

CONTRATISTAS MINEROS¹

Eduardo Leturia López

SUMARIO

- I. Antecedentes .
- II. Definiciones .
- III. El registro de contratistas mineros .
- IV. *Ámbito laboral de los contