes en 1863. En 1875 durante el congreso de Gotha la Asociación se unió con los marxistas agrupados en el partido Obrero Socialdemócrata para formar el Partido Obrero Socialista de Alemania, que luego pasó a llamarse Partido Socialdemócrata de Alemania. Lassalle pensaba que la humanidad estaba regida por oportunidades fuera de control del individuo, por lo que se hacía necesario que el estado tomase a su cargo la producción y distribución a favor del bienestar social y para lograr que los trabajadores se beneficiaran del aumento de la productividad, no más *laissez-faire*, es necesaria la intervención del estado a fin de proteger al débil del fuerte, pregonaba. En el terreno de la acción inmediata, los esfuerzos de Lassalle se concentraron en dos metas, la conquista del sufragio universal y la creación de asociaciones de producción, subvencionadas por el estado; en política, apoyó además la idea prusiana de unificación "por arriba" de Alemania; defendiendo a su vez a Bismark como el artífice para esa unión. Esta toma de posición, que relató en "La guerra italiana y la misión de Prusia" (1859), lo enfrentó directamente a Marx, que

Basándonos en esta teoría que en forma posterior fue ampliamente desarrollada por diferentes autores hasta nuestra época, se tiene que todas las sociedades tienen una manera propia de organizarse económica, social, política y jurídicamente. Esta organización social es inherente a la propia sociedad, basada en la forma económica que detenta, siendo ello lo fundamental, lo esencial. En contraposición o más propiamente como complemento secundario, determinado y no esencial se encuentra lo jurídico y político. De tal manera que entre la constitución real y la constitución formal, es la real la que determina, la que le da sentido y valor a la constitución formal. La constitución formal es el texto normativo, lo que los alemanes denominan, la hoja de papel (el libro donde se encuentra el texto de la constitución).

En ese sentido, para modificar la sociedad, hay que modificar la constitución real. Sólo después de modificar la constitución real, es posible modificar concomitantemente la constitución formal. La modificación únicamente de la constitución formal, sin modificar la constitución real, no tiene sentido, y obviamente no podrá generar ningún cambio real y efectivo sobre la sociedad, no la modificará. Es que el cambio de la norma jurídica la Constitución Política del Estado por una norma fundamental o ley de leyes, no tendrá mayor aplicación e importancia si es que previamente no está acompañada del cambio material o real. En todo caso habrá que explorar el tema de las condiciones históricas para el cambio, de las acumulaciones originarias, que constituyen la base fundamental para la producción del cambio.

apoyaba a la burguesía contra el Estado prusiano. Lápida de la tumba de Lasalle en Breslau. Murió como consecuencia de las heridas recibidas durante un duelo con el pretendiente de una mujer que amaba.

9.3. SUBLEVACIÓN GENERAL CONTRA EL NEOLIBERALISMO.

El mes de abril de 2000 marca el inicio de la sublevación general contra el neoliberalismo en Bolivia. Los años posteriores, que incluyen hitos en la lucha social como febrero y octubre de 2003 y mayo-junio de 2005, serán el afianzamiento del poder movilizad de las masas.

Estos triunfos populares sobre el armazón estatal neoliberal, implicaron un triunfo popular si se considera la renuncia y alejamiento del poder no sólo de los presidentes Gonzalo Sánchez de Lozada y Carlos Mesa, sino además el control hegemónico del Órgano Ejecutivo y de parte de otras instituciones estatales por parte de las masas populares, representadas para el efecto por el Movimiento al Socialismo y Evo Morales. Sin embargo, si bien se produjo un triunfo sobre los representantes del neoliberalismo, entendidos como el enemigo, no se produjo un aplastamiento político militar de dicho sistema, de tal forma que no estaríamos en presencia de una revolución social y política clásica o pura. Las fuerzas populares deben compartir el poder con instituciones burocráticas estatales que todavía responden al viejo Estado neoliberal y que tienen plena capacidad para bloquear jurídica o políticamente las iniciativas populares. Pero además los aparatos represivos del Estado, a saber las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional y el Órgano Judicial, se encuentran aun bajo el poder directo o indirecto de las fuerzas neoliberales. A ello hay que agregar el poder de la denominada burguesía (empresarios privados nacionales junto a empresas transnacionales que se asentaron en el oriente boliviano), que mediante las autonomías departamentales han logrado obtener una fuerza gravitante en el escenario nacional.

9.4. LA CORRELACIÓN DE FUERZAS ACTUAL.

Los procesos políticos son dinámicos, Bolivia es una muestra de aquello, ya que luego del triunfo electoral del MAS en diciembre de 2005 y de la ratificación de ese triunfo en julio de 2006 en las elecciones para asambleístas constitucionales, se produjo un reflujo de las fuerzas sociales ante el avance de la burguesía y la denominada Media Luna a lo largo del 2007 hasta

mediados del 2008, que en algún momento hizo pensar en el alejamiento del poder del presidente Evo Morales. Sin embargo, a partir del referéndum ratificatorio de agosto de 2008, el gobierno del MAS se consolida y acrecienta su poder, de tal manera que se produce una retirada en toda la línea de las fuerzas neoliberales, con amplia ventaja para el MAS en cuanto correlación de fuerzas, en la actualidad.

9.5. CONDICIONES HISTÓRICAS PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN.

Es preciso estudiar el horizonte histórico de posibilidad de perdurabilidad o duración del proceso histórico que se vive en Bolivia. A un principio la primera interrogante se refería a la consistencia y posibilidad de duración a mediano o largo plazo de este proceso político. Pudiendo comparárselo con otras referencias históricas tales como los gobierno de Agustín Morales (1871) y de Germán Busch (1937-39) y Gualberto Villarroel (1943-46), que fueron muy breves, casi episódicos, y fueron puestos sin posibilidad de que hubieran de madurar y por tanto haber ofrecido todas sus potencialidades.

A partir de agosto de 2008, con el referéndum ratificatorio, el gobierno actual vence esa situación y tiene la opción de gobernar con mayor tranquilidad imponiendo, a pesar de la resistencia que todavía existe, pero imponiendo su programa, tal es el caso de la promulgación de la nueva Constitución Política del Estado.

Por otro lado, otra gran interrogante era la posibilidad política del proceso de cambio, de su consolidación histórica. Nuevamente la duda radicaba en si estamos viviendo un proceso similar a que se vivió inmediatamente después de la guerra del Chaco (1932-1935) con los presidentes Busch y Villarroel, o si vivimos un proceso análogo al inaugurado por el 9 de abril de 1952, es decir, un proceso breve de intención de cambio o al contrario el inicio de un periodo histórico de transformación a mucha mayor escala. En este caso, la consolidación política del gobierno actual y la implementación de su programa a partir de agosto de 2008, es la primera pieza que descubre

las posibilidades del proceso histórico actual. Pero a ello hay que adicionar otro tipo de hechos de carácter internacional que coadyuvan a la consolidación del proceso en Bolivia. Este el caso de la grave y profunda crisis económica que estalló en Estados Unidos de Norteamérica en octubre del 2008, cuyas consecuencias fueron el arrastrar a todo el mundo a una crisis económica apenas menos importante que la que correspondió a la “gran depresión” o al “crack” en 1929-30. Pero la respuesta no está tanto en la crisis como tal, sino más bien en las vías de solución a la misma. Estas soluciones fueron tomadas en forma urgente y de emergencia por los grandes países del G-8 (EEUU, Inglaterra, Francia, Alemania, Italia, Japón, Canadá, etc.), la nacionalización de bancos, de empresas de seguros y reaseguros, de las empresas automovilísticas en EEUU, etc. Es decir, capitalismo de Estado; **neokeynesiano**.⁷⁷ Esta situación corrobora mundialmente, aunque por otros motivos, la política económica implementada por las masas populares en Bolivia, lo cual responde a la pregunta de la sostenibilidad de modelo económico inaugurado en el 2006 en nuestro país.

Finalmente, habrá que hacer referencia al problema de que si las transformaciones que se vienen operando en el país sean de corto o largo plazo. A un principio, y conforme a la situación de correlación de fuerzas, tal como se explicó líneas arriba, al menos durante los años 2007 y 2008, se pensó que los cambios que se venían operando por parte del gobierno, no serían permanentes, y que en forma casi inmediata por impulso interno o por presión de la globalización mundial, el país volvería a los rumbos inaugurados en 1985. Sin embargo, los cambios que se están produciendo demuestran que son permanentes, ya no es posible pensar en su transitoriedad, o por lo menos se estaría produciendo la consolidación de lo que pudo ser en principio sólo transitorio. Lo que se trata de explicar es que la permanencia en el tiempo del gobierno, su

*77 La escuela neo keynesiana o neo keynesianismo: ha sido uno de los paradigmas más visibles de la economía en las últimas décadas. El enfoque neo keynesiano surge de la síntesis entre las primeras ideas de John Maynard Keynes e ideas procedentes de la escuela neoclásica. Esta escuela de pensamiento económico constituye la actual económica. La primera generación de keynesianos se concentró en unificar las ideas de Keynes en un paradigma accesible, combinando las ideas de la escuela austríaca y las de Alfred Marshall. La siguiente gran ola de pensamiento keynesiano empezó con el intento de dar al pensamiento macroeconómico una base microeconómica. Los resultados de este programa intelectual dieron lugar al enfoque monetarista y otras versiones conservadoras de la macroeconomía y la síntesis neoclásica. En los setenta se desbordó una serie de desarrollos económicos que sacudieron la teoría keynesiana clásica, particularmente la existencia de la estanflación. El resultado fue una serie de nuevas ideas para proporcionar herramientas al análisis keynesiano que fueran capaces de explicar esos eventos económicos. El primer manifiesto de la teoría neo keynesiana fue la colección *New Keynesian Economics* en 1991 de Gregory Mankiw y David Romer. Otros neo keynesianos importantes son Paul Samuelson y Paul Krugman, entre otros.*

programa popular y las condiciones mundiales económicas, implican la posibilidad de la permanencia de los cambios, es decir de su transformación de cambio en realidad permanente. Estas modificaciones, cualquiera que fueran y más allá de la ideología, implican e implicarán modificaciones en la constitución real, modificaciones de la realidad social con las cuales habrá que vérselas en el futuro para juzgarlas como positivas o negativas. Pero en nuestro análisis no ingresa el tema ideológico de defensa o rechazo al gobierno actual, sino la constatación de la producción de cambios que están modificando la constitución real y por tanto también la constitución formal, y con esta última, todo el edificio jurídico boliviano, que incluye al derecho laboral.

9.6. FUNDAMENTOS POLÍTICO FILOSÓFICOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN.

Lo social-plurinacional-comunitario, es la clave para entender la Constitución Política del Estado. Aquí se resume la unificación de las fuerzas sociales que llevan adelante el proceso político actual; pero además explica de alguna manera el carácter de la economía plural boliviana:

- a) **Lo social.-** explica la participación hegemónica del Estado, y la participación de los trabajadores en el nuevo Estado.
- b) **Lo plurinacional.-** implica el reconocimiento de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; y su irrupción en el escenario del control del aparato estatal.
- c) **Lo comunitario.-** da cuenta de la participación de todas las formas de organización social, comunitaria o laboral, para la organización del Estado y de su economía.

Economía plural o mixta (Art. 306)⁷⁸, formas comunitaria, estatal, privada y social cooperativa, las empresas sociales.

Pluralismo jurídico (Art. 178)⁷⁹, Tribunal Supremo de Justicia, Jurisdicción Agroambiental, y Jurisdicción Indígena originaria (Art. 190)⁸⁰, con la misma jerarquía.

El tema de las autonomías, o el desafío de la organización autonómica implican en la Constitución Política del Estado que:

- a) No generen división.
- b) No fortalezcan al neoliberalismo.
- c) Los gobiernos locales deben ser populares, y profundamente representativos y con participación de masas y bases.

78 Constitución Política del Estado ARTÍCULO 306.

I. El modelo económico boliviano es plural y está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos.

II. La economía plural está constituida por las formas de organización económica comunitaria, estatal, privada y social cooperativa.

III. La economía plural articula las diferentes formas de organización económica sobre los principios de complementariedad, reciprocidad, solidaridad, redistribución, igualdad, seguridad jurídica, sustentabilidad, equilibrio, justicia y transparencia. La economía social y comunitaria complementará el interés individual con el vivir bien colectivo.

IV. Las formas de organización económica reconocidas en esta Constitución podrán constituir empresas mixtas.

V. El Estado tiene como máximo valor al ser humano y asegurará el desarrollo mediante la redistribución equitativa de los excedentes económicos en políticas sociales, de salud, educación, cultura, y en la reinversión en desarrollo económico productivo.

79 Constitución Política del Estado ARTÍCULO 178.-

I La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos.

II Constituyen garantías de la independencia judicial:

1. El desempeño de los jueces de acuerdo a la carrera judicial

2. La autonomía presupuestaria de los órganos judiciales.

80 Constitución Política del Estado ARTÍCULO 190

I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.

II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.

9.7. EL RÉGIMEN SOCIAL EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO.

La Constitución Política del Estado fue promulgada el 7 de febrero de 2009, en el caso del Régimen Social implica un inmenso avance en los derechos de todos los trabajadores bolivianos.

En efecto, los derechos y conquistas sociales prácticamente no se habían modificado en esencia desde la Constitución Social de 1938, sin embargo en el nuevo texto Constitucional se procede a establecer nuevas instituciones y figuras socio-jurídicas que hacen la diferencia en este texto.

9.7.1. TRANSCRIPCIÓN DEL DENOMINADO RÉGIMEN SOCIAL DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO:

Art. 46.-

1.-Toda persona tiene derecho:

- I.** Al trabajo digno, con seguridad industrial, higiene y salud ocupacional, sin discriminación, y con remuneración o salario justo, equitativo y satisfactorio, que le asegure para sí y su familia una existencia digna.
- II.** A una fuente laboral estable, en condiciones equitativas y satisfactorias.
- III.** El Estado protegerá el ejercicio del trabajo en todas sus formas.
- IV.** Se prohíbe toda forma de trabajo forzoso u otro modo análogo de explotación que obligue a otra persona a realizar labores sin su consentimiento y justa remuneración.

Art. 47.-

Toda persona tiene derecho a dedicarse al comercio, la industria o a cualquier actividad económica lícita, en condiciones que no perjudique al bien colectivo.

- I.** Las trabajadoras y los trabajadores de pequeñas unidades productivas urbanas o rurales, por cuenta propia y gremialistas en general, gozarán por parte del estado de un régimen de protección especial, mediante una política de intercambio comercial equitativo y de precios justos para sus productos, así como la asignación preferente de recursos económicos financieros para incentivar su producción.
- II.** El Estado protegerá, fomentará y fortalecerá las formas comunitarias de protección.

Art. 48.-

- I.** Las disposiciones sociales y laborales son de cumplimiento obligatorio.
- II.** Las normas laborales se interpretarán y aplicarán bajo los principios de protección de las trabajadoras y de los trabajadores como principal fuerza productiva de la sociedad; de primacía de la relación laboral; de de continuidad y estabilidad laboral; de la discriminación y de inversión de la prueba a favor de la trabajadores y del trabajador.
- III.** Los derechos y beneficios reconocidos en favor de las trabajadoras y los trabajadores no pueden renunciarse, y son nulas las convenciones contrarias o que tiendan a burlar sus efectos.

- IV.** Los salarios o sueldos devengados, derechos laborales, beneficios sociales y aportes a la seguridad social no pagados tienen privilegio y preferencia sobre cualquier otra acreencia, y son inembargables e imprescriptibles.
- V.** El Estado promoverá la incorporación de las mujeres al trabajo y garantizará la misma remuneración que a los hombres por un trabajo de igual valor, tanto en el ámbito público como en el privado.
- VI.** Las mujeres no podrán ser discriminadas o despedidas por su estado civil, situación de embarazo, edad, rasgos físicos o número de hijas o hijos. Se garantiza la inamovilidad laboral de las mujeres en estado de embarazo y de los progenitores hasta que la hija o el hijo cumplan un año de edad.
- VII.** El Estado garantizará la incorporación de las jóvenes y los jóvenes en el sistema productivo de acuerdo con su capacitación y formación.

Art. 49.-

- I.** Se reconoce el derecho a la negociación colectiva.
- II.** La ley regulará las relaciones laborales relativas a contratos y convenios colectivos; salarios mínimos generales, sectoriales e incrementos salariales; reincorporación; descanso remunerados y feriados; cómputo de antigüedad, jornada laboral, horas extras, recargo nocturno, dominicales; aguinaldos, bonos, primas u otros sistemas de participación en las utilidades de la empresa; indemnizaciones y desahucios; maternidad laboral, capacitación y formación profesional, y otros derechos sociales.

- III.** El Estado protegerá la estabilidad laboral. Se prohibirá el despido injustificado y toda forma de acoso laboral. La ley determinará las sanciones correspondientes.

Art. 50.- El Estado, mediante tribunales y organismos administrativos especializados, resolverá todos los conflictos emergentes de las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores, incluidos los de la seguridad industrial y los de la seguridad social.

Art. 51.-

- I.** Todas las trabajadoras y los trabajadores tienen derecho a organizarse en sindicatos de acuerdo a la ley.
- II.** El Estado respetará los principios sindicales de unidad, democracia sindical, pluralismo político, auto sostenimiento, solidaridad e internacionalismo.
- III.** Se reconoce y garantiza la sindicalización como medio de defensa, representación, asistencia, educación y cultura de las trabajadoras y los trabajadores del campo y de la ciudad.
- IV.** El Estado respetará la independencia ideológica y organizativa de los sindicatos. Los sindicatos gozarán de personalidad jurídica por el sólo hecho de organizarse y ser reconocidos por sus entidades matrices.
- V.** El patrimonio tangible e intangible de las organizaciones sindicales es inviolable, inembargable e indelegable.
- VI.** Las dirigentas y los dirigentes sindicales gozan de fuero sindical, no se despedirá hasta un año después de la finalización de su gestión y no se les disminuirán sus derechos sociales, ni se les someterá a persecución ni privación de libertad por actos realizados en el cumplimiento de su labor sindical.

VII. Las trabajadoras y los trabajadores por cuenta propia tiene en derecho a organizarse para la defensa de sus intereses

Art. 52-

- I** Se reconoce y garantizará el derecho a la libre asociación empresarial.
- II** El Estado garantizará el reconocimiento de la personalidad jurídica de las asociaciones empresariales, así como las formas democráticas organizativas empresariales, de acuerdo con sus propios estatutos.
- III** El Estado reconocerá las instituciones de capacitación de las organizaciones empresariales.
- IV** El patrimonio de las organizaciones empresariales, tangible e intangible, es inviolable e inembargable.

Art. 53- Se garantiza el derecho a la huelga como el ejercicio de la facultad legal de las trabajadoras y los trabajadores de suspender labores para la defensa de sus derechos, de acuerdo con la ley.

Art.548.-

- II.** Es obligación del Estado establecer políticas de empleo que eviten la desocupación y la sub-ocupación, con la finalidad de crear, mantener y generar condiciones que garanticen a las trabajadoras y los trabajadores posibilidades de ocupación laboral digna y de remuneración justa.

- III.** Es deber del Estado y de la sociedad la protección y defensa del aparato industrial y de los servicios estatales.

- IV.** Las trabajadoras y los trabajadores, en defensa de sus fuentes de trabajo y en resguardo del interés social, podrán de acuerdo con la ley, reactivar y reorganizar empresas en proceso de quiebra, concurso o liquidación, cerradas o abandonadas de forma injustificada, y conformarán empresas comunitarias o sociales. El Estado podrá coadyuvar a la acción de las trabajadoras y los trabajadores.

Art. 55.- El sistema cooperativo se sustenta en los principios de solidaridad, igualdad, reciprocidad, equidad en la distribución, finalidad social, y no lucro de sus asociados. El Estado fomentará y regulará la organización de cooperativas mediante la ley.

9.7.2. ANÁLISIS DE LOS CONTENIDOS DE CADA ARTÍCULO Y SU SIGNIFICACIÓN EN CONJUNTO:

- a) El Art. 46.-** Es el equivalente del Art. 156 de la CPE anterior, con la enorme diferencia en favor de los trabajadores de que positiva el principio de protección sólo para dichos trabajadores y su derecho al trabajo, no como en la CPE anterior que establecía la protección tanto al capital como al trabajo. De esta manera se aplica el principio de “protección al trabajador” que es la base del derecho social y laboral.

- b) El Art. 47.-** Es una novedad constitucional ya que establece la protección genérica a todo tipo o forma de trabajo y no únicamente al trabajo asalariado como hasta ahora había sido entendido el denominado Régimen Social.

El párrafo II, señala dicha protección especial para los trabajadores por cuenta propia y campesinos con apoyo estatal mediante un régimen de protección especial, justos precios, intercambio comercial equitativo para sus productos. En realidad es la protección directa a los campesinos, gremialistas, y en general pequeños propietarios o cuentapropistas. Se entiende que a futuro habrá que elaborar una nueva norma legal secundaria que establezca el estatuto legal de estos trabajadores no asalariados.

En cuanto al **parágrafo III**, establece la protección, el fomento y el fortalecimiento al trabajo comunitario en cualquiera de sus formas de producción, esto significa el apoyo a las formas históricas y tradicionales de trabajo como el Ayni, la Mink'a, etc.

c) El Art. 48:

El **parágrafo I**, establece el cumplimiento obligatorio de las disposiciones sociales y laborales. La primera parte ratifica el carácter obligatorio de la norma social establecida en la CPE anterior.

El párrafo II, es importante, señala los principios de protección, primacía de la relación laboral, continuidad y estabilidad laboral, de no discriminación y de inversión de la prueba a favor de los trabajadores.

El párrafo III, mantiene lo dispuesto en la anterior CPE en su Art. 162 párrafo II, en lo referente a la irrenunciabilidad de los derechos sociales y laborales; aspecto fundamental y capital que es la base y fundamento de todo el régimen social.

El párrafo IV, establece la inclusión en la Constitución del privilegio y preferencia para el cobro de los derechos sociales y laborales, así como su inembargabilidad e imprescriptibilidad. Este párrafo significa una inmensa adquisición constitucional para el derecho social y laboral, su sola inclusión en la constitución justifica la modificación del régimen social constitucional, porque en caso de quiebra o liquidación de empresas,

los beneficios sociales y los salarios de los trabajadores serán cancelados en primer lugar, antes que otras deudas a bancos u otros acreedores, eso es lo que significa el privilegio y preferencia de acreencias sociales.

El párrafo V, establece la igualdad laboral de género (entre hombre y mujer), con lo cual se eleva a rango constitucional este principio laboral de igualdad, cuyo axioma es: a igual trabajo, igual salario.

El párrafo VI, toca un punto fundamental que es la discriminación de las mujeres por su estado civil, situación de embarazo, edad, rasgos físicos o número de hijas o hijos, aspecto que pone fin a la discriminación contra la que se ha estado luchando siempre. Así como la inamovilidad laboral de las mujeres embarazadas y en general de ambos padres, hasta que la hija o el hijo cumplan un año de edad.

El párrafo VII, toca un nuevo punto de gran importancia que es la incorporación de jóvenes en el sistema productivo, con lo cual se intenta eliminar la desocupación de la juventud, además de generar la obligación del Estado de otorgar un sistema de primer empleo a este estamento social.

d) **El Art. 49.-** Amplía lo dispuesto por el Art. 156 párrafo I de la antigua Constitución.

El párrafo I, reconoce el derecho a la negociación colectiva regulando las relaciones laborales relativas a contratos y convenios colectivos; salarios mínimos generales, sectoriales e incrementos salariales; reincorporación; descansos remunerados y feriados; cómputo de antigüedad, jornada laboral, horas extras, recargo nocturno, dominicales; aguinaldos, bonos, primas u otros sistemas de participación en las utilidades de la empresa; indemnizaciones y desahucios; maternidad laboral, capacitación y formación profesional, y otros derechos sociales. Aspecto que debe ser tomado en cuenta como un avance ya que se establece como innovación el tema de la facultad del Estado de otorgar

incrementos salariales, así como la reincorporación de trabajadores despedidos y otros derechos laborales actualmente no reconocidos a los trabajadores.

El párrafo III, amplía y mejora de sobremanera lo establecido por el párrafo II del mencionado Art. 49, en razón de que aparte de proteger la estabilidad laboral, prohíbe el despido injustificado y toda forma de acoso laboral.

- e) **El Art. 50.-** ratifica lo dispuesto en la abrogada Constitución, incorporando un anhelo de los trabajadores relativo a la constitucionalización del Ministerio del Trabajo, cuando se hace referencia a organismos administrativos, y mantiene lo ya existente en cuanto a los juzgados del trabajo cuando se refiere a organismos jurisdiccionales.

- f) **El Art. 51.-** está dedicado al derecho a la sindicalización de los trabajadores.

El párrafo I, reconoce, garantiza y establece el objeto de la sindicalización. Mantiene en esencia el clásico Art. 159 de la Constitución Política del Estado anterior, pero como elemento importante incluye el derecho a la sindicalización de todos los trabajadores que en este texto constitucional significa además de los asalariados también a los campesinos y trabajadores por cuenta propia.

El párrafo II, hace referencia a los principios sindicales, novedad constitucional, que constitucionaliza a los fundamentos de la organización sindical conforme a los principios establecidos en el sindicalismo boliviano y la Central Obrera Boliviana.

El párrafo III, indica el objeto de los sindicatos que es la defensa, protección y promoción de los trabajadores.

El párrafo IV, es una incorporación importante porque reconoce la independencia ideológica y organizativa de los sindicatos respecto al Estado. Lo cual incluye

además que se considere conformados y en funcionamiento los sindicatos desde su organización por los trabajadores y no por el reconocimiento de estos sindicatos por el Estado, como actualmente establece la norma legal.

El párrafo V, establece un reconocimiento y protege el patrimonio sindical declarándolo inviolable, inembargable e indelegable. Al ser inviolable, cualquier intervención o atentado que realice la patronal o el Estado, será sancionado por la norma penal. Al ser inembargable, los bienes muebles e inmuebles de los trabajadores están garantizados en su conservación. Al ser indelegable, por ningún mecanismo, ni la patronal ni el Estado pueden afectar o apropiarse de estos bienes, como sucedió con el despojo que se sufrió de bienes sindicales de los Fondos Complementarios de Seguridad Social con la Ley de privatización de pensiones.

El párrafo VI, incluye como parte del fuero sindical y defensa de los dirigentes la garantía de que dichos dirigentes no sólo gocen de fuero sindical en general, sino que además estén protegidos contra el despido por el periodo de un año hasta después del cese de funciones de los dirigentes.

El párrafo VII, consolida lo establecido en el párrafo I de este mismo artículo.

El Art. 52.- Reconoce el derecho a la libre asociación de los empleadores, su personalidad jurídica, sus instituciones de formación profesional y protección del patrimonio de sus organizaciones.

El Art. 53.- Garantiza el derecho a huelga, de acuerdo a lo dispuesto en la ley manteniendo de esta manera lo que establecía la Constitución anterior.

El Art. 54.- Es algo nuevo en nuestra Constitución y en general en gran parte de las constituciones del mundo, ya que establece el derecho al empleo.

En su párrafo I, dispone la obligación del Estado a promoverlo evitando la desocupación y el sub-empleo. Esta disposición constitucional convierte al Estado en el factor más importante en la producción de bienes y servicios, ya que no sólo promoverá la existencia de empleo privado, sino que es su obligación el crearlo.

En su párrafo II, ordena a la población la defensa del aparato productivo y de servicios del Estado, por tanto establece que es obligación de todo boliviano impedir toda forma de privatización o corrupción en las empresas e instituciones estatales.

El párrafo III, establece una garantía fundamental para los trabajadores relativa al empleo, en sentido de que podrán defender sus fuentes de trabajo cuando estas se cierren, quiebren, ingresen en concursos o liquidaciones, etc. En todos estos casos los trabajadores podrán intervenirlas y reabrir las para ponerlas en funcionamiento, a cuyo efecto el Estado podrá coadyuvar estas acciones.

El Art. 55.- Está dedicado al sistema cooperativo. En este caso establece las bases y principios para la constitución y funcionamiento de las cooperativas, a saber: la solidaridad, igualdad, reciprocidad, equidad en distribución, finalidad social y no lucro individual de sus asociados. El tema de las cooperativas está incorporado en la nueva Constitución en diferentes lugares, además de mantenerse en el régimen social como en la actual Constitución, está incluida en el denominado régimen económico como parte de la estructura económica boliviana, señalándose además de sus características, las garantías y formas de protección por parte del Estado.

9.8. LEGISLACIÓN SECUNDARIA DICTADA POR EL GOBIERNO DESDE EL AÑO 2006.

Debido a las profundas modificaciones acaecidas en la historia de nuestro país con los cambios políticos acontecidos desde abril del 2000, tema que a profundidad fue desarrollado líneas arriba, es que el Órgano Ejecutivo dictó varios decretos supremos que tienen relación

con el tema que abordamos en esta tesis y que necesariamente deben ser estudiados y analizados, ya que tienen relación con la eliminación de formas de flexibilización laboral relativas a los contratos de obras que venimos analizando en la tesis, decretos que transcribimos y que pasamos a analizar, tal como se hace a continuación:

9.8.1. DECRETO SUPREMO N° 28699

CONSIDERANDO:

Que la Constitución Política del Estado en sus Artículos 157 y 158, determina que el Estado tiene la obligación de crear condiciones que garanticen para todos, posibilidades de ocupación laboral, estabilidad en el trabajo y remuneración justa, asegurando sobre todo la continuidad de sus medios de subsistencia para mejorar las condiciones de vida de las familias.

Que la Constitución Política del Estado concibe a nuestra nación como un Estado Social y Democrático de Derecho, concepción fundamental que debe aplicarse con prioridad a cualquier norma de menor jerarquía y sobre todo cuando se trata de respetar los derechos de cada uno de los ciudadanos en materia laboral.

Que debido a la situación económica por la que atravesaba el país, en el marco de una política de emergencia, se promulgó el Decreto Supremo N° 21060 de 29 de agosto de 1985, situación que a la fecha fue ampliamente superada, pero con un alto costo social y con el único sacrificio de toda la clase trabajadora.

Que el Decreto Supremo N° 21060 fue implementado como pilar fundamental de una política extraña a las normas laborales en vigencia y a la política de estabilidad laboral señalada por el Régimen Social de la Constitución Política del Estado.

Que el Artículo 55 del Decreto Supremo N° 21060, en el marco de la política de emergencia, establece que las empresas y entidades del sector público y privado podrán libremente convenir o rescindir contratos de trabajo con estricta sujeción a la Ley General del Trabajo y su Decreto Supremo Reglamentario.

Que posteriormente, el Decreto Supremo N° 22407 de 11 de enero de 1990, en el marco de una política económica conservadora y repetitiva a lo establecido al Decreto Supremo N° 21060, en su Artículo 39 establece nuevamente que podrán convenirse o rescindirse libremente los contratos de trabajo, de conformidad a la Ley General del Trabajo y sus disposiciones reglamentarias; situación que atenta a lo establecido en la Constitución Política del Estado, este Decreto Supremo fue aprobado nuevamente para subyugar a la clase trabajadora, ya que en ese tiempo no había inestabilidad económica de ninguna naturaleza.

Que la Ley N° 1182 de 17 de septiembre de 1990 - Ley de Inversiones, en el marco nuevamente del modelo económico neoliberal que vela solo por los intereses políticos y económicos de una clase dominante y excluyente, reproduce en su Artículo 13, lo establecido en el Artículo 55 del Decreto Supremo N° 21060 y el Artículo 39 del Decreto Supremo N° 22407.

Que los Artículos 55 del Decreto Supremo N° 21060, el Artículo 39 del Decreto Supremo N° 22407 y Artículo 13 de la Ley N° 1182 desampara a los trabajadores asalariados, contradiciendo el principio proteccionista señalado por la normativa laboral y la Constitución Política del Estado.

Que en el contexto expuesto es necesario precisar que tanto el Artículo 55 del Decreto Supremo N° 21060, el Artículo 39 del Decreto Supremo N° 22407 y el Artículo 13 de la Ley N° 1182, definen que los contratos de trabajo pueden convenirse o rescindirse libremente, pero con la condición de sujetarse a la Ley General del Trabajo y sus disposiciones reglamentarias, situación que nunca fue atendida por los anteriores gobiernos negando el derecho al trabajo a muchos ciudadanos.

Que en este entendido, con la finalidad de realizar una aplicación correcta, es necesario determinar que los mencionados Artículos se encuentran sujetos directamente a las disposiciones reglamentarias que emite el Gobierno Nacional, en función a la Ley General del Trabajo, por lo que, el concepto de la libertad de convenir o rescindir los contratos de trabajo, necesariamente debía ser aplicado en función de lo que disponga el reglamento de la Ley General del Trabajo a través del Ministerio de Trabajo.

Que una de las principales políticas del actual Gobierno Nacional, es regular las condiciones socio - laborales que garanticen la continuidad del contrato de trabajo, la misma que contribuirá a incrementar los niveles productivos tanto de las empresas y entidades nacionales, públicas o privadas, siempre respetando el derecho mutuo de respeto entre empleador y empleado.

Que sobre el rótulo de libre contratación y libre rescisión, se han dado excesos que han significado decisiones arbitrarias para despedir, maneras camufladas para burlar obligaciones laborales: como son los contratos civiles encubiertos, o los contratos a plazo fijo cuando por su naturaleza la regla de éstos son los contratos laborales indefinidos; ya que la causa de despido debe estar debidamente justificada, fundamentada y comprobada en el marco del respeto a los derechos laborales vigentes en nuestro país.

Que el Gobierno Nacional tiene la obligación de hacer cumplir la Constitución Política del Estado; razón por la cual, debe crear condiciones favorables que permitan la estabilidad laboral y el mutuo respeto que debe existir entre empleadores y empleados.

Que en este sentido, en el marco de lo establecido en la Constitución Política del Estado, habiendo terminado ampliamente el período de emergencia económica y el agotamiento definitivo del modelo económico neoliberal, es necesario dictar el presente Decreto Supremo que reglamente la Ley General del Trabajo.

EN CONSEJO DE MINISTROS,

DECRETA:

CAPÍTULO I.

DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 1.- (OBJETO). El presente Decreto Supremo tiene por objeto:

- Establecer una disposición Reglamentaria a la Ley General del Trabajo.

- Establecer la concordancia y aplicación del Artículo 13 de la Ley N° 1182, a la estricta sujeción que debe tener a la Ley General del trabajo y sus disposiciones reglamentarias.

- Derogar el Artículo 55 del Decreto Supremo N° 21060 y el Artículo 39 del Decreto Supremo N° 22407.

ARTÍCULO 2.- (RELACIÓN LABORAL). De conformidad al Artículo Primero de la Ley General del Trabajo, que determina de modo general los derechos y obligaciones emergentes del trabajo asalariado, constituyen características esenciales de la relación laboral:

- a) La relación de dependencia y subordinación del trabajador respecto al empleador.
- b) La prestación de trabajo por cuenta ajena.
- c) La percepción de remuneración o salario, en cualquiera de sus formas y manifestaciones.

ARTÍCULO 3.- (AMBITO DE APLICACIÓN). Toda persona natural que preste servicios intelectuales o materiales a otra, sea esta natural o jurídica, en cuya relación concurren las características señaladas en el Artículo anterior se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley General del Trabajo y goza de todos los derechos reconocidos en ella, sea cual fuere el rubro o actividad que se realice, así como la forma expresa del contrato o de la contratación verbal si fuera el caso.

ARTÍCULO 4.- (PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL).

I. Se ratifica la vigencia plena de los principios del Derecho Laboral:

- a) Principio Protector, en el que el Estado tiene la obligación de proteger al trabajador asalariado, entendido en base a las siguientes reglas:
 - Principio in dubio pro operario, en caso de existir duda sobre la interpretación de una norma, se debe preferir aquella interpretación más favorable al trabajador.
 - Principio de la condición más beneficiosa, en caso de existir una situación concreta anteriormente reconocida ésta debe ser respetada, en la medida que sea más favorable al trabajador, ante la nueva norma que se ha de aplicar.
- b) Principio de la Continuidad de la Relación Laboral, donde a la relación laboral se le atribuye la más larga duración imponiéndose al fraude, la variación, la infracción, la arbitrariedad, la interrupción y la sustitución del empleador.
- c) Principio Intervencionista, en la que el Estado, a través de los órganos y tribunales especiales y competentes ejerce tuición en el cumplimiento de los derechos sociales de los trabajadores y empleadores.

d) Principio de la Primacía de la Realidad, donde prevalece la veracidad de los hechos a lo determinado por acuerdo de partes.

e) Principio de No Discriminación, es la exclusión de diferenciaciones que colocan a un trabajador en una situación inferior o más desfavorable respecto a otros trabajadores, con los que mantenga responsabilidades o labores similares.

II. La presente enumeración de los principios laborales no son excluyentes con principios establecidos anteladamente, ni con las que pudieran incorporarse con posterioridad.

ARTÍCULO 5.- (CONTRATOS). Cualquier forma de contrato, civil o comercial, que tienda a encubrir la relación laboral, no surtirá efectos de ninguna naturaleza, debiendo prevalecer el principio de realidad sobre la relación aparente.

ARTÍCULO 6.- (RENUMERACION O SALARIO). Todo pago pactado efectuado o por efectuarse, en contraprestación a los servicios acordados a que se refiere el Artículo 2 del presente Decreto Supremo, en cualquiera de sus modalidades, constituye forma de remuneración o salario, entre otros: el sueldo mensual, el pago quincenal, el pago semanal, el pago a jornal, el pago por horas, el pago de comisiones, el pago por obra o producción, el pago a porcentaje, el pago en especies cuando esté permitido.

CAPÍTULO II.

APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 13 DE LA LEY N° 1182

ARTÍCULO 7.- (CONCORDANCIA NORMATIVA). En concordancia normativa y según lo dispuesto por el mismo Artículo 13 de la Ley N° 1182 de 17 de septiembre de 1990, que establece que "Los contratos de trabajo pueden convenirse o rescindirse libremente en conformidad a la Ley General del Trabajo y sus disposiciones reglamentarias", la convención o rescisión libre de contratos, será según lo dispuesto por el presente Decreto Supremo que se constituye en una Disposición Reglamentaria de la Ley General del Trabajo.

ARTÍCULO 8.- (APLICACIÓN DEL ARTICULO 13 DE LA LEY N° 1182).

- I.** La libertad para convenir o rescindir contratos, es el ejercicio personal de tomar la decisión sobre el contrato, la misma que debe estar totalmente enmarcada a todos los conceptos y procedimientos definidos en la presente disposición reglamentaria de la Ley General del Trabajo; por lo que el Artículo 13 de la Ley N° 1182 se debe aplicar en el concepto y disposiciones de esta norma bajo pena y sanciones que correspondan a través del Ministerio de trabajo.

- II.** Los Empleadores y trabajadores podrán acordar libremente las remuneraciones, las mismas que tienen que estar por encima del salario mínimo nacional determinado por el Gobierno Nacional.

- III.** Los inversionistas tienen la responsabilidad y obligación de dar estricto cumplimiento al régimen de seguridad social vigente en el país.

CAPÍTULO III.

DESPIDOS.

ARTÍCULO 9.- (DESPIDOS).

- I.** En caso de producirse el despido del trabajador el empleador deberá cancelar en el plazo impostergable de quince (15) días calendario el finiquito correspondiente a sueldos devengados, indemnización y todos los derechos que correspondan; pasado el plazo indicado y para efectos de mantenimiento de valor correspondiente, el pago de dicho monto será calculado y actualizado en base a la variación de la Unidad de Fomento a la Vivienda - UFV's, desde la fecha de despido del trabajador asalariado hasta el día anterior a la fecha en que se realice el pago del finiquito.

- II.** En caso que el empleador incumpla su obligación en el plazo establecido en el presente artículo, pagará una multa en beneficio del trabajador consistente en el 30% del monto total a cancelarse, incluyendo el mantenimiento de valor.

ARTÍCULO 10.- (BENEFICIOS SOCIALES O REINCORPORACIÓN).

- I.** Cuando el trabajador sea despedido por causas no contempladas en el Artículo 16 de la Ley General del Trabajo, podrá optar por el pago de los beneficios sociales o por su reincorporación.

- II.** Cuando el trabajador opte por los beneficios sociales, el empleador está obligado a cancelar los mismos además de los beneficios y otros derechos que le corresponda, en el tiempo y condiciones señaladas en el Artículo noveno del presente Decreto Supremo.

- III.** En caso de que el trabajador opte por su reincorporación, podrá recurrir a este efecto ante el Ministerio de Trabajo, donde una vez probado el despido injustificado, se

dispondrá la inmediata reincorporación al mismo puesto que ocupaba a momento del despido, más el pago de los salarios devengados y demás derechos sociales actualizados a la fecha de pago. En caso de negativa del empleador, el Ministerio de Trabajo impondrá multa por Infracción a leyes Sociales, pudiendo el trabajador iniciar la demanda de Reincorporación ante el Juez del Trabajo y Seguridad Social con la prueba del despido injustificado expedida por el Ministerio de Trabajo.

CAPÍTULO IV.

DISPOSICIONES VARIAS.

ARTÍCULO 11.- (ESTABILIDAD LABORAL).

- I.** Se reconoce la estabilidad laboral a favor de todos los trabajadores asalariados de acuerdo a la naturaleza de la relación laboral, en los marcos señalados por la Ley General del Trabajo y sus disposiciones reglamentarias.

- II.** Mediante Decreto Supremo, el Poder Ejecutivo reglamentará la forma y alcances de la Estabilidad Laboral.

ARTÍCULO 12.- (APLICACIÓN Y ADECUACIÓN).

- I.** Lo establecido en el presente Decreto Supremo será aplicable tanto a las actuales relaciones laborales, así como, a las que se inicien con posterioridad al presente Decreto Supremo.

- II. Las entidades comprendidas en la Ley General del trabajo deberán adecuar sus Reglamentos Internos de Trabajo, de acuerdo a lo establecido en el presente Decreto Supremo, específica en un plazo de treinta (30) días a partir de la emisión de la Reglamentación.

ARTÍCULO 13.- (REGLAMENTACIÓN ESPECÍFICA).

- I. El Ministerio de Trabajo en un plazo no mayor a treinta (30) días de publicado el presente Decreto Supremo, deberá aprobar mediante Resolución Ministerial el Reglamento Específico que respalde los procedimientos establecidos.

- II. Asimismo, los procedimientos a establecerse en el mencionado Reglamento deberán ser simplificados y ágiles, con el objeto de evitar la excesiva burocracia y trámites costosos, largos e innecesarios.

ARTÍCULO 14.- (VIGENCIA DE NORMAS).

- I. Se deroga el Artículo 55 del Decreto Supremo N° 21060 de 29 de agosto de 1985 y el Artículo 39 del Decreto Supremo N° 22407 de 11 de enero de 1990.
- II. Se abrogan y derogan todas las Disposiciones contrarias al presente Decreto Supremo.

El Señor Ministro de Estado, en el Despacho de Trabajo, queda encargado de la ejecución y cumplimiento del presente Decreto Supremo.

9.9. ANÁLISIS DEL D.S. 28699.

En cuanto al tema de la tesis nos interesa el “**Art. 2.- (RELACIÓN LABORAL)**”. De conformidad al Artículo Primero de la Ley General del Trabajo, que determina de manera general los derechos y obligaciones emergentes del trabajo asalariado, constituyen características esenciales de la relación laboral:

- a) La relación de dependencia y subordinación del trabajador respecto al empleador.
- b) La prestación de trabajo por cuenta ajena
- c) La percepción de remuneración o salario, en cualquiera de sus formas y manifestaciones.”

Es decir que queda claro que siempre que estemos en presencia de dependencia, subordinación, prestación por cuenta ajena y percepción de salario, o sea que en presencia de estas notas características, asumimos que estamos en presencia de derecho del trabajo, estamos en presencia de una relación obrero-patronal, o relación laboral.

Por tanto los contratos civiles de obra mediante los cuales los empresarios flexibilizan los derechos de los trabajadores queriendo burlar los efectos laborales que benefician a dichos trabajadores, al tenor de lo dispuesto por el Art. mencionado, no pueden sino interpretarse como contratos laborales, como relación laboral, siendo que en virtud de la aplicación de los principios laborales, que se hallan incorporados y positivados en el mismo Decreto Supremo y en la Constitución Política del Estado, la relación laboral queda protegida totalmente contra las formas de contratación flexibilizadas.

Asimismo, el “**Art. 5.- (CONTRATOS)**”. “Cualquier forma de contrato, civil o comercial, que tienda a encubrir la relación laboral, no surtirá efectos de ninguna naturaleza, debiendo prevalecer el principio de realidad sobre la relación aparente”; señala que en Bolivia están prohibidos los contratos civiles y comerciales mediante los cuales se avance en la flexibilización de los derechos de los trabajadores. Debe tomarse en cuenta de que desde el 29 de agosto de 1985, se dismanteló el derecho del trabajo, pero además los empresarios con el apoyo estatal, procedieron a poner en práctica y a avanzar en la elaboración de contratos laborales, pero con

formas y modalidades de contratos civiles y comerciales y de esta forma contrataban trabajadores (aun ahora lo siguen haciendo) para realizar o ejecutar servicios propios de una relación laboral, sin embargo, y siendo que se trataba de verdaderos trabajadores bajo relación obrero-patronal, los empresarios procedían a cancelarles y a darles un tratamiento similar al que se otorga en una relación civil, por tanto sin cancelarles el bono de antigüedad, ni la prima, ni el aguinaldo, ni los aumentos salariales, ni dar vacaciones, ni pago de horas extras, feriados y dominicales, ni recargo nocturno, etc. Siguen sin cubrir la seguridad social, ni la seguridad industrial, es decir trabajadores en calidad de semi-esclavos en virtud de la aplicación de estos ilegales contratos civiles y comerciales. Contratos civiles, cuyo nombre antiguo y civil es el de contrato de obras, precisamente lo que venimos analizando en esta tesis, ya que ni siquiera se aplica dicho contrato de obras, sino que los empresarios de la construcción avanzaban con la aplicación de contratos de obra, mismos que no tenían ni tienen validez legal alguna.

Se colige entonces que estos contratos de obras ya no deberían ser utilizados, y sin embargo es lo normal y común en el ámbito de la construcción, además de que se hacía muy difícil su control y sanción.

9.10. DECRETO SUPREMO N° 0107.

CONSIDERANDO:

Que el numeral 1 del párrafo I del Artículo 46 de la Constitución Política del Estado consagra que toda persona tiene derecho al trabajo digno, sin discriminación y con remuneración y salario justo, equitativo y satisfactorio, que le asegure para sí y su familia una existencia digna, así

mismo, en su párrafo **II**, señala que el estado protegerá el ejercicio del trabajo en todas sus formas.

Que el Artículo 48 de la Constitución Política del Estado establece que las disposiciones sociales y laborales son de cumplimiento obligatorio, que las normas laborales se interpretarán y aplicarán bajo los principios de protección de las trabajadoras y los trabajadores como principal fuerza productiva de la sociedad, de primacía de la relación laboral, de comunidad y estabilidad laboral y de no discriminación, disponiendo finalmente que los derechos y beneficios reconocidos a favor de los trabajadoras y trabajadores no pueden renunciarse, siendo nulas las convenciones contrarias o que tiendan a burlar sus efectos.

Que el Artículo 4 de la Ley General del Trabajo establece la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, así como la nulidad de cualquier convención en contrario.

Que los Artículos 1 y 2 del Decreto Supremo N° 23570, de julio 1993 y los Artículos 2 y 3 del Decreto Supremo N° 28699, de 1 de mayo de 2006, determinan como características esenciales de la relación laboral: a) La relación de la dependencia y subordinación del trabajador respecto al empleador, b) La prestación de trabajo por cuenta ajena, y c) La percepción de remuneración o salario, en cualquiera de sus formas de manifestación. Asimismo, que toda persona natural que preste servicios intelectuales o materiales a otra, sea esta natural o jurídica, en cuya relación concurren las características señaladas, se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley General del Trabajo y goza de todos los derechos reconocidos en él, sea cual fuere el rubro o actividad que se realice, así como la forma expresa del contrato de la contratación verbal si fuera el caso.

Que el principio de protección de las trabajadoras y los trabajadores, comprende el principio “in dubio pro operario” por el que en caso de duda en la aplicación de las normas, se aplica la más favorables al trabajador; el principio de primacía de la realidad donde prevalecen los hechos, la realidad objetiva de la relación jurídica frente a lo acordado expresa o verbalmente por las

partes, y el de no discriminación por el que ningún trabajador puede encontrarse en situación inferior o desfavorable respecto de otro u otros con responsabilidades y labores similares.

Que pese a la naturaleza protectora del derecho Laboral y la legislación vigente, han proliferado las modalidades de subcontratación, tercerización y externalización como estrategias ilícitas empresariales para evadir relaciones típicamente laborales que requieren protección del estado.

EN CONSEJO DE MINISTROS

DECRETA:

ARTICULO 1.- (OBJETO). El presente Decreto Supremo tiene por objeto garantizar el cumplimiento de la legislación laboral y el goce pleno de los derechos laborales de las trabajadoras y trabajadores dependientes asalariados en las empresas, sea cual fuere la modalidad de éstas.

ARTÍCULO 2.- (EMPRESAS SUBCONTRATADAS).

- I. Se presume la existencia de relación de dependencia laboral entre la empresa subcontratada y las o los dependientes directos de esta.
- II. Las prácticas empresariales que tiendan a evadir relaciones típicamente laborales a través de modalidades de subcontratación u otras similares, que vulneren las disposiciones laborales vigentes, se sujetarán a las sanciones correspondientes.

ARTÍCULO 3.- (SANCIONES). La constatación por la Inspectoría del trabajo de las practicas señaladas en el articulo precedente, en forma fundamentada y con respaldo probatorio a Leyes Sociales en vigencia, debiendo solicitarse al Juez de Trabajo y Seguridad social, la imposición

de la multa respectiva conjuntamente con el pago de los derechos laborales de las y los trabajadores asalariados perjudicados con retroactividad a la fecha de su contratación original.

ARTÍCULO 4.- (CLÁUSULA OBLIGATORIA). Toda empresa que requiera contratar a otra, deberá incluir en el contrato de prestación de servicios, adquisición de bienes u otros, una cláusula que establezca que la empresa subcontratada, dará cumplimiento a las obligaciones socio laborales, respecto de sus trabajadoras y trabajadores.

DISPOSICIONES ABROGATORIAS Y DEROGATORIAS

Se abrogan y derogan todas las disposiciones contrarias al presente Decreto Supremo.

El señor Ministro de Estado, en el Despacho de Trabajo, Empleo y Previsión Social, queda encargado de la ejecución y cumplimiento del presente decreto Supremo.

Es dado en el Palacio de Gobierno en la ciudad de La Paz, al primer día del mes de Mayo del año dos mil nueve.

9.10.1. ANÁLISIS DEL DECRETO SUPREMO N° 0107.

Es necesario establecer que este D.S. dispone con total claridad la eliminación, supresión y prohibición bajo sanción legal, a la existencia de formas de flexibilización laboral, mismas que bajo modalidad de contratos civiles y penales se venían realizando hasta el presente a pesar de lo expresamente señalado por las normas laborales tantas veces citadas, en el presente caso, por ejemplo el “**Art. 1.- (OBJETO).** El presente Decreto Supremo tiene por objeto garantizar el cumplimiento de la legislación laboral y el goce pleno de los derechos laborales de las

trabajadoras y trabajadores dependientes asalariados en las empresas, sea cual fuere la modalidad de éstas”; establece la existencia necesaria de relación obrero-patronal, es decir de relación laboral entre la empresa y sus trabajadores, o sea que no pueden existir trabajadores flexibilizados y con contratos civiles y comerciales, o con contratos de obra, siendo que se trata de contratos laborales.

Por otra parte, el “**Art. 2.- (EMPRESAS SUBCONTRATADAS)**. I. Se presume la existencia de relación de dependencia laboral entre la empresa subcontratada y las o los dependientes directos de esta”; por tanto está claro que jurídicamente se extiende el vínculo laboral de relación obrero-patronal entre la empresa subcontratada y sus propios trabajadores, con lo cual se elimina legalmente la flexibilización mediante contrato de obra respecto a los trabajadores de la empresa subcontratada.

Finalmente, el “**Art. 4.- (CLÁUSULA OBLIGATORIA)**. Toda empresa que requiera contratar a otra, deberá incluir en el contrato de prestación de servicios, adquisición de bienes u otros, una cláusula que establezca que la empresa subcontratada, dará cumplimiento a las obligaciones socio-laborales, respecto de sus trabajadoras y trabajadores”; establece que cuando una empresa principal o contratista desee contratar a otra empresa para que realice algún trabajo en su beneficio, la empresa contratada o subcontratista, debe cumplir sus obligaciones laborales y sociales con sus trabajadores, aspecto que deberá estar incluido y esto no se señala, en los precios unitarios, por tanto debería ser parte de los documentos base de contrataciones (DBC), o de los términos técnicos de la contratación. Este aspecto no está regulado, queda a merced y voluntad de los subcontratistas que seguramente suscribirán tales contratos con declaración jurada de cumplimiento de obligaciones pero sin que realmente lo cumplan. En cambio, sí por lo menos ya existe la obligación de que suceda de esa manera.

9.11. DECRETO SUPREMO N° 0108.

CONSIDERANDO:

Que el numeral 1 del párrafo I del Artículo 46 de la Constitución Política del Estado, establece que toda persona tiene derecho al trabajo digno, con seguridad industrial, higiene y salud ocupacional, sin discriminación.

Que la Ley General de Higiene, Seguridad Ocupacional bienestar aprobada mediante el Decreto Ley N° 16998 de 2 de agosto de 1979, tiene entre sus objetos garantizar las condiciones adecuadas de salud, higiene, seguridad y bienestar en el trabajo.

Asimismo, la mencionada norma establece que la presente Ley es aplicable a las actividades desempeñadas por cuenta del Estado: Gobierno Central; Gobierno local; Instituciones Descentralizadas y Autónomas; Empresas y Servicios Públicos; en general todas aquellas entidades públicas o mixtas existentes o por crearse.

Que por su parte el artículo 371 de la citada Ley define como ropa de trabajo a las prendas de vestir que, además de cumplir con la función básica de toda vestimenta, son las más aptas para realizar determinados trabajos por razón de su resistencia o diseño. Asimismo, el artículo 374, define a los equipos de protección personal como todos los aditamentos o substitutos de la ropa de trabajo cuya función es estrictamente de protección a la persona contra uno o más riesgos de un trabajo específico.

Que el inciso b) del artículo 87 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, determina que el Viceministerio de Trabajo y Previsión Social tiene la función de promover políticas de prevención de enfermedades profesionales y accidentes de trabajo; así como la difusión y el cumplimiento de normas laborales, de seguridad y salud ocupacional.

Que los Artículos 46 y 47 del Decreto Supremo N° 29727 de 1 de octubre de 2008 crea PROMUEVE- BOLIVIA como una entidad desconcentrada, dependiente del actual Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural, destinada a facilitar, impulsar y promover las exportaciones y el turismo de Bolivia en el exterior en los sectores público, privado, comunitario y mixto, en el marco de un patrón exportador diversificado y con mayor valor agregado.

Que en el marco de las políticas de desarrollo productivo y generación de empleos establecidas en el Plan Nacional de Desarrollo, corresponde a los Ministerios de Desarrollo Productivo y Economía Rural y de Trabajo, Empleo y Previsión Social establecer mecanismos de seguimiento al cumplimiento de la normativa laboral vigente relacionada a la seguridad ocupacional e implementar políticas de promoción de la producción nacional.

ARTÍCULO 1.- (OBJETO). El presente Decreto Supremo tiene por objeto:

- a) Garantizar el cumplimiento de la normativa vigente relacionada con la higiene, seguridad ocupacional y bienestar que deben cumplir las personas naturales y jurídicas que tengan una relación contractual con entidades públicas.
- b) Incluir entre los requisitos que deben cumplir los proveedores de servicios de las entidades públicas, la obligatoriedad de adquirir ropa de trabajo y equipos de protección personal contra riesgos ocupacionales.

ARTÍCULO 2.- (PROCESOS DE CONTRATACION). Los procesos de contratación de obras y servicios generales que realicen las entidades públicas deben incorporar en sus especificaciones técnicas, un requisito que establezca que toda persona natural o jurídica que brinde servicios al Estado está en la obligación de promover a sus trabajadores ropa de trabajo y equipos de protección personal adecuados contra riesgos ocupacionales, los mismos que deben ser de producción nacional, siempre que estos cumplan con los requisitos técnicos.

ARTÍCULO 3.- (DOTACIÓN DE ROPA DE TRABAJO Y EQUIPOS DE PROTECCION PERSONAL). El Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social, a través de la Dirección General de Trabajo, Higiene y Seguridad Ocupacional, ejercerá control del cumplimiento de las especificaciones técnicas y procedimientos de dotación de ropa de trabajo y equipo de protección personal contra riesgos ocupacionales.

ARTÍCULO 4.- (PRODUCCIÓN NACIONAL). Para el cumplimiento de lo establecido en el presente Decreto Supremo, el Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural:

- a) A través de PROMUEVE- BOLIVIA, emitirá la certificación de producción nacional.
- b) En el plazo de treinta (30) días a partir de la publicación del presente Decreto Supremo, aprobará la reglamentación correspondiente. Este reglamento incorporará incentivos a la participación de las micro y pequeñas empresas.

ARTÍCULO 5.- (SANCIONES). La constatación por parte de las entidades públicas del incumplimiento de las disposiciones establecidas en el presente Decreto Supremo dará lugar a las sanciones que correspondan, conforme a la normativa vigente.

DISPOSICIONES FINALES

DISPOSICIÓN FINAL ÚNICA.- Se complementa el Artículo 23 del Decreto Supremo N° 297227 de 1 de octubre de 2008 incorporando el inciso 1) con el siguiente texto:

“1) Otorgar la certificación de producción nacional para efectos de comercialización de productos en el mercado interno”.

Los señores Ministros de Estado, en sus respectivos despachos, quedan encargados de la ejecución y cumplimiento del presente Decreto Supremo. Es dado en el Palacio de Gobierno de la ciudad de La Paz, al primer día del mes de mayo del año dos mil nueve.

c) ANÁLISIS DEL DECRETO SUPREMO N° 0108.

Dicho decreto supremo promueve el cumplimiento de las normas jurídicas relativas a la seguridad industrial y a la obligación de las empresas de cumplir dicha normativa, por lo tanto se abstiene en cuanto a la disminución de costos de producción eliminando gastos relativos a la seguridad industrial, todo lo cual beneficia al trabajador y permite un trabajo racional y humano en cuanto a sus condiciones.

9.12. DECRETO SUPREMO No. 288 DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2009.

EVO MORALES AYMA

PRESIDENTE DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

CONSIDERANDO:

Que, el numeral 1 del Parágrafo I del Artículo 46 de la Constitución Política del Estado, dispone que toda persona tiene derecho al trabajo digno, con seguridad industrial, higiene y salud ocupacional, sin discriminación y con remuneración o salario justo, equitativo y satisfactorio, que le asegure para sí y su familia una existencia digna.

Asimismo, el Parágrafo II establece que el Estado protegerá el ejercicio del trabajo en todas sus formas.

Que, el Artículo 223 del Código Procesal del Trabajo determina que cuando se constate la infracción de Leyes Sociales, las autoridades del Ministerio de Trabajo, actual Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social, presentarán denuncia escrita ante el Juez del Trabajo de su Distrito, especificando del nombre del infractor, su domicilio, el lugar de trabajo donde se ha cometido la infracción, señalando las disposiciones legales infringidas con relación circunstancial de los hechos, fecha de la constatación y proponiendo el monto de la multa a aplicarse.

Que, el inciso a) del Artículo 86 del Decreto Supremo N° 29894, de 7 de febrero de 2009, Estructura Organizativa del Órgano Ejecutivo del Estado Plurinacional, determina como atribución del Ministro de Trabajo, Empleo y Previsión Social, proteger y garantizar el trabajo digno en todas sus formas (comunitario, estatal, privado y social cooperativa) considerando la equidad laboral de ingresos y medio ambiental, así como la igualdad de oportunidades.

Que, el inciso a) del Artículo 87 del Decreto Supremo N° 29894, establece entre las atribuciones del Vice ministerio de Trabajo y Previsión Social, cumplir y hacer cumplir las normas laborales y sociales en el marco del trabajo digno.

Que, el Plan Nacional de Desarrollo, aprobado por Decreto Supremo N° 29272, de 12 de septiembre de 2007, determina que los esfuerzos que realiza el Órgano Ejecutivo, están orientados al desarrollo de cambios normativos e institucionales que garanticen el establecimiento y generación de empleo digno.

Que, a fin de cumplir con la atribución de proteger el ejercicio del trabajo en todas sus formas, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social requiere disponer de información socio-laboral actualizada y completa de todas aquellas unidades productivas que cuenten con trabajadores en condición de subordinación y dependencia.

EN CONSEJO DE MINISTROS,

DECRETA:

ARTÍCULO 1.- (OBJETO). El presente Decreto Supremo tiene por objeto constituir el Registro Obligatorio de Empleadores para las Sociedades Comerciales, Empresas Unipersonales, Sociedades Cooperativas, Sociedades Civiles, Asociaciones Civiles y Empresas Públicas a cargo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social.

ARTÍCULO 2.- (REGISTRO).

- I. El Registro Obligatorio de Empleadores se constituye en el único Registro Público de información socio-laboral de carácter oficial.
- II. La información socio-laboral existente en otros Registros en funcionamiento actual o por crearse, que dependan del Órgano Ejecutivo, deberá ser transferida al Registro Obligatorio de Empleadores, en un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir de la publicación del presente Decreto Supremo. Las entidades a cargo de estos registros deberán realizar al menos una actualización semestral de la información remitida al Registro Obligatorio de Empleadores.

III. Los Registros de las Sociedades Comerciales, Empresas Unipersonales, Sociedades Cooperativas, Sociedades Civiles, Asociaciones Civiles, y Empresas Públicas, tienen la obligación de remitir al Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social la información que les sea requerida en el marco del presente Decreto Supremo.

IV. Para las Sociedades Comerciales, Empresas Unipersonales, Sociedades Cooperativas, Sociedades Civiles, Asociaciones Civiles y Empresas Públicas, independientemente de su giro o naturaleza jurídica, el Registro Obligatorio de Empleadores mínimamente consignará la cantidad de trabajadoras y trabajadores dependientes, tanto en las agencias centrales como en las sucursales, la modalidad de trabajo que desarrollan, género, edad, nacionalidad, nivel salarial, personas con discapacidad y grado de formación profesional, así como otros aspectos de interés laboral. La información proporcionada en el Registro, tendrá la calidad de Declaración Jurada para los efectos de Ley.

ARTÍCULO 3.- (REGISTRO, ACTUALIZACIÓN Y RENOVACIÓN).

I. Las Sociedades Comerciales, Empresas Unipersonales, Sociedades Cooperativas, Sociedades Civiles, Asociaciones Civiles y Empresas Públicas, independientemente de su giro o naturaleza, que no se encuentren inscritas en el Registro Obligatorio de Empleadores, deberán cumplir con dicha obligación en un plazo máximo de sesenta (60) días hábiles, a partir de la aprobación del Reglamento, y actualizar la información presentada al menos una vez cada semestre.

II. A partir de la publicación del presente Decreto Supremo, para la renovación de la matrícula en el Registro de Comercio de Bolivia, se exigirá la inscripción actualizada del Registro Obligatorio de Empleadores. Asimismo, el sistema

financiero incorporara como requisito para la tramitación de créditos la presentación del registro establecido en el Artículo 2 del presente Decreto Supremo.

ARTÍCULO 4.- (INCUMPLIMIENTO). Serán pasibles a la aplicación de sanciones por infracción a las leyes sociales, los que incumplan lo dispuesto en el presente Decreto Supremo.

ARTÍCULO 5.- (REGLAMENTACIÓN). El Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social, mediante Resolución Ministerial reglamentará la aplicación del presente Decreto Supremo en un plazo máximo de diez (10) días hábiles, a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de Bolivia.

DISPOSICIONES ABROGATORIAS Y DEROGATORIAS

Se abrogan y derogan todas las disposiciones contrarias al presente Decreto Supremo.

El señor Ministro de Estado, en el Despacho de Trabajo, Empleo y Previsión Social, queda encargado de la ejecución y cumplimiento del presente Decreto Supremo.

Es dado en el Palacio de Gobierno de la ciudad de La Paz, a los nueve días del mes de septiembre del año dos mil nueve.

FDO. Evo Morales Ayma , David Choquehuanca Céspedes, Juan Ramón Quintana Taborga, Nardi Suxo Iturry, Carlos Romero Bonifaz, Alfredo Octavio Rada Vélez, Walker Sixto San Miguel Rodríguez, Maria Cecilia Rocabado Tubert, Noel Ricardo Aguirre Ledezma, Luís Alberto Arce Catacora, Oscar Coca Antezana, Patricia Alejandra Ballivián Estenssoro, Walter Juvenal Delgadillo Terceros, Luís Alberto Echazú Alvarado, Celima Torrico Rojas, Calixto Chiparúa Callisaya, Jorge Ramiro Tapia Sainz, Rene Gonzalo Orellana Halkyer, Roberto Iván Aguilar Gómez, Julia D. Ramos Sánchez, Pablo Groux Canedo.

d) ANÁLISIS DEL D.S. 288.

Este decreto supremo fue elaborado siguiendo la línea en materia jurídica laboral del gobierno desde el año 2006. Establece la obligatoriedad para los empleadores para registrar a sus trabajadores en los registros establecidos para el efecto en el Ministerio del Trabajo, bajo sanción de multa por infracción a leyes sociales.

Implica un avance en nuestro país, aunque claro estos registros ya se estilaron hasta mediados de la década de los años 80 del siglo anterior. La implementación de estos registros por lo tanto constituye un avance a pesar de que se trata de una reposición. Lamentablemente sólo implica la creación de registros de los cuales se obtengan datos estadísticos genéricos, nada más. Esto debido a que el registro está dirigido a este tipo de control estadístico y no constituye un registro en el cual se encuentren los datos personales, como el nombre, de cada trabajador.

No obliga a la presentación de datos relativos a la seguridad social en las prestaciones de corto y largo plazo, por tanto no controla el cumplimiento ya particular de cada trabajador en especial, ni siquiera tampoco se podrá establecer el porcentaje de trabajadores afiliados o no a la seguridad social.

Al no obligarse a los empleadores a presentar documentación probatoria que acredite la situación de sus trabajadores, implica que podrán continuar burlando las normas sociales y laborales. Es de esperar que en la reglamentación que realice el Ministerio del Trabajo se exija mayor precisión en cuanto a información y se soliciten mayores datos, obligando a profundizar la información que remitan los empleadores.

CAPÍTULO 10

NECESIDAD DE TIPIFICAR EL CONTRATO DE **OBRA DE CONSTRUCCIÓN ENTRE** **PARTICULARES**

10.1. SUS ELEMENTOS ESENCIALES.

El contrato de obra de construcción entre particulares, a pesar de todos los obstáculos descritos es un fenómeno jurídico, no porque la relación contractual exista en la realidad y constantemente supera el texto escrito del contrato suscrito, sino porque además al ser una realidad social juridizada es susceptible de ser conocida y por tanto descrita y sintetizada en forma idónea.

Básicamente nos encontramos ante un fenómeno jurídico contractual de las siguientes características:

Se trata de un contrato atípico debido a que no se halla regulado por una “disciplina concreta y detallada en la ley”, por lo que no es posible remitirse a la legislación para su interpretación. El Código Civil en su Art. 732 y siguientes establece el Contrato de la Obra, en el cual se describen en forma general aspectos referidos a nuestro tema, sin embargo el tratamiento es bastante general y ambiguo no correspondiendo al desarrollo de las relaciones contractuales de la materia

en la actualidad. Como en todo contrato atípico y por las razones mencionadas es posible ampararse en la analogía para su interpretación.

Se trata de un contrato innominado, habida cuenta de que nos referimos a una relación contractual que específicamente trate de la contratación de la construcción de obra y establezca con claridad su objeto. Consideramos que el contrato de la obra como se encuentra en el Código Civil es bastante amplio y no hace conveniente en toda su complejidad a la relación contractual que tratamos.

Debido a que el fin de los contratos de obra de construcción entre particulares está determinado por el Art. 22 de la Constitución Política del Estado como de función social, en la realidad actual es muy diferente a la idea de función social o de necesidad pública colectiva que León Duguit implementó en la doctrina francesa. Por tanto, a pesar de la función social que le corresponde, se trata de un contrato eminentemente civil y privado.

Tratándose de un contrato civil y por tanto de derecho privado, es necesario alejarlo de la influencia administrativa que sobre él pesa. Razón por la que habrá que diferenciar en lo que respecta a la prestación en la construcción y contratación con el Estado y entidades públicas, donde estamos en el ámbito público, respecto a la contratación y prestación en la construcción en lo que hace a la relación entre particulares.

Corresponde que se aplique la libertad de la voluntad para pactar, no pudiendo por tanto el comitente incluir cláusulas exorbitantes.

La jurisdicción para la solución de los problemas de interpretación y aplicación de la norma respectiva a este tipo de contratos será la civil y la vía de la conciliación, contenciosa o arbitral.

No corresponde la incorporación de cláusulas ilícitas por sus características de legalidad, su objeto y causa.

La igualdad de las partes contratantes es un requisito sine qua non, debido a lo cual no deberán aceptarse contratos de adhesión.

En esta materia no corresponde el jusvariandi del comitente por lo que las partes deberán atenerse a lo dispuesto expresamente en el contrato, por lo que es aplicable “el pacta sunt servanda”.

La interpretación se hará conforme al contrato y sólo en su deficiencia o laguna se aplicará la analogía y supletoriedad general establecida en el Art. 732 y ssgtes., así como el Art. 508 y ssgtes., del Código Civil.

En los contratos que comentamos no corresponde el privilegio de la decisión unilateral y ejecutiva por el comitente, debiendo las partes atenerse a las disposiciones expresas del contrato o de la legislación civil general en lo que hace a la rescisión del contrato.

La aplicación de multas y de la cláusula penal debe estar regida por el contrato y por la legislación civil en general pero de ningún modo por el derecho administrativo y tampoco por analogía a él.

La exceptio non adimpleti contractus deberá ser ejercida por las partes conforme al incumplimiento del contrato por una de las partes.

En presencia del rebus sic stantibus las partes obrarán conforme a lo establecido en el contrato para el efecto y en su defecto conforme a la legislación civil.

Se trata de un contrato donde al ser ambas partes iguales formalmente entre sí, corresponde se aplique el ideal de justicia y equidad en todas sus partes y extremos, debiendo tanto las partes como el juzgador en caso necesario regirse por estos principios y valores jurídicos.

Finalmente, debe incluir en sus cláusulas, la obligación de respetar y proteger los derechos sociales y laborales de los trabajadores. En este punto, se tiene que dar cumplimiento a lo dispuesto por la Constitución Política del Estado y por los distintos Decretos Supremos dictados por el gobierno a partir de 2006, tal como se vio líneas arriba.

Las empresas subsidiarias, tecerizadas o subcontratistas deben cumplir con todas las disposiciones legales laborales, siendo que su incumplimiento a la normativa laboral, no sólo implica infracción a normas sociales y por tanto su sanción, sino que los trabajadores pueden exigir el cumplimiento de sus derechos a cualquiera de los contratantes civiles, es decir que la empresa principal y la subcontratista son solidarias y mancomunadamente responsables de dichos derechos ante los trabajadores y la ley.

10.2. REQUERIMIENTO DEL SECTOR PARA SU TIPIFICACIÓN.

Sobre la base del análisis anterior corresponde realizar todos los esfuerzos posibles y necesarios para lograr la tipificación y nominación de este contrato en la legislación civil, por supuesto que consideramos que la investigación no está terminada ni fue exhaustiva sin embargo constituye uno de los primeros esfuerzos para delimitar a la perfección en forma posterior todas sus otras características.

Por lo que el sector de la construcción deberá ejecutar las medidas necesarias para su incorporación en la norma positiva y para su aplicación práctica inmediata en las relaciones contractuales correspondientes. Pero en contrapartida, implica que deberá cumplir con toda la normativa laboral respecto a sus trabajadores, por lo tanto se considera que no sólo se trata de mejorar su situación jurídica para la contratación del contrato de obra, sino que además debe incluir el deber jurídico laboral de respetar los derechos de los trabajadores, para evitar de esta manera que por esta vía de la subcontratación, y flexibilización de derechos laborales de los trabajadores mediante contratos civiles de obras, se viole la legislación laboral.

CAPÍTULO 11.

PROPUESTA DE CONTRATO DE OBRA DE CONSTRUCCIÓN ENTRE PARTICULARES

11.1. PROPUESTA DEL CONTRATO.

Analizado el problema que nos habíamos planteado, y habiendo podido establecer las bases doctrinales para su solución, se hace necesario pasar a la presentación de una propuesta de modelo de contrato que ya pueda ser utilizada desde ahora en las relaciones contractuales del caso. En efecto, consideramos que no es necesario esperar a que el Estado proceda a la tipificación y nominación, antes de ello es posible y en realidad es necesario poder utilizar ya un modelo de contrato idóneo.

Para ello favorece el hecho de que precisamente se trata de un contrato atípico e innominado motivo por el cual se encuentra en la amplia región de la libertad contractual y por ello mismo es que se hace posible su utilización inmediata por los interesados.

Asimismo, la propuesta de modelo de contrato incluye las correspondientes cláusulas laborales que protegen los derechos de los trabajadores, y que por tanto son la garantía de transparencia en cuanto a precios y costos de producción de las propias empresas subcontratistas o contratistas en el mercado, respecto a la libre competencia y sus límites sociales y laborales.

11.2. MODELO DE CONTRATO PROPUESTO.

CONTRATO DE OBRA DE CONSTRUCCIÓN

Conste por el presente documento privado de Contrato de Obra de Construcción que suscriben las partes al tenor de las siguientes cláusulas, y que en caso necesario será elevado a instrumento público con su simple reconocimiento de firma y rúbricas:

PRIMERA – PARTES.- Suscriben el presente documento:

La empresa, legalmente constituida y existente conforme a la legislación boliviana, inscrita en FUNDEMPRESA bajo matrícula N° con NIT N°, representada mediante testimonio de poder N°otorgado ante Notaria de Fé Pública N° ; Dr. (a). en fecha..... de..... En la ciudad de.....a favor de..... Con C.I. N°, en adelante denominada CONTRATANTE,

La empresa _____ , legalmente constituida y existente conforme a la legislación boliviana, inscrita en FUNDEMPRESA bajo matrícula N° con NIT N°, representada mediante testimonio de poder N°otorgado ante Notaria de Fé Pública N° ; Dr. (a). en fecha..... de..... En la ciudad de.....en favor de..... Con C.I. N°, en adelante denominada CONTRATISTA, por la otra.

Los intervinientes, en la representación que ostentan, se reconocen mutuamente capacidad suficiente y poder bastante para suscribir este contrato, quedando obligadas las sociedades que representan.

SEGUNDA – ANTECEDENTES.- El Contratante invitó a varias empresas constructoras a presentar su ofertas para la construcción de.....con la modalidad de..... Del

análisis de las ofertas el contratante eligió la propuesta del....., Contratista como la más conveniente lo que le fue comunicado mediante nota..... Existiendo conformidad entre las partes, ambas formalizan su voluntad en el presente contrato con sujeción a las cláusulas siguientes.

TERCERA – OBJETO.- El objeto del presente contrato es la realización de los trabajos de obra civil de..... con el alcance y contenido que se describe en el Anexo 1 (Términos de referencia o documento base de contrataciones).

El Contratista deberá suministrar todos los materiales, mano de obra, equipo y todo lo necesario para la realización de dichos trabajos referenciados en el Anexo 1 dentro del plazo estipulado.

Todos los suministros y servicios necesarios para la realización de la obra y que no hayan sido excluidos de forma explícita están considerados en el alcance de este contrato el cual se rige también por el Código Civil en sus artículos 508 y sgtes, y artículos 732 y sgtes.

CUARTA – ANEXOS.- Forman parte del presente contrato en el orden y precedencia indicado, los siguientes documentos:

4.1 Pliego de Condiciones Generales para la construcción de la obra, enmiendas y/o notas aclaratorias.

4.2 Especificaciones Técnicas Generales y Especiales.

4.3 Planos

4.4 Propuesta del Contratista.

4.5 Anexo 1

4.6 Anexo 2

QUINTA – PRECIO DE LA OBRA.- El precio propuesto y aceptado por la partes para la construcción de la obra, es de.....00/100.

El precio es el resultante de la aplicación de los precios unitarios de la propuesta a las cantidades de obra que se han establecido en el formulario de propuesta.

5.1 El precio final será el resultante de aplicar los precios unitarios de la propuesta a las cantidades realmente ejecutadas, previas las mediciones respectivas, incluyendo los trabajos adicionales autorizados mediante Órdenes de Cambio.

5.2 Los precios unitarios consignados en la propuesta incluyen la provisión de materiales e insumos con la calidad establecida en el pliego de especificaciones, equipos y herramientas, mano de obra, salarios, incidencia por leyes sociales, gastos de transporte, daños a terceros y todo costo directo o indirecto que pueda tener relación e incidencia en el precio unitario.

5.3 Es de exclusiva responsabilidad del contratista efectuar los trabajos contratados dentro del monto del precio en razón a que no se reconocerán pagos por trabajos que excedieran dicho monto, a excepción de aquellos autorizados mediante órdenes de cambio.

5.4 En el Anexo 2 se incluye el cuadro de precios por administración para mano de obra y equipo, los mismos que se utilizarán para determinar el precio de trabajos adicionales no contemplados en el alcance de la obra.

SEXTA – REVISIÓN DEL PRECIO.- Los precios serán fijos y no revisables por ninguna causa o motivo a lo largo de la duración del contrato salvo que el Supremo Gobierno afectara mediante disposiciones legales los impuestos tomados en cuenta para la elaboración de la propuesta. En ese caso se afectará el precio de la obra en la proporción que correspondiera y para el remanente impago de la misma.

SÉPTIMA – MEDICIÓN DE CANTIDADES DE OBRA.- Mensualmente el Contratista notificará al Contratante para la medición de la obra ejecutada en el periodo. Los resultados de las mediciones efectuadas conjuntamente se considerarán en un Certificado elaborado por el Contratista en forma mensual. El cual será presentado al Contratante para su aprobación.

OCTAVA – FORMA DE PAGO.- El precio establecido para la construcción de la obra será cancelado por el Contratante al Contratista en dólares americanos o su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio vigente el día pago.

El Contratista recibirá un anticipo de pago del veinte por ciento (20%) del costo total de la obra para cubrir los gastos de movilización de personal, equipo y materiales, el mismo que será descontado proporcionalmente de cada certificado de avance de obra.

Una vez realizada la medición mensual y en base al certificado preparado por el Contratista, el Contratante aprobará la misma en un plazo no mayor a 5 (cinco) días y cancelará el monto resultante menos las reducciones que correspondieran por concepto de amortización de anticipo en un plazo no mayor a 5 (días) calendario.

NOVENA– PLAZO DE EJECUCIÓN.- El Contratista entregará la obra satisfactoriamente concluida y de acuerdo con los planos y las especificaciones en el plazo de....., el mismo que será computado una vez recibido el anticipo y recibida la Orden de Proceder.

DÉCIMA – ÓRDENES DE CAMBIO.- El Contratante podrá instruir al Contratista mediante Órdenes de Cambio todas aquellas variaciones en la forma, cantidad o calidad de la obra que juzgue necesarias. Para estas obras se aplicarán los precios unitarios establecidos en el Anexo 1. Cuando no existiera un precio unitario aplicable se negociará uno nuevo en base a lo establecido en el Anexo 2. Si las órdenes de cambio implicaran una alteración en el plazo de construcción, esta deberá ser establecida en forma previa.

DÉCIMA PRIMERA – PENALIZACIONES POR DEMORA.- Vencido el plazo de construcción establecido en la cláusula novena, mas cualquier ampliación justificada que hubiera sido debidamente aprobada, si la obra no hubiera sido concluida en su integridad en el plazo previsto o ampliado, el Contratista se constituirá en mora sin necesidad de notificación previa del Contratante, obligándose a pagar por cada día calendario de atraso una multa equivalente al uno por mil 1/1000 del precio establecido en el contrato por cada día de atraso.

Las penalizaciones aplicadas no podrán exceder el 10% del precio del contrato, pudiendo en ese caso el Contratante proceder a la resolución del contrato.

Las penalizaciones se cobrarán del certificado final de la obra y si este no alcanzara, de la garantía de Cumplimiento de Contrato sin perjuicio de que el Contratante exija el resarcimiento de daños y perjuicios por medio de una acción legal.

DÉCIMA SEGUNDA – CAUSAS DE FUERZA MAYOR.- Se considerarán causas de fuerza mayor aquellas que no han podido preverse o que previstas no han podido ser resistidas y que como consecuencia impiden el cumplimiento de la obligación de ambas partes. Estas son entre otras las siguientes: incendios, inundaciones, explosiones y otros desastres naturales, conmociones civiles, huelgas, bloqueos, revoluciones.

Para que los hechos arriba descritos como causas de fuerza mayor puedan constituir causas justificables que impidieron o alteraron la normal ejecución de los trabajos deberán ser informados por escrito dentro de los tres (3) días de ocurridos.

Si la fuerza mayor durase más de 2 dos meses, las partes podrán terminar el contrato fijando los términos y condiciones para dicha terminación.

Durante la permanencia de la fuerza mayor el Contratista continuará llevando a cabo los trabajos en la medida que sea posible y los reanuda totalmente en cuanto esta cese.

DÉCIMA TERCERA - SUPERVISIÓN DE LA OBRA.- Los trabajos podrán ser supervisados por el Contratante en forma directa a través de un profesional o una empresa contratada para tal efecto, quienes constituirán la supervisión de la obra. El supervisor gozará de todas las facultades para la inspección y supervisión de la obra entre las cuales estarán las siguientes:

13.1 Revisión, estudio, verificación, complementación, corrección, modificación del proyecto, de los planos y de las especificaciones.

13.2 Control cualitativo de todos los materiales requiriendo la toma de muestras y ensayos de control de calidad que juzgue necesarios.

13.3 Inspección y verificación de la calidad de los trabajos ejecutados y su aceptación o rechazo.

13.4 Instruir la ejecución de obras adicionales mediante la emisión de las respectivas Órdenes de Cambio.

13.5 Efectuar la inspección final y proceder a la Recepción Provisional y Definitiva de la obra elaborando las actas respectivas.

13.6 Para el cumplimiento de sus tareas, el Contratista le prestará todas las facilidades disponibles sin excepción alguna.

DÉCIMA CUARTA – LIBRO DE ÓRDENES.- El Contratista llevará un Libro de Ordenes de Trabajo con páginas numeradas y dos copias. En este libro tanto el supervisor como el contratista anotarán las instrucciones, órdenes y observaciones con relación a los trabajos que se realizan. Cada orden llevará fecha y firma y la constancia de recepción de la misma.

Este libro será el medio oficial de comunicación entre la supervisión y el contratista para la buena ejecución de la obra.

DÉCIMA QUINTA – RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA.- Además de las obligaciones establecidas en el presente contrato, el Contratista tendrá las siguientes obligaciones y responsabilidades específicas:

15.1 Cumplir estrictamente las normas, condiciones, calidades, precios, especificaciones, plazo y características establecidas en el presente contrato.

15.2 Realizar todos los trabajos adicionales que en el curso de la ejecución de la obra resultaren necesarios y le fueran encomendados mediante Órdenes de Cambio, así como cumplir con todas las instrucciones impartidas por el Supervisor

15.3 Conocer minuciosamente los planos, pliegos y las condiciones del terreno y ubicación de la obra.

15.4 Se obliga a entregar la obra dentro del plazo establecido y de acuerdo a los planos y especificaciones, debiendo cualquier trabajo defectuoso ser corregido a su exclusiva cuenta.

15.5 Realizar el trabajo de manera diligente, profesional y cuidadosa con sujeción al presente contrato. Durante el tiempo que demande la ejecución de la obra deberá mantener en la misma a personal técnico idóneo, la mano de obra necesaria y el equipo requerido.

15.6 Nombrar un Director de Obra que sea su representante durante la vigencia del contrato.

15.7 A cumplir con todas las disposiciones sociales y laborales respecto a sus trabajadores, en consecuencia inscribirlos y registrarlos ante la Caja Nacional de Salud, ante las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) o instituciones de la seguridad social de corto o largo plazo que fueran creadas por el Estado y por tanto cancelar aportes y cotizaciones que la norma legal exige; asimismo, presentar planillas de salarios al Ministerio del Trabajo, llevar todos los libros que la normativa laboral establece tal como: libro de accidentes, libro de control de asistencia, libro de horas extras, etc. Asimismo, evitar toda forma de flexibilización laboral de dichos trabajadores y por tanto cumplir con la Ley General del Trabajo y demás normas aplicables conforme a la legislación laboral.

DÉCIMA SEXTA – OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE.- El Contratante se obliga a lo siguiente:

16.1 Cancelar los certificados de avance en forma oportuna de acuerdo a lo estipulado en la Cláusula. .

16.2 Contar con los planos de obra aprobados por las autoridades competentes y con los permisos necesarios para la ejecución de los trabajos.

16.3 Nombrar un supervisor que lo represente en la obra con todas las atribuciones establecidas en la cláusula respectiva.

16.4 Cumplir con todas las obligaciones sociales y/o laborales que el Contratista hubiera incumplido, a tal efecto se constituye en deudor solidario y mancomunado respecto a esas cargas sociales; pudiendo repetir el pago contra el Contratista, ya de saldos que aun se adeuden, o conforme a sistema de solución de controversias que se establecen en este contrato.

DÉCIMA SÉPTIMA - CESIÓN Y SUBCONTRATACIÓN.- El Contratista no podrá ceder o transferir total o parcialmente las obligaciones que surgen del presente contrato sin el previo consentimiento por escrito del Contratante. En caso de no cumplir con esta condición, este incumplimiento podrá constituir causa de resolución del presente contrato.

Tampoco podrá subcontratar ninguna parte de los trabajos sin previa autorización escrita del contratante.

La subcontratación no exonerará al Contratista de ninguna de sus responsabilidades u obligaciones contractuales, siendo además responsable frente al Contratante de los actos, faltas y negligencias de cualquiera de los terceros contratados o sus trabajadores.

No surgirá relación laboral alguna entre el Contratante y los empleados, agentes o terceros contratados por el Contratista o sus Subcontratistas; empero la responsabilidad solidaria y mancomunada en cuanto a acreencias sociales y laborales implica su obligación de responder por los incumplimientos o infracciones a la normativa social y laboral del contratista.

DÉCIMA OCTAVA – GARANTÍAS.- Se establecen las siguientes garantías para la buena ejecución y entrega de la obra:

18.1 Garantía de Cumplimiento de Contrato:

El Contratista garantiza el correcto cumplimiento del presente contrato con la boleta bancaria (o póliza de seguro) N°..... Emitida por el banco (compañía de seguros) por la suma de \$us/Bs..... dólares americanos o bolivianos con vigencia de días a la orden del Contratante equivalente al 10% del monto del contrato. Dicha garantía será devuelta a tiempo de la Recepción Definitiva de la Obra.

18.2 Garantía de Buena Ejecución de Obra:

El Contratista garantiza la buena ejecución de la obra del presente contrato con la boleta bancaria (o póliza de seguro) N°.....emitida por el banco (compañía de seguros) por la suma de \$us/Bs..... dólares americanos o bolivianos con vigencia de días a la orden del Contratante equivalente al 5% del monto del contrato. Dicha garantía será devuelta después del plazo acordado de conservación de la obra.

18.3 Garantía de Buena Inversión del Anticipo:

El Contratista garantiza la correcta inversión del anticipo del presente contrato con la boleta bancaria (o póliza de seguro) N°.....emitida por el banco (compañía de seguros) por la suma de \$us/Bs..... dólares americanos o bolivianos con vigencia de días a la orden del Contratante equivalente al 100% del monto del anticipo. Dicha garantía será devuelta una vez que el anticipo haya sido restituido en su integridad.

Asimismo, esta garantía podrá ser renovada periódicamente cubriendo únicamente el monto del saldo adeudado.

18.4 Garantía de Cumplimiento de Legislación Social y Laboral:

El Contratista garantiza el correcto cumplimiento de la legislación social y laboral respecto a sus trabajadores en cuanto a la ejecución del presente contrato, mediante la boleta bancaria (o póliza de seguro) N°..... Emitida por el banco (compañía de seguros) por la suma de \$us/BS..... dólares americanos o bolivianos con vigencia de días a la orden del Contratante equivalente al 25% del monto total de la obra.

Dicha garantía será devuelta una vez que se demuestre el cumplimiento de los costos y cargas laborales, con la documentación correspondiente debidamente visada por el Ministerio del Trabajo y las instituciones de la seguridad social.

Asimismo, esta garantía podrá ser renovada periódicamente cubriendo únicamente el monto del saldo adeudado.

DÉCIMA NOVENA – SEGUROS.- El Contratista suscribirá y mantendrá en vigor durante el curso del presente contrato y a su cargo las siguientes pólizas de seguro que deberán ser aprobadas por el Contratante:

19.1 Seguros de enfermedad y accidente de todos sus trabajadores asignados a los trabajos, de acuerdo con la ley.

19.2 Seguro sobre riesgos causados en sus vehículos, equipo y maquinaria. Dichos seguros deben cubrir, igualmente, la responsabilidad civil por los daños que sus vehículos, equipo y maquinaria puedan causar al Contratante y/o a terceros

19.3 Seguro de Responsabilidad Civil:

- a) a) Seguro de Todo Riesgo de Construcción, con una cobertura del 100% del importe contratado. La duración de este seguro se extenderá hasta la Recepción Provisional.

Su cobertura garantizará los daños materiales sufridos por las obras, trabajos, equipos y materiales que se encuentren en el lugar.

- b) b) Seguro de Todo Riesgo de los materiales a suministrar tanto durante su fabricación como durante su transporte a la obra.

VIGÉSIMA – SEGURIDAD.- El Contratista deberá preparar y cumplir un plan de seguridad diseñado especialmente para este proyecto, y será responsable de su observancia y cumplimiento. El Contratista está obligado al cumplimiento de todas las disposiciones vigentes en materia de prevención de riesgos laborales y de seguridad e higiene en el trabajo.

El Contratante podrá requerir al Contratista el cumplimiento de todas las obligaciones en materia de seguridad. El Contratista deberá designar un responsable de seguridad debidamente capacitado al que le deberá proveer de todos los medios necesarios para el adecuado desempeño de sus obligaciones. El responsable de seguridad velará por el cumplimiento del Contrato en todos sus aspectos relacionados con la seguridad incluyendo las normas vigentes que en esta materia puedan existir.

VIGÉSIMA PRIMERA - CONFIDENCIALIDAD.- Cualquier tipo de información oral o escrita que pueda facilitar al Contratista el Contratante se entenderá de propiedad exclusiva del Contratante. Por consiguiente la información no podrá ser divulgada a terceras partes, ni utilizada con fines distintos de aquellos establecidos en el presente contrato, sin el previo consentimiento del Contratante.

VIGÉSIMA SEGUNDA - PUBLICIDAD.- Podrán ponerse en las obras las inscripciones que acrediten su ejecución por el Contratista, debiendo también figurar el nombre del Contratante. En ningún caso podrá publicarse inscripción alguna que tenga carácter de publicidad comercial.

El Contratista o los terceros por él contratados, no podrán publicar artículos, fotografías o anuncios relativos a las Obras objeto del Contrato, sin la aprobación previa por escrito del Contratante.

VIGÉSIMA TERCERA - RECEPCIÓN PROVISIONAL.- Una vez que el Contratista haya concluido la obra pedirá la Recepción Provisional de la misma. Si la obra se hallara correctamente ejecutada conforme a los planos y documentos de contrato se procederá a dicha Recepción Provisional dejando constancia de la misma en un Acta en el cual se harán constar todas las imperfecciones o deficiencias si las hubiera, las cuales deberán ser subsanadas dentro de los siguientes 90 días calendario.

Si las deficiencias u observaciones no fueran de magnitud y la obra puede ser ocupada y puesta en servicio se dará conformidad a la recepción provisional. Empero si dichas anomalías fueran mayores se podrá rechazar dicha recepción y el Contratante podrá exigir las correcciones necesarias antes de recibir provisionalmente la obra.

VIGÉSIMA CUARTA – RECEPCIÓN DEFINITIVA.- Cuando las deficiencias observadas durante la Recepción Provisional hubiesen sido corregidas se procederá a la Recepción Definitiva de la obra de la cual se dejará constancia en un acta correspondiente.

El Contratista tomará todas las medidas necesarias para corregir los defectos establecidos en la recepción provisional con la mayor diligencia y dentro del plazo establecido y, en su defecto el Contratante podrá contratar a un tercero para llevar a cabo los trabajos de corrección en cuyo caso, los gastos que se produzcan correrán a cargo del Contratista.

Si posteriormente a la Recepción Definitiva de la obra esta presentara deficiencias de construcción, el contratista quedará sujeto a las responsabilidades establecidas en el Código Civil.

VIGÉSIMA QUINTA – RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.- La resolución del contrato podrá realizarse por las siguientes causales:

Por el Contratante:

21.1 Incumplimiento de las condiciones del contrato por parte del Contratista.

21.2 Disolución o quiebra del Contratista.

21.3 Suspensión de los trabajos sin justificación alguna por más de 15 días calendario.

21.4 Cediera o subcontratara sus obligaciones o parte del trabajo sin permiso escrito del Contratante

21.5 Alcanzara la penalización máxima prevista en la Cláusula.

21.6 Negligencia reiterada en el cumplimiento de las especificaciones, planos e instrucciones del supervisor.

Por el Contratista:

21.7 Incumplimiento de las condiciones del contrato por parte del Contratante.

21.8 Atraso por más de 60 días calendario en el pago de los certificados de avance de obra.

21.9 Si el Contratante pretende ejecutar cambios en la obra sin la respectiva orden de cambio.

21.10 Instrucciones para la paralización injustificada de los trabajos de construcción de la obra por más de 15 días calendario.

En caso de resolución se aplicarán las siguientes reglas:

21.11 Cuando la resolución sea por causales imputables al Contratista se consolidará a favor del Contratante la garantía de cumplimiento de contrato, manteniéndose pendiente la garantía de buena inversión del anticipo hasta que se efectúe la conciliación de saldos. Se efectuará una medición del trabajo ejecutado satisfactoriamente y se calculará el valor de los materiales en obra que pudieran ser empleados en su prosecución.

21.12 Por cualquiera de las causales anteriormente señaladas, el Contratante dará aviso al Contratista de su intención de resolver el contrato. Si dentro de los 10 días siguientes a la fecha de notificación se enmendaran las fallas y se normalizara el desarrollo de los trabajos, el aviso de resolución será retirado. Caso contrario al vencimiento del término del pre-aviso, el contrato se dará por resuelto.

21.13 Cuando la resolución sea por causales imputables al Contratante, el Contratista tendrá derecho al pago que resulte de efectuar una medición del trabajo ejecutado satisfactoriamente, al pago de los materiales en obra que pudieran ser empleados en su prosecución y al reconocimiento del 10% del precio de la obra por los trabajos no ejecutados devolviéndosele las garantías de cumplimiento de contrato y de buena inversión del anticipo. En la liquidación final se deducirá el anticipo no amortizado y el saldo le será pagado en un plazo máximo de 30 días calendario.

El Contratante deberá asumir los compromisos económicos asumidos por el Contratista con relación a la obra como ser materiales en tránsito contra presentación de documentos probatorios.

VIGÉSIMA SEXTA – PRÁCTICAS AMBIENTALES.- El Contratista cumplirá con las buenas prácticas ambientales y cubrirá su costo y sin derecho a reembolso, cualquier daño ocasionado al medio ambiente durante la etapa de ejecución de la obra, provocado por negligencia o incumplimiento de las Buenas Prácticas Ambientales. Asimismo, implementará medidas de mitigación cuando corresponda a sus obligaciones.

VIGÉSIMA SÉPTIMA – LEGISLACIÓN APLICABLE.- El derecho aplicable al presente Contrato será la legislación boliviana.

Cualquier Aviso o Notificación que tenga que darse al Contratista será enviado a su domicilio legal ubicado en.....

Cualquier Aviso o Notificación que tenga que darse al Contratante será enviado a su domicilio legal ubicado en.....

VIGÉSIMA OCTAVA – ARBITRAJE.- Las partes intervinientes acuerdan que todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultantes de la ejecución o interpretación del presente contrato o relacionado con él, directa o indirectamente o de sus documentos complementarios o modificatorios, será resuelto definitivamente mediante Conciliación y Arbitraje administrado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de Acuerdo a sus reglamentos las cuales aceptan y declaran conocer.

Igualmente las partes hacen constar expresamente su compromiso de cumplir el Laudo Arbitral que se dicte, renunciando expresamente y desistiendo anticipadamente al Recurso de Anulación del Laudo Arbitral.

Los aspectos de deudas que pudieran ocurrir respecto al cumplimiento de la legislación laboral y social, serán resueltos entre los contratantes en cuanto a su solidaridad y mancomunidad; pero de ninguna manera y por ningún motivo se podrá definir o decidir un monto o cuantía que

correspondería ser cancelado a los trabajadores, tal como dispone y prohíbe el Art. 14 de la Ley de Arbitraje de Bolivia. Las partes expresan que las únicas autoridades en estas materias son las instituciones de la seguridad sociales, los Juzgados del Trabajo y Seguridad Social, y el Ministerio del Trabajo.

VIGÉSIMA NOVENA – CONFORMIDAD.- En prueba de conformidad de cuanto antecede, se firma el presente Contrato.

EL CONTRATANTE

EL CONTRATISTA

11.3. ANÁLISIS DEL MODELO.

11.3.1. DESVENTAJAS DE USAR LOS DIVERSOS TIPOS DE CONTRATOS.

1. Interpretación subjetiva de cláusulas poco claras o consistentes.
2. En muchos casos se omiten cláusulas que luego deben ser interpretadas durante la ejecución de las obras creando confusión y llegándose a conflictos (arbitraje, etc.) que pudieron ser evitados.
3. El Contratista siempre se halla en desventaja, pues debe indicar a tiempo de presentar su propuesta su decisión de adhesión al modelo de contrato que se incluye en la licitación que siempre está en su contra o es ambiguo o poco claro.
4. Los Contratantes añaden cláusulas de acuerdo a su conveniencia que el Contratista pese a no estar de acuerdo las acepta con la amenaza de que si no las acepta no se firma el contrato con él.
5. El Contratista se aprovecha de cláusulas poco claras para exigir ampliaciones de plazo no respaldadas, reajuste de precios, etc.
6. El abuso de los derechos laborales, y por tanto los perjuicios que esto implica para la sociedad.

7. La competencia desleal entre empresarios, con motivo de la flexibilización de las condiciones de trabajo de sus trabajadores con la finalidad de disminuir costos de producción para ser más competitivos respecto a sus pares.

11.3.2. VENTAJAS DE USAR UN CONTRATO TIPO.

1. Las reglas de juego están definidas. Todos las conocen y se adhieren existiendo únicamente algunas cláusulas muy particulares que se añadirán en cada contrato y que no variarán grandemente las condiciones del proyecto.
2. No se da lugar a interpretaciones subjetivas del contrato y se da total seriedad al mismo evitando que ninguna de las partes haga interpretaciones particulares.
3. Se evitan posibles conflictos (arbitrajes, etc.) con una clara redacción de las condiciones. Se allana el camino para un cumplimiento claro y racional del contrato para ambas partes.
4. Se establece cláusulas que regulan aspectos muy poco claros hasta ahora como seguridad industrial, confidencialidad, impacto ambiental.
5. Se respetan los derechos de los trabajadores, con lo cual las empresas y la propia sociedad se benefician.
6. Implica una competencia transparente con precios reales, legítimos y además legales.

CAPÍTULO 12.

CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS JURÍDICAS **Y SOLUCIONES AL PROBLEMA PLANTEADO EN** **LA TESIS.**

12.1 RESPECTO A LOS CONTRATOS DE OBRA ENTRE PARTICULARES.

Es necesario advertir que este es el punto más complicado y difícil de resolver en la tesis. Esto porque se trata de resolver en cuanto a la legislación civil el tema de los contratos de obra. La relación que existirá entre particulares, debe ser una relación que implique el real y verdadero control que pueda suceder entre los particulares contratantes, en el caso de contratos de obra.

Como pudimos observar se trata de contratos civiles, que producto de su desarrollo histórico y conforme a la realidad de nuestro país, implicaron que no sean desarrollados de la manera como corresponden.

Esto nos lleva al tema de que si bien debido al profundo avance del capitalismo de Estado inaugurado luego de la Revolución Nacional de 1952 que generó el desarrollo de una legislación civil muy pública y no de derecho privado en algunas de sus instituciones tal como el caso del

contrato de obra, puede verificarse que a pesar de los cambios acontecidos en el mundo y en Bolivia, este tipo particular de contrato no fue modificado, ni nominado, ni tipificado en correcta forma, es decir subdividiendo los contratos de obra, en contratos civiles de obra administrativos (siempre que un privado deba contratar con el Estado), y en contratos civiles de obra privados (siempre que la contratación deba realizarse entre privados).

Tal situación no acontece y no existe en nuestra legislación, de tal manera que no es posible resolverlo, y tampoco es aplicable el método de la analogía, puesto que la tipificación del contrato de obra así como se encuentra en los Art.732 y srgtes. del Código Civil, no nos sirve para resolver el problema.

Esta modificación legislativa debió realizarse a partir de 1985, cuando se modificó la matriz del modelo de acumulación de capital por uno libre mercado esencialmente, sin embargo debido a diversos factores no sucedió así, y resulta que la legislación civil no fue modificada; no es que los contratos de construcción entre civiles no se hubieran modificado, sino que se aplicó la costumbre. Siendo que por esa vía se trajeron al país modalidades de contratación diferentes (doctrina) y se aplicaron directamente a los contratos entre particulares, estableciéndose con ello el avance en cuanto al desarrollo del derecho civil, siendo que el Estado aplicaba el axioma de “dejar hacer y dejar pasar”, entonces favoreció y facilitó la existencia de estas nuevas formas de realizar derecho, contrataciones y relaciones laborales, que no se encontraban debidamente desarrolladas en la legislación escrita nacional.

El desarrollo y profusión de formas contractuales privadas, producto del impulso de la globalización de la economía, implicó en los hechos que el sistema neoliberal permitiera desde el Estado el desarrollo libre de estas modalidades contractuales privadas, sin fijarse que también era necesaria la modificación de las disposiciones legales establecidas en el Código Civil. Normas jurídicas sueltas o la aplicación genérica de contratos por vía de la doctrina, hizo que una serie de contratos civiles privados modernos comiencen a aplicarse en nuestro medio, pero como se indicó, sin el suficiente respaldo normativo objetivo.

Como se observó, en cuanto a los contratantes privados, que la falta de modificación de la codificación civil (la última fue a principios de la década de los años 70 con el Código Civil) y su modernización o mejor aún, su adecuación a la nueva realidad de relacionamiento social, es decir la aceptación de las normas jurídicas propias del Código Civil, pertenecientes a su aprobación, el 7 de agosto de 1975, no podía ser mantenida ante una realidad mundial y nacional que había cambiado sustancialmente. No sólo los grandes avances científicos, los desarrollos en cuanto a tecnología, etc., etc., etc., sino también la modificación de la economía boliviana que de capitalismo de Estado se modificó a capitalismo de libre mercado.

La globalización de la economía y la transformación de las formas jurídicas que permiten la producción, circulación y consumo de mercancías, o sea el derecho civil y el derecho comercial, se transformaron abismalmente en los países capitalistas avanzados, y siendo que Bolivia para “sobrevivir” debía “exportar o morir”, queda claro que la producción nacional debía estar dirigida a la exportación, al mercado mundial; y obviamente, la aplicación de contratos para estas operaciones y negocios jurídicos, fueron contratos novedosos sin el debido respaldo del Código Civil, quedando en claro que basta proclamar algunos Arts. del Código Civil, para hacerlos compatibles, tal como la invocación del clásico Art. 519 del Código Civil, que establece que el contrato es ley entre partes y por tanto de cumplimiento obligatorio para las partes.

La ciencia política ha asumido como evidente la necesidad de la existencia de condiciones obligatorias previas para cualquier cambio o revolución. Estas condiciones son: objetivas y subjetivas. **Las condiciones objetivas son:** las económicas que existen ya en la sociedad y que permiten y facilitan el cambio debido a que son premisas materiales para el cambio. **Las condiciones subjetivas:** están relacionadas con el desarrollo de la conciencia de clase o de distintas clases en cuanto a la posibilidad de su ascenso o acceso al poder político o estatal. Cuando estas condiciones (objetivas y subjetivas) tienen un grado de desarrollo similar y coinciden en el tiempo y el espacio, la posibilidad del cambio social en un país se hace una realidad.

En el caso boliviano, a partir de 1985, existieron todos los presupuestos o condiciones objetivas (económicas y sociales) y también las condiciones subjetivas (la burguesía como clase

asumiendo hegemónicamente el control Estatal, y sus vanguardias político-partidistas esclarecidas como conductoras del cambio y manifestadas en el Movimiento Nacionalista Revolucionario, la Acción Democrática Nacionalista, y el Movimiento de Izquierda Revolucionario). Pero es muy notable que estos aspectos de carácter privado, del derecho privado y del ámbito de lo privado empresarial, no fuera modificado, ni cambiado, ni siquiera tocado, como para no molestar a sus agentes o sujetos sociales o jurídicos, que modificaron todo el edificio del derecho objetivo nacional, cambiando cientos de disposiciones legales en todas las materias, pero sin avanzar sobre lo que más les interesaba y que podían haberlo modificado sin mayor resistencia, ya por el dominio y control hegemónico del Estado y de sus instituciones y de la ideología del momento, sin posibilidad de que nadie hubiera intentado evitarlo.

Hasta el día de hoy es un misterio para el análisis político o social, el hecho de que el Estado neoliberal no hubiera realizado ningún esfuerzo para modificar la legislación civil. En materia penal en la década de los años 90 se produjo la promulgación del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal, pero en materia civil se mantuvieron los mismos códigos denominados Banzer de los años 70, a lo sumo se dictó la Ley de Abreviación de Plazos Civil y Familiar, y alguna otra secundaria adicional y nada más.

Siendo además que las modificaciones en la legislación civil suelen tomarse como si fueran necesarias pero no perjudiciales a ninguna persona o más propiamente a ninguna de las partes, ello debido al criterio de hacer valer la ficción jurídica de la igualdad de los sujetos ante el derecho civil, basada en la autonomía de la libre voluntad, motivos y razones suficientes como querer hacer creer que en este nivel jurídico no interviene la lucha de clases, ni intervienen los intereses particulares de las clases, grupos de presión, etc., es decir de la estratigrafía social que se quiera o guste manifestar o defender. Aunque es evidente que todo cuanto ocurre en la sociedad afecta al resto de fenómenos o manifestaciones sociales, tales como el derecho. El derecho no está al margen de la sociedad, y tampoco lo está de todo cuanto sucede en la sociedad, el derecho se interrelaciona e interactúa en todos los niveles sociales.

Durante el largo periodo neoliberal que se vivió en Bolivia, fue muy fácil que se hubiera podido modificar la legislación civil. Estos cambios pudieron ser realizados fácilmente, pero no se hizo,

como entendiendo que el derecho no debía tener mayor valor que el de encontrarse en los Códigos y que incluso no serán necesarios en su revisión ni aplicación ya que las partes resolverían sus problemas al margen del derecho escrito en dichos Códigos, y también al margen de los procedimientos establecidos en esa codificación. Como si las reglas del mercado debieran valer lo mismo para el derecho, por lo que el libre mercado que se auto regula debía ser paradigma del derecho de que auto regule libremente los contratos entre partes, sin necesidad de pesados mecanismos jurisdiccionales o de normas jurídicas complejas que perjudiquen el libre mercado y el libre derecho, lo que en la terminología de la filosofía jurídica se denomina Derecho Post-moderno.

Para el efecto anterior, sí se avanzó en la aprobación de formas novedosas de resolución de conflictos en forma directa, los cuales ya se incorporaron en los contratos entre particulares y en las cláusulas correspondientes a esta resolución de conflictos. Poco después y para facilitar esta resolución, pero además garantizar la resolución de conflictos con empresas o intereses de sujetos transnacionales o internacionales, es que se promulgó la Ley de Arbitraje y Conciliación, Ley No. 1770 de 10 de marzo de 1997. Los estudios de desarrollo del derecho y en general de las ciencias sociales, plantean que al presente nos hallamos viviendo un tiempo y época correspondiente al “derecho postmoderno”. Nuevo sistema y forma de derecho diferente al anterior (moderno o racionalista al cual estuvimos acostumbrados durante los siglos XIX y XX).

Parte de esta discusión y esclarecimiento teórico se aplica a los aspectos señalados en estas líneas. Como hubiera sido y por los motivos que se lo hubiera hecho, al final el resultado es que no produjo una modificación en el ámbito del derecho privado, ni siquiera se realizó el esfuerzo de modificar la Constitución Política del Estado haciéndola privatista y facilitadora de las necesidades e intereses de la burguesía.

Las modificaciones o propiamente reformas constitucionales de 1995 de 2004, que se realizaron en la época de mayor apogeo y dominación de las tendencias neoliberales, no tuvieron la capacidad y visibilidad ideológica de clase como para comprender la inmensa posibilidad que se le presentaba, no sólo de constitucionalizar sus intereses históricos y estratégicos de clase, sino además de avanzar realmente en la modernización del país, aun a pesar de su ideario y de sus

necesidades e intenciones de reproducir el capital, aun así que hubieran fortalecido intereses subalternos propios de la mezquindad, pudieron haber avanzado. Lo propio en materia jurídica, debieron haber generado toda una legislación coherente y ordenada, cambiando la legislación entera. Pero no lo hicieron dejaron gran cantidad de la legislación objetiva sin haberla cambiado, principalmente la que corresponde a sus intereses inmediatos, a lo que en primer lugar debió llamarles la atención. Nos referimos al: Código Civil, Código de Procedimiento Civil y Código de Comercio. Baste pensar que en materia civil, personas, ni siquiera se hizo el intento de cambiar la Ley de 23 de Noviembre de 1898, entiéndase que se trata de más de 100 años.

Pero lo que debemos intentar comprender es el motivo que tuvieron para no haber producido toda esa legislación moderna y acorde a la realidad social del país. En todo caso parece que no hubo la suficiente capacidad teórica como para elaborar esa nueva legislación propia del derecho privado. Pero tal vez es más importante entender que en aquel momento se pensaba que el neoliberalismo perduraría en el tiempo decenas de años, por lo tanto lo que había que hacer era involucrarse totalmente con los mercados internacionales, lo cual implicaba que sería necesario utilizar la doctrina y la legislación comparada y no la que corresponde a la legislación internacional propia de instituciones como: el Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, Organización Internacional del Comercio, etc. Esa sería la razón que explica el motivo por el cual no se avanzó en la nueva legislación. Se tiene conocimiento de que el Ministerio de Justicia contrató consultores para elaborar esa codificación, el proyecto fue entregado, pero nunca se intentó su remisión al Congreso Nacional. Por otra parte también es evidente que las profundas transformaciones que se produjeron en el mundo desde la década del 90, con el desarrollo incesante de la tecnología, hizo que fuera difícil hacer el seguimiento jurídico en cuanto a la elaboración normativa. Lo cierto es que no se produjeron las modificaciones, y eso ocasionó que en varios casos, como lo es el contrato de obra, se produjera un estancamiento jurídico que no puede ser superado normativamente y que por tanto es un lastre o por los menos un anacronismo en tiempos actuales.

Las reformas constitucionales de los tiempos neoliberales, no penetraron en estos aspectos y se contentaron con crear instituciones super estructurales como el Tribunal Constitucional o el Consejo de la Judicatura, sin otorgarles facultades de interpretación que puedan ampararse en

una Constitución neoliberal, sino que incluso estas instituciones quedan reatadas a las formas constitucionales anteriores propias de una realidad diferente como fue la del capitalismo de Estado. Las reformas constitucionales del neoliberalismo en ningún caso implicaron que se profundice el carácter privado de la misma, tal como lo propugna el constitucionalismo liberal o nominal. Simplemente se ignoró el tema del derecho privado (civil y mercantil, incluso de derecho internacional privado).

Pero como es bien conocido, la existencia de la norma jurídica escrita, genera derechos y obligaciones, por muy anacrónica que fuera la norma jurídica. Y tratándose de sujetos privados que se encuentran realizando negocios, donde existe patrimonio económico de por medio, nos encontraremos frente a intereses que en su contraposición implican conflicto jurídico, el cual cuando no es posible que se resuelva amigablemente, de cualquier otra manera deberá llegar al Órgano Judicial, a la vía jurisdiccional, donde las autoridades judicial resolverán el caso conforme a lo dispuesto en los viejos códigos sustantivos y adjetivos. Razón por la cual sostenemos que en última instancia, los conflictos jurídicos se resolverán en los tribunales de justicia, y es allí donde se siente la falencia de esta legislación en cuanto a los derechos de las partes.

Por otra parte, siendo que están en juego intereses económicos, tenemos que tener en cuenta que aquellos sujetos jurídicos, para nuestro caso aquellos empresarios que contratan a otras empresas para la ejecución de construcciones de inmuebles, y que por tanto se basan en los contratos de obra, tienden a garantizarse ventajas jurídicas en el contrato respectivo, ventajas que las obtienen mediante la legislación civil respecto a este tipo de contratación. En todo caso aplicando una legislación como la establecida en los Arts. 732 y sgtes. del Código Civil, los comitentes tienen todas las opciones como para poder elaborar contratos que les generen mayor control del contrato, sin que tal contrato exprese los intereses justos o equitativos, tal vez equilibrados de las partes. Ya que en los hechos la empresa principal contratante, el comitente, está actuando como si fuera el Estado, ya que este capítulo del contrato de obra en el Código Civil fue elaborado en esa idea y concepción, de manera tal que este comitente se rodea de garantías y privilegios en el contrato de obra, que son perjudiciales y contraproducentes para el contratista o la empresa subcontratada.

Ahora bien, este punto ha sido debidamente demostrado, sin embargo su solución excede el trabajo de esta tesis, de manera tal que deberemos circunscribirnos a nuestro tema. Lo contrario sería intentar resolver un problema que si bien lo hemos detectado, analizado y conocido en sus más importantes determinaciones, en cambio en los hechos es un tema propio del derecho civil, cuya solución debe encontrarse por esa vía, siendo obvio que lo fundamental es la modificación o de todo el Código Civil, o solamente de los Arts. 732 y sgtes., que son los referidos al estudio planteado. Seguramente su resolución, hoy en día es mucho más compleja, toda vez que nuestro país se encuentra en una situación de cambio que sacude todas sus estructuras, y que amerita un nuevo y diferente estudio, ya que de por medio ahora y por mandato constitucional se encuentra en el centro de toda óptica política o jurídica, el tema del Estado social comunitario y plurinacional, sin dejar de lado el tema de lo autonómico. Pero en materia de economía estamos hablando de una economía plural, compleja, básicamente compuesta de economía estatal o capitalismo de Estado, de economía privada o capitalista de libre mercado, y de economía comunitaria entendida como la de pequeñas unidades productivas correspondientes a formas tradicionales de producción o novedosas como parte de la economía informal. El contrato de obra, en este caso deberá atender a todos estos actores económicos y sociales, reconocidos y visibilizados por la Constitución Política del Estado. Pero ese no es nuestro tema, y reiteramos correspondería a una tesis de carácter civil, que presente una propuesta alternativa de legislación que resuelva el problema.

En nuestro caso, nos interesa establecer que a partir de la legislación civil existente para el caso del contrato de obra, ello implica en la realidad que cuando se produce la contratación, el contratista o subcontratista, es decir las empresas constructoras que prestan el servicio de construcción del inmueble o de la edificación, de que dichas empresas quedan en situación subalterna respecto al comitente o empresa principal que realiza la contratación. En tal sentido, las empresas contratistas o subcontratistas, para poder ser competitivas en el mercado entre sí, deben competir por abaratar sus costos de producción, para así lograr ser contratadas. Esa posición de ventaja de la empresa principal implica que el contrato se realizará bajo sus supuestos económicos, los cuales pueden ser alcanzados por los contratistas/subcontratistas mediante la disminución de sus costos productivos, lo cual se logra, disminuyendo los derechos laborales de los trabajadores, pagando salarios mínimos, sin ninguna estructura salarial correspondientes al bono de antigüedad, a las horas extras, recargo nocturno, dominicales,

feriados, aguinaldo, prima, etc. La manera de evitar estas cargas sociales y obligaciones laborales se produce mediante la aplicación de contratos de obra a los trabajadores. Es decir mediante la suscripción de contratos civiles, que los trabajadores que se encuentran bajo estricta relación obrero-patronal, firman por necesidad sin reclamar la terrible explotación a la cual están expuestos. De tal manera que en tanto se produzca esta situación los trabajadores continuarán siendo explotados por los empresarios, en un sistema que se reproduce cotidianamente sin que nadie haga nada. Por lo que los empresarios de la construcción que se encuentran afiliados a sus propias instituciones gremiales, las que están amparadas por la propia Constitución Política del Estado (Art. 52), pueden imponer un nuevo contrato tipo, mismo que les pueda servir para poder defenderse gremial y profesionalmente frente a los empresarios principales contratantes o comitentes. Por tal motivo se hace muy importante y esencial avanzar en este tipo de contrato modelo que facilite la relación de contratación entre las partes contratantes, de tal manera que realmente exista igualdad jurídica de las partes ante la ley, que en este caso es el contrato, elevado a aquella otra jerarquía por imperio del Art. 519 del Código Civil.

Asimismo, esta situación permitiría incorporar en los contratos de obra, las cláusulas y párrafos necesarios que constituyan los niveles de seguridad para los trabajadores. Tratándose de un modelo de contrato tipo, y si fuera el caso de su utilización generalizada, ello permitiría evitar la explotación inhumana sobre los trabajadores. En todo caso la legislación boliviana ahora permite esa situación. Como se ha visto, tanto la Constitución Política del Estado, como los D.S.s. 28699, 0107 y 0108, permiten que este contrato tipo pueda ser elaborado y que en él se incluyan las cláusulas obligatorias que además conforme a lo dispuesto por el Art. 466 del Código Civil, vale decir el que señala: “(Inclusión automática de cláusulas) Se consideran incluidas en todo contrato, las cláusulas impuestas por ley”.

12.2. RESPECTO A LOS CONTRATOS DE OBRA CON LOS TRABAJADORES.

No nos cansaremos de señalar que en el tipo de sociedad actual, los trabajadores son los más afectados en sus derechos y por tanto quienes deberían recibir mayor apoyo estatal. Si la

sociedad actual está diseñada para explotar a los trabajadores, no queda mayor alternativa que intentar aplicar el derecho del trabajo. Derecho del trabajo que nace y se proyecta basado en lo que se denomina como la “cuestión social”. La cuestión social implica que en la realidad social el empleador tiene mucho más poder económico, social, político y militar-policial. Por tanto el derecho del trabajo, para nivelar el equilibrio entre ambos, de manera formal, es decir ante ley los equipara e iguala, pero sólo ante la ley, porque en la realidad, la desigualdad subsiste. Modificar la realidad, implica hablar de revolución, etc., tema que no es motivo del presente trabajo, siendo más bien un tema de carácter político que excede el trabajo que realizamos. Siendo entonces que el derecho laboral quiere igualar a las partes, a los sujetos de la relación laboral, de la relación obrero-patronal, entonces necesariamente, la única forma de hacerlo es quitándole o disminuyéndole derechos a los empleadores, y dándoselos o aumentándoselos, dichos derechos, a los trabajadores. De tal manera que el derecho del trabajo es un derecho injusto, porque necesariamente implica una diferencia de derechos entre el empleador que los tiene pocos y el trabajador que los posee muchos. Si esto cambiara, si el derecho del trabajo concediera derechos iguales a los sujetos de la relación laboral, derechos iguales como proclama el derecho civil para sus sujetos jurídicos, entonces nuestro derecho laboral dejaría de ser derecho laboral para convertirse en derecho civil, es decir volvería al pasado, a incorporarse como un capítulo adicional a que corresponde a los contratos civiles; esto no es posible.

Actualmente y para entender este tipo de temas, el problema se ha simplificado, puesto que hasta hace algunos meses atrás, para fundamentar temas como los que estamos elaborando, debíamos ampararnos en la doctrina del derecho del trabajo, también debíamos hacerlo en los usos y costumbres, en los principios laborales, y alguna jurisprudencia que casualmente podía ser encontrada para ser utilizada como material jurídico sobre el cual fundamentar. Eso como decíamos ya no es necesario, aunque siempre servirá como antecedente, etc.; y no es necesario porque ahora la propia Constitución Política del Estado, establece con mucha claridad la manera de entender y resolver el asunto de la cuestión social, ante la ley y de manera formal, pero también establece la manera de hacerlo. Esta modalidad está en consonancia con todo el edificio del derecho del trabajo, por lo que al no haber mayor diferencia entre uno y otro, permite avanzar bajo este paraguas constitucional que se constituye en fundamental del derecho secundario, dentro del cual también se encuentran los contratos, como base de la pirámide jurídica kelseniana.

Por tanto, al amparo de lo dispuesto por la Constitución Política del Estado y de los D.S. 28699, 0107 y 0108, existe la normativa legal que implique que en los contratos de obra suscritos entre empresarios (comitente y contratista, o empresario principal que contrata la obra y empresario constructor que realizará la obra), entre particulares o privados, sea posible incorporar cláusulas de defensa de los trabajadores. Habiendo prohibición expresa de continuar con la realización de contratos civiles y comerciales, siendo que el tema de la flexibilización laboral está siendo combatido, lo más obvio es que los empresarios cumplan con su deber jurídico e introduzcan en sus contratos aquellas cláusulas que les obliga a cumplir con sus obligaciones laborales.

Pero también es necesario que cesen en cuanto a la suscripción de contratos de obra con sus trabajadores, ya que el contrato de obra como se demostró a lo largo de la tesis es un contrato relativo a dos sujetos empresarios que contratan como empresarios para la realización de una construcción. Esa no es la figura que acontece en la relación entre el empresario empleador y su trabajador, por lo tanto la legislación laboral última es la que debe ser aplicada sin mayor excusa, y debe finalizar la contratación por vía de flexibilización laboral.

Si bien las normas jurídicas laborales analizadas, prohíben que se produzca la contratación que implique flexibilización contra los trabajadores, en cambio no se ha establecido el mecanismo por el cual se evite esa situación. En realidad el D.S. 0107, es el que con más claridad define la situación e incorpora un mecanismo. Este mecanismo es el de imponer obligación de que en caso de que los empleadores pacten contratos entre sí para la realización de prestaciones y contraprestaciones, dichos contratos deben incorporar cláusulas que acrediten el compromiso, seguramente mutuo, de que se está cumpliendo con la legislación laboral respecto a los trabajadores que unilateralmente tengan unos y otros. Pero en la realidad lo que está sucediendo es que las empresas, cuando lo hacen, es decir cuando incorporan ésta cláusula, lo hacen simplemente en forma de una proclama y no de su cumplimiento.

Por este motivo es que es necesario que en el contrato se establezca el rubro correspondiente a precios unitarios, y presentación de listas de trabajadores y de estructura salarial, y de todos aquellos elementos que permitan comprender el precio real de producción de las empresas, que demuestren u acrediten que están cumpliendo con su obligación. En todo caso no bastaría esa

transparentación de información, puesto que los empresarios contratistas podrían cobrar luego el precio de la obra y no cancelarlo a sus trabajadores. Por tanto debería existir la obligación de transparentar la documentación e información sobre la cancelación de los derechos de los trabajadores. Esto podría hacerse mediante un control social y participación como lo establece la Constitución Política del Estado, en este caso mediante los sindicatos de los trabajadores. Pero también podría cruzarse esta información con los seguros de salud (Caja Nacional de Salud, Caja Petrolera de Salud, etc.) , y seguramente también mediante el seguro a largo plazo, en el presente las Administradoras de Fondos de Pensiones, Impuestos Internos por vía de los formularios del Régimen Complementario al Impuesto al Valor Agregado (RC-IVA). Pero la obligación mayor debería recaer en el Ministerio del Trabajo que pueda controlar y verificar que se está cumpliendo con esta situación, si el Ministerio del Trabajo tiene la capacidad de manejar y controlar toda esta información y por tanto de poder sancionar rápida y eficazmente en caso de incumplimiento, nos encontraríamos en situación de poder evitar la explotación de los trabajadores. Debiera en consecuencia, el Ministerio del Trabajo dictar la normativa reglamentaria a los decretos señalados para el control y cumplimiento de las tantas veces mencionadas normas jurídicas laborales.

CAPÍTULO 13.

ESTADÍSTICAS

13.1. ANÁLISIS ESTADÍSTICOS DE PRECIOS DE MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN Y SALARIOS DE TRABAJADORES.

ÍNDICE DE PRECIOS DE MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN. (PERIODO 2005-2008)

TABLA 1: ÍNDICE DE PRECIOS DE MATERIALES QUE MAS SE USAN EN LA CONSTRUCCIÓN (FUENTE INE)

DESCRIPCIÓN	UNIDAD MEDIDA	DIC. 2005	DIC. 2006	DIC. 2007	DIC. 2008
Arena Corriente	Metro 3	41,38	39,25	70	65
Azulejo Decorado para Pared	Metro 2	31,5	31	37	40,5
Cable Eléctrico Bipolar # 12	Metro	2,8	2,95	3,5	2,75
Cemento Gris	Bolsa	47,63	46,88	46	49,5
Clavos de 2 1/2"	Kilo	9,25	9,63	11,25	20,25
Conducto PVC de 5/8" para instalación eléctrica	Metro	2,25	2,13	2,2	6,38
Estuco (Yeso)	Kilo	0,29	0,3	0,39	0,42
Fierro Corrugado de 1/2"	Barra	63,25	67	81	127,5
Grava Común	Metro 3	59,38	67	93,75	87,5

Juego de Baño de 2 piezas de color	Juego	497,5	517,5	570	652,5
Ladrillo de 6 huecos	Mil	600	710	845	1175
Madera de Construcción Ocho	Pie 2	2,63	2,83	3,53	4,35
Mosaico Corriente	Metro 2	46,67	45,33	24,75	40,25
Piedra Bruta	Metro 3	40,75	45	60,63	75
Pintura Látex de segunda	Galón de 3.5 Lt.	70,75	72,5	76	82,5
Piso de Cerámica Esmaltada de alto tráfico	Metro 2	33,75	31	37,25	40,75
Plasto formo	Unidad	27,83	26,38	30	33
Teja Colonial normal	Mil	1479,75	1397,5	3000	3225
Tubería de Fierro Galvanizado de 1/2"	6 Metros	67	78,25	95,5	166,5
Tubo de PVC de 4" para instalación sanitaria	Metro	15,31	15,75	15,75	75,5
Vidrio Plano incoloro (doble)	Metro 2	41,25	41,45	41	51
Vidrio Plano incoloro (triple)	Metro 2	78,75	77,25	80,25	74,75

CÁLCULO DE PORCENTAJE DE DIFERENCIA POR AÑOS EN LOS PRECIOS DE MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN (2005-2008).

DESCRIPCIÓN	UNIDAD MEDIDA	2006	2007	2008
Arena Corriente	Metro 3	7,18	101,52	4,92
Azulejo Decorado para Pared	Metro 2	11,20	34,87	23,68
Cable Eléctrico Bipolar # 12	Metro	19,05	34,06	-11,21
Cemento Gris	Bolsa	11,22	10,87	21,59
Clavos de 2 1/2"	Kilo	17,64	32,00	103,4
Conducto PVC de 5/8" para instalación eléctrica	Metro	6,97	16,71	227,7
Estuco (Yeso)	Kilo	16,89	46,9	21,69
Fierro Corrugado de 1/2"	Barra	19,69	36,61	77,87
Grava Común	Metro 3	27,50	58,11	5,46
Juego de Baño de 2 piezas de color	Juego	17,54	24,46	29,35

Ladrillo de 6 huecos	Mil	33,71	34,48	57,13
Madera de Construcción Ocho	Pie 2	21,59	40,95	39,24
Mosaico Corriente	Metro 2	9,75	-38,30	83,76
Piedra Bruta	Metro 3	24,78	52,24	39,78
Pintura Látex de segunda (1)	Galón de 3.5 Lt.	15,79	18,45	22,66
Piso de Cerámica Esmaltada de alto tráfico	Metro 2	3,79	35,78	23,61
Plastoformo	Unidad	7,11	28,50	24,3
Teja Colonial normal	Mil	6,71	142,57	21,47
Tubería de Fierro Galvanizado de 1/2"	6 Metros	31,97	37,91	97,01
Tubo de PVC de 4" para instalación sanitaria	Metro	16,24	13	441,68
Vidrio Plano incoloro (doble)	Metro 2	13,54	11,77	40,56
Vidrio Plano incoloro (triple)	Metro 2	10,84	17,38	5,25

SUMA DE PORCENTAJES Y PROMEDIO DE AUMENTO DE PRECIOS EN TRES AÑOS.

DESCRIPCIÓN	SUMA DE PORCENTAJES	PROMEDIO DE PRECIOS EN 3 AÑOS
Arena Corriente	113,64	37,88
Azulejo Decorado para Pared	69,76	23,25
Cable Eléctrico Bipolar # 12	41,90	13,96
Cemento Gris	43,69	14,56
Clavos de 2 1/2"	153,05	51,01
Conducto PVC de 5/8" para instalación eléctrica	251,38	83,79
Estuco (Yeso)	85,48	28,49
Fierro Corrugado de 1/2"	134,18	44,72
Grava Común	91,08	30,36

Juego de Baño de 2 piezas de color	71,36	23,78
Ladrillo de 6 huecos	125,33	41,77
Madera de Construcción Ocho	101,79	33,93
Mosaico Corriente	55,22	18,40
Piedra Bruta	116,81	38,93
Pintura Látex de segunda (1)	56,91	18,97
Piso de Cerámica Esmaltada de alto tráfico	63,19	21,06
Plastoformo	59,91	19,97
Teja Colonial normal	170,77	56,92
Tubería de Fierro Galvanizado de 1/2"	166,89	55,63
Tubo de PVC de 4" para instalación sanitaria	470,93	156,97
Vidrio Plano incoloro (doble)	65,88	21,96
Vidrio Plano incoloro (triple)	33,49	11,163

RESULTADOS FINALES DE INCREMENTO DE PRECIOS

PROMEDIO DE INCREMENTO PRECIOS EN PORCENTAJE	38,52%
MONTO EQUIVALENTE DE INCREMENTO EN LOS PRECIOS	Bs. 1255,62

CÁLCULO DE PORCENTAJE DE DIFERENCIA DE INCREMENTO DE PRECIOS EN LOS MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN (2006-2008)

DESCRIPCIÓN	UNIDAD MEDIDA	DIC. 2006	DIC. 2007	DIC. 2008
Arena Corriente	Metro 3	7,18	101,53	4,93
Azulejo Decorado para Pared	Metro 2	11,21	34,87	23,69
Cable Eléctrico Bipolar # 12	Metro	19,05	34,07	-11,21
Cemento Gris	Bolsa	11,22	10,88	21,60
Clavos de 2 1/2"	Kilo	17,64	32,01	103,40
Conducto PVC de 5/8" para instalación eléctrica	Metro	6,97	16,71	227,70
Estuco (Yeso)	Kilo	16,90	46,90	21,69
Fierro Corrugado de 1/2"	Barra	19,70	36,61	77,87
Grava Común	Metro 3	27,50	58,12	5,47
Juego de Baño de 2 piezas de color	Juego	17,54	24,46	29,36
Ladrillo de 6 huecos	Mil	33,72	34,49	57,13
Madera de Construcción Ocho	Pie 2	21,59	40,95	39,25
Mosaico Corriente	Metro 2	9,76	-38,30	83,77
Piedra Bruta	Metro 3	24,79	52,25	39,78
Pintura Látex de segunda (1)	Galón de 3.5 Lt.	15,80	18,46	22,66
Piso de Cerámica Esmaltada de alto tráfico	Metro 2	3,79	35,78	23,62
Plastoformo	Unidad	7,11	28,51	24,30
Teja Colonial normal	Mil	6,72	142,58	21,48
Tubería de Fierro Galvanizado de 1/2"	6 Metros	31,97	37,91	97,01
Tubo de PVC de 4" para instalación sanitaria	Metro	16,25	13,00	441,68
Vidrio Plano incoloro (doble)	Metro 2	13,55	11,77	40,56
Vidrio Plano incoloro (triple)	Metro 2	10,85	17,39	5,26

**SUMA DE PORCENTAJES Y PROMEDIO DE INCREMENTO
DE PRECIOS EN DOS AÑOS**

DESCRIPCIÓN	SUMA DE PORCENTAJES	PROMEDIO DE PRECIOS EN 2 AÑOS
Arena Corriente	71,20	35,60
Azulejo Decorado para Pared	28,81	14,41
Cable Eléctrico Bipolar # 12	-2,78	-1,39
Cemento Gris	5,73	2,87
Clavos de 2 1/2"	96,82	48,41
Conducto PVC de 5/8" para instalación eléctrica	193,29	96,64
Estuco (Yeso)	37,69	18,85
Fierro Corrugado de 1/2"	78,30	39,15
Grava Común	33,26	16,63
Juego de Baño de 2 piezas de color	24,62	12,31
Ladrillo de 6 huecos	58,07	29,03
Madera de Construcción Ochoó	47,96	23,98
Mosaico Corriente	17,23	8,61
Piedra Bruta	58,43	29,22
Pintura Látex de segunda (1)	13,38	6,69
Piso de Cerámica Esmaltada de alto tráfico	29,56	14,78
Plastoformo	23,72	11,86
Teja Colonial normal	122,17	61,08
Tubería de Fierro Galvanizado de 1/2"	96,39	48,20
Tubo de PVC de 4" para instalación sanitaria	379,37	189,68
Vidrio Plano incoloro (doble)	23,30	11,65
Vidrio Plano incoloro (triple)	-2,97	-1,49

RESULTADOS FINALES DE INCREMENTO DE PRECIOS

PROMEDIO DE INCREMENTO SALARIAL EN PORCENTAJE	32,58%
MONTO EQUIVALENTE DE INCREMENTO DE PRECIOS DE MATERIALES	Bs. 1083,89

CÁLCULO DE DIFERENCIA DE PORCENTAJE POR UN AÑO EN LOS PRECIOS DE CONSTRUCCIÓN (2007-2008)

DESCRIPCIÓN	UNIDAD MEDIDA	2008
Arena Corriente	Metro 3	-7,14
Azulejo Decorado para Pared	Metro 2	9,46
Cable Eléctrico Bipolar # 12	Metro	-21,43
Cemento Gris	Bolsa	7,61
Clavos de 2 1/2"	Kilo	80,00
Conducto PVC de 5/8" para instalación eléctrica	Metro	190,00
Estuco (Yeso)	Kilo	7,69
Fierro Corrugado de 1/2"	Barra	57,41
Grava Común	Metro 3	-6,67
Juego de Baño de 2 piezas de color	Juego	14,47
Ladrillo de 6 huecos	Mil	39,05
Madera de Construcción Ocho	Pie 2	23,23
Mosaico Corriente	Metro 2	62,63
Piedra Bruta	Metro 3	23,70
Pintura Látex de segunda (1)	Galón de 3.5 Lt.	8,55

Piso de Cerámica Esmaltada de alto tráfico	Metro 2	9,40
Plastoformo	Unidad	10,00
Teja Colonial normal	Mil	7,50
Tubería de Fierro Galvanizado de 1/2"	6 Metros	74,35
Tubo de PVC de 4" para instalación sanitaria	Metro	379,37
Vidrio Plano incoloro (doble)	Metro 2	24,39
Vidrio Plano incoloro (triple)	Metro 2	-6,85

**RESULTADOS FINALES DE PORCENTAJE POR UN AÑO EN
LOS PRECIOS DE CONSTRUCCIÓN (2007-2008)**

PROMEDIO DE INCREMENTO PRECIOS EN PORCENTAJE	44,85%
MONTO EQUIVALENTE DE INCREMENTO DE PRECIOS	Bs. 2343,30

PORCENTAJE INCREMENTO DE SALARIOS	2005-2008	2006-2008	2007-2008	RESULTADO FINAL	PROMEDIO TOTAL
	38,52%	32,58%	44,85%	115,95%	38,65%
MONTO EQUIVALENTE DE INCREMENTO SALARIAL	Bs. 1255,62	Bs. 1083,89	Bs. 2343,30	Bs 4682,81	Bs 1560,93

13.2. ANÁLISIS ESTADÍSTICOS DE SALARIOS DE LOS TRABAJADORES DE LA CONSTRUCCIÓN.

ÍNDICE DE SALARIOS DE LOS TRABAJADORES DE LA CONSTRUCCIÓN. (PERIODO 2005-2008)

DESCRIPCIÓN	UNIDAD MEDIDA	2005	2006	2007	2008
Albañil	Jornal	41,25	50,75	83	92,14
Ayudante Albañil	Jornal	28,25	34	45	51,25
Ayudante Electricista	Jornal	23,25	29	45	51,88
Armador	Jornal	41,25	50	91	97,14
Carpintero	Jornal	45	52,5	93,75	90,83
Electricista	Jornal	38,75	32	95	86,25
Encofrador	Jornal	26,25	47,5	91	97,14
Peón	Jornal	42,5	52,5	39	45,63
Pintor	Jornal	43,75	52	71	82,14
Plomero	Jornal	42,5	50,75	85	85,83

TABLA 1: ÍNDICE DE SALARIOS DE LOS TRABAJADORES. FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE)

PROMEDIO DE SALARIOS MENSUAL

DESCRIPCIÓN	UNIDAD MEDIDA	2005	2006	2007	2008
Albañil	Mensual	1072,5	1319,5	2158	2395,64
Ayudante Albañil	Mensual	734,5	884	1170	1332,5
Ayudante Electricista	Mensual	604,5	754	1170	1348,88
Armador	Mensual	1072,5	1300	2366	2525,64
Carpintero	Mensual	1170	1365	2437,5	2361,58
Electricista	Mensual	1007,5	832	2470	2242,5
Encofrador	Mensual	682,5	1235	2366	2525,64
Peón	Mensual	1105	1365	1014	1186,38
Pintor	Mensual	1137,5	1352	1846	2135,64
Plomero	Mensual	1105	1319,5	2210	2231,58

CÁLCULO DE PORCENTAJE DE DIFERENCIA POR AÑOS EN LOS SALARIOS (2006-2008)

DESCRIPCIÓN	UNIDAD MEDIDA	2006	2007	2008
Albañil	Mensual	23,030303	63,546798	11,0120482
Ayudante Albañil	Mensual	20,3539823	32,3529412	13,8888889
Ayudante Electricista	Mensual	24,7311828	55,1724138	15,2888889
Armador	Mensual	21,2121212	82	6,74725275
Carpintero	Mensual	16,6666667	78,5714286	-3,11466667
Electricista	Mensual	-17,4193548	196,875	-9,21052632
Encofrador	Mensual	80,952381	91,5789474	6,74725275
Peón	Mensual	23,5294118	-25,7142857	17
Pintor	Mensual	18,8571429	36,5384615	15,6901408
Plomero	Mensual	19,4117647	67,4876847	0,97647059

**SUMA DE PORCENTAJES Y PROMEDIO DE
SALARIO EN TRES AÑOS**

DESCRIPCIÓN	SUMA DE PORCENTAJES	PROMEDIO DE SALARIOS EN 3 AÑOS
Albañil	97,5891493	32,5297164
Ayudante Albañil	66,5958124	22,1986041
Ayudante Electricista	95,1924855	31,7308285
Armador	109,959374	36,6531247
Carpintero	92,1234286	30,7078095
Electricista	170,245119	56,7483729
Encofrador	179,278581	59,759527
Peón	14,8151261	4,93837535
Pintor	71,0857452	23,6952484
Plomero	87,87592	29,2919733

RESULTADOS FINALES DE INCREMENTO DE SALARIOS

PROMEDIO DE INCREMENTO SALARIAL EN PORCENTAJE	32,8%
MONTO EQUIVALENTE DE INCREMENTO SALARIAL	Bs. 560

**CÁLCULO DE PORCENTAJE DE DIFERENCIA POR AÑOS
EN LOS SALARIOS (2007-2008)**

DESCRIPCIÓN	Unidad Medida	2007	2008
Albañil	Mensual	63,546798	11,0120482
Ayudante Albañil	Mensual	32,3529412	13,8888889
Ayudante Electricista	Mensual	55,1724138	15,2888889
Armador	Mensual	82	6,74725275
Carpintero	Mensual	78,5714286	-3,11466667
Electricista	Mensual	196,875	-9,21052632
Encofrador	Mensual	91,5789474	6,74725275
Peón	Mensual	-25,7142857	17
Pintor	Mensual	36,5384615	15,6901408
Plomero	Mensual	67,4876847	0,97647059

SUMA DE PORCENTAJES Y PROMEDIO DE SALARIO EN DOS AÑOS

DESCRIPCIÓN	SUMA DE PORCENTAJES	PROMEDIO DE SALARIOS EN 2 AÑOS
Albañil	74,5588462	37,2794231
Ayudante Albañil	43,3649894	21,6824947
Ayudante Electricista	66,184462	33,092231
Armador	93,0120482	46,5060241
Carpintero	89,5834768	44,7917384
Electricista	207,887048	103,943524
Encofrador	102,590996	51,2954978
Peón	-14,7022375	-7,35111876
Pintor	47,5505097	23,7752549
Plomero	78,4997329	39,2498665

RESULTADOS FINALES DE INCREMENTO DE SALARIOS

PROMEDIO DE INCREMENTO SALARIAL EN PORCENTAJE	39,4%
MONTO EQUIVALENTE DE INCREMENTO SALARIAL	Bs. 780

CÁLCULO DE PORCENTAJE DE DIFERENCIA POR AÑOS EN LOS SALARIOS (2008)

DESCRIPCIÓN	UNIDAD MEDIDA	2008
Albañil	Mensual	11,0120482
Ayudante Albañil	Mensual	13,8888889
Ayudante Electricista	Mensual	15,2888889
Armador	Mensual	6,74725275
Carpintero	Mensual	-3,11466667
Electricista	Mensual	-9,21052632
Encofrador	Mensual	6,74725275
Peón	Mensual	17
Pintor	Mensual	15,6901408
Plomero	Mensual	0,97647059

PROMEDIO DE INCREMENTO SALARIAL	11%
--	------------

EN PORCENTAJE	
MONTO EQUIVALENTE DE INCREMENTO SALARIAL	Bs. 223

PORCENTAJE INCREMENTO DE SALARIOS	2006-2008	2007-2008	2008	RESULTADO FINAL	PROMEDIO TOTAL
	32,8	39,4%	11%	83%	27.7
MONTO EQUIVALENTE DE INCREMENTO SALARIAL	Bs. 560	Bs. 780	Bs. 223	Bs 1563	Bs 521

CAPÍTULO 14.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

14.1. CONCLUSIONES.

Concluimos el presente trabajo final de tesis de grado señalando los siguientes aspectos fundamentales:

Producto de la realidad eco-social y de la legislación propia del Estado del '52, formación social de características globales, ya que su base teórica económica fue el keynesianismo, no se desarrolló en Bolivia un espacio de relación contractual privado en lo relativo al contrato de obra tipificado por el Código Civil; precisamente por la hegemonía y protagonismo del Estado como centro de toda actividad económica y jurídica, en aquel periodo de capitalismo de Estado.

Como resultado de la modificación del patrón de acumulación de capital en la formación social boliviana, a partir de que se dictó el D.S. 21060 y la consiguiente desaparición o redimensionamiento del Estado como sujeto central en la economía, se produce el efecto del relacionamiento masivo del sector privado, es decir que se modifica la anterior imbricación (tramado, urdimbre, etc.) de relación necesaria entre el Estado y los empresarios privados, por otro tipo de tejido económico y social, que interrelaciona a los propios empresarios privados entre sí. Pero a pesar de esta situación, el efecto deseado y esperado no aconteció en su plenitud y por el contrario nos encontraremos en una falta evidente de capacidad de auto relacionamiento entre empresarios privados. Esta situación se produjo por la debilidad histórica de la burguesía

nacional, pero además porque faltaron los suficientes elementos jurídicos que facilitaran la epifanía (aparición o manifestación en el sentido de Foucault) de un mercado capitalista interno que permita el desarrollo sostenido en materia económica y que implique la hegemonía ideológica (como lo demanda Gramsci).

Uno de esos efectos es el tema que estudiamos, el contrato de obra, mismo que se mantuvo invariable en la legislación civil boliviana (Código Civil de los años 70 del siglo anterior); debiéndose tener en cuenta que el derecho privado (civil, comercial e internacional privado), tiene como función social el facilitar y permitir la circulación de mercancías, siendo que si la legislación se mantiene anacrónica, entonces esa circulación no se produce de la manera idónea, debiendo superar obstáculos para su realización en el mercado; superación de obstáculos que implica desconocer la norma jurídica, transgredirla, o aplicarla en favor de una sola de las partes con el consiguiente perjuicio para la otra; aspecto que no debiera suceder en materia civil, en la cual se presume o se parte del principio de que las partes son iguales entre sí y ante la ley.

La construcción es uno de los pilares del desarrollo y progreso de Bolivia, a pesar de lo cual se mantienen anacrónicos ordenamientos legales contractuales en el sector que no benefician a los interesados y por el contrario les causan serios problemas jurídico-económicos.

La realidad actual y la necesidad de normar las relaciones entre particulares en el sector de la construcción, hace que deba regularse el contrato de obra entre particulares a objeto de garantizar mayor seguridad jurídica a las partes, así como equidad y justicia en sus relaciones.

Es necesario aceptar que en materia civil y a pesar de las restricciones existentes, la libertad de la voluntad es la base de toda relación jurídica, por lo que ese deberá ser el objetivo a alcanzar a tiempo de que las partes se pongan de acuerdo entre sí respecto a la prestación de la construcción de obra.

Asimismo, es necesario remarcar que el estudio sobre el tema no está totalmente agotado por lo que a futuro y por los interesados deberá ser continuado, para llegar mediante la metodología

adecuada a la concordancia entre fenómeno jurídico y norma positiva, de la cual emane con todo fundamento el contrato de obra de construcción entre particulares.

De este estudio surgió el tema concomitante relativo a la flexibilización laboral que se produce respecto a los trabajadores, quienes padecen por lo menos de dos maneras los efectos de los denominados contratos de obra. La primera de estas formas tiene relación con la disminución de sus derechos sociales en virtud a que las empresas constructoras para ser competitivas en el mercado, flexibilizan los derechos de sus trabajadores, es decir que el peso y costo de todo el negocio recae sobre las espaldas de los trabajadores; esto como producto de los contratos de obra que suscriben los empresarios entre sí. Pero la segunda forma de padecimiento de los trabajadores como efecto de la aplicación de los contratos de obra por parte de sus empleadores empresarios, es que les aplican contratos civiles de obra, en lugar de contratos de trabajo. Dichos contratos son diferentes totalmente de una relación laboral o de servicios, sin embargo, sin mayor óbice son aplicados a los trabajadores, contraviniendo la norma legal y el aspecto mínimo de humanidad hacia los trabajadores.

Así pues, a manera de conclusiones tenemos las siguientes:

- a) El contrato de obra en nuestra codificación civil, está insuficientemente tratado y por tanto deficientemente redactado, no agota todas las posibilidades que implica su regulación en la realidad social. No constituye una tipificación marco, porque en la realidad implica sólo el tratamiento de contratos de obra o construcción entre el Estado y el empresario particular. Siendo por tanto anacrónico, debería ser modificado y profundizado, sistemáticamente como corresponde.
- b) El contrato de obra entre particulares, al presente es un contrato atípico, debido a que el Art. 732 del Código Civil, está dirigido a aspectos muy generales y de naturaleza contractual administrativa. Por lo que dicha institución positivada en nuestra legislación

no se refiere ni resuelve los problemas propios que hacen a este tipo de contratos, lo que hace que sea necesario el avanzar en su tipificación.

- c) Si bien la propia legislación civil establece la posibilidad de resolver estos problemas mediante la analogía, esto no es posible ni deseable, puesto que la aplicación del contrato de obra del Art. 732 del Código Civil a los contratos de obra entre particulares, coloca en situación de desventaja jurídica a los contratistas y subcontratistas, respecto al comitente o contratante principal.
- d) El contrato de obra entre particulares, al presente es un contrato innominado, por lo tanto es necesario que este mismo nombre sea el que le corresponda.
- e) Los propios empresarios de la construcción que sufren las consecuencias de la injusta desigualdad que implica el Art. 732 del Código Civil ante el contratante, lamentablemente son ellos mismos los que aplican ese contrato de obra, en forma abusiva e ilegal a sus trabajadores, a los trabajadores de la construcción, que de esta manera ven flexibilizados sus derechos sociales y laborales.
- f) La Constitución Política del Estado sintetiza jurídicamente lo que es nuestra sociedad, también establece el objetivo ético hacia dónde debe avanzar la sociedad, esto implica que los contratos civiles de obra o construcción, en los cuales necesariamente existirán trabajadores, que son los que realizarán la prestación de su fuerza de trabajo para la edificación de la obra, y que por tanto son parte necesaria del precio general de la obra, estos contratos por tanto deben ser desarrollados positivamente estableciendo todos sus límites y efectos jurídicos; de ello deviene que todo lo referido a la relación contractual

de empresarios con sus trabajadores, necesariamente debe permanecer en el ámbito social y laboral.

- g)** Si bien en los contratos de obra, existe la libertad de pactar entre empresarios; en cambio en materia laboral esta libertad está sujeta a normas de orden público que no pueden ser dejadas de lado, por tanto es necesario que se cumpla la legislación laboral, que por mandato constitucional es de cumplimiento obligatorio, siempre que se trate de la relación de los empresarios con los trabajadores.
- h)** La jurisdicción y competencia que debe abrirse en estos casos, más allá de la que corresponda a los empresarios para solucionar sus desavenencias (conciliación, arbitraje o vía jurisdiccional), siempre que existan contratos incumplidos respecto a la relación obrero-patronal donde estén en juego los derechos de los trabajadores, deberá ser la jurisdicción laboral (vía administrativa o judicial), impidiéndose en toda forma de derecho la remisión de obrados a la vía civil.
- i)** Debe darse por finalizada la práctica abusiva y bárbara (aunque propiamente la palabra sea “civilizada”), utilizada por los empleadores de aplicar contratos de obra para enmascarar relaciones propiamente laborales, con los trabajadores.
- j)** Se tiene que avanzar en la implementación de mecanismos de control y fiscalización respecto a la aplicación de los contratos civiles de obra entre particulares, en cuanto a que se pueda evidenciar el cumplimiento cierto y verdadero de las obligaciones de los empresarios respecto a los trabajadores.

14.2. RECOMENDACIONES.

- a) Se recomienda la urgente realización de un trabajo de socialización y democratización de este estudio así como la continuación de la investigación sobre el tema indicado, para finalmente tomar acuerdos para su implementación inmediata por todas las empresas que se encuentran afiliadas a las Cámaras de la Construcción; aspecto que debe ser controlado fiscalizado por el Ministerio del Trabajo, pero también por los propios trabajadores de la construcción mediante sus organizaciones sindicales.

- b) Se recomienda que los trabajadores de la construcción puedan acceder a este tipo de argumentos y explicaciones, para que entiendan la manera de cómo son explotados y cómo pueden liberarse de esta explotación, lo que se traduce en toma de la conciencia de clase, ya que al tener conocimiento cierto de la manera como éstos contratos de obra se utilizan ilegalmente para la super explotación o flexibilización, se impida su aplicación y se exija el cumplimiento de la legislación laboral vigente.

- c) Se recomienda que las empresas e instituciones estatales, procedan a establecer en forma inmediata los mecanismos de control y que en cumplimiento a lo dispuesto por el D.S. 0107, establezcan mecanismos de precios unitarios, donde también se incorpore el costo que implica la contratación de los trabajadores con todos sus ítems, es decir el Capital Variable, con la finalidad de establecer dichos precios y que también sean tomados en cuenta a tiempo de analizar las ofertas de los proponentes en las licitaciones públicas, debiendo tener un puntaje especial que sea otorgado a las empresas que cumplen a

cabalidad con los derechos de sus trabajadores y que implique entonces un reconocimiento que le haga mucho más competitiva que sus pares.

- d) Debería establecerse otro mecanismo de control y fiscalización para el cumplimiento de los derechos sociales y laborales de los trabajadores, cuya base debe estar en alguna instancia del Ministerio del Trabajo o de alguna otra institución que pueda otorgar un certificado de licencia laboral, es decir que acredite que la empresa cumple con todas las disposiciones legales laborales, certificado que podría y debería ser presentado obligatoriamente en las contrataciones en las cuales existan trabajadores de por medio, de la misma manera que existen licencias ambientales.

- e) Debe modificarse la Ley General del Trabajo, estableciendo en forma clara y meridiana que no es posible aplicar contratos civiles a relaciones laborales, todo lo cual debería quedar debidamente establecido mediante la tipificación moderna y profunda de este tipo de contratos civiles.

- f) Se recomienda que la norma jurídica laboral establezca la solidaridad y mancomunidad entre la empresa comitente y la contratista, en cuanto existan cargas o deudas sociales y laborales respecto a los trabajadores, esto siempre que la empresa comitente no cumpla con la obligación de pedir los precios unitarios referidos a los derechos laborales, no denuncie en caso de encontrar irregularidades y continúe con la contratación, o cuando no solicite el certificado de licencia laboral; entendiéndose que aunque no exista dolo, la culpa es suficiente para que dicha empresa contratista se constituya en sujeto deudor potencial de los trabajadores, ya que dicha contratación es la que genera la flexibilización de los derechos de los mencionados trabajadores.

BIBLIOGRAFÍA

- [1] ARCHIVO DEL HONORABLE CONGRESO NACIONAL, *Ley General del Trabajo*, República de Bolivia, 1942.
- [2] CAPRILES RICO REMBERTO, *Derecho Social Básico*, La Paz - Bolivia, 1948.
- [3] CARIAGA LANE JUAN, *Introducción a los Modelos Macroeconómicos*, Fondo de Cultura Económica, Editorial Los Amigos del Libro, La Paz– Bolivia, 2002.
- [4] CENTRO DE ESTUDIOS PARA EL DESARROLLO LABORAL Y AGRARIO (CEDLA), *Empleo condiciones laborales en la ciudad de La Paz Dossier Estadístico No. 7*, Bolivia, 2005.
- [5] CERRONI UMBERTO, *Marx y el Derecho Moderno*, México, 1998.
- [6] DE CHAZAL PALOMO JOSÉ ANTONIO, *Fundamentos de Derecho Laboral y Social*, Editorial Sirena, Santa Cruz –Bolivia, 1996.
- [7] GACETA OFICIAL DE BOLIVIA, *Constitución Política del Estado*, República de Bolivia, La Paz – Bolivia, 2004, 2009.
- [8] JIMÉNEZ SANJINEZ RAÚL, *Compilación de Leyes Sociales de Bolivia*, La Paz –Bolivia, 1980.
- [9] KELSEN HANS, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires –Argentina, 2003.

- [10] MALDONADO ABRAHAM, *Legislación Social Boliviana*, La Paz –Bolivia, 1949.
- [11] MORALES GUILLÉN CARLOS, *Código de Comercio (concordado y anotado)*, Editorial Gisbert y Cia. S.A., La Paz –Bolivia, 1981.
- [12] OSORIO MANUEL, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, Barcelona – España, 1965.
- [13] PLÁ RODRÍGUEZ AMÉRICO, *Los conflictos de Trabajo*, Imprenta el Siglo Ilustrado, Montevideo– Uruguay, 1947.
- [14] RAMOS SÁNCHEZ PABLO, *¿Hacia dónde va el Neoliberalismo?*, Imprenta de la Universidad Mayor de San Andrés, La Paz– Bolivia, 1987.
- [15] ROBERTS BARRAGÁN HUGO, *La Revolución del 9 de Abril*, Cooperativa de Artes Gráficas E. Burillo Ltda., La Paz – Bolivia, 1971.
- [16] SANDÓVAL RODRÍGUEZ ISAAC, *Derecho Moderno y Derecho del Trabajo*, Santa Cruz –Bolivia, 1999.
- [17] SANDOVAL RODRÍGUEZ ISAAC, *Digesto Laboral Boliviano (2do. Tomo)*, La Paz – Bolivia, 1987.
- [18] SANDÓVAL RODRÍGUEZ ISAAC, *Legislación del Trabajo*, La Paz –Bolivia, 1999.
- [19] SERRANO TORRICO SERVANDO, *Código Civil Boliviano*, Editorial Serrano, La Paz – Bolivia, 1976.

[20] SOLANO CHUQUIMIA FRANZ, *La Revolución Nacional y el Restablecimiento de la Democracia*, Colegio Nacional de Historiadores de Bolivia, Producciones CIMA, La Paz-Bolivia, 2005.

[21] TRIGOSO AGUDO GONZALO, *Código Procesal del Trabajo*, La Paz –Bolivia, 2003.

[22] VILLARROEL MONTAÑO, WILSON J., *Código de Procedimiento Civil Boliviano (Ordenado y concordado)*, Editorial Jurídica Temis, La Paz –Bolivia, 2001.

[23] ZEGADA SAAVEDRA LUIS, *Legislación Laboral Actualizada*, Cochabamba – Bolivia, 2005.

ANEXOS

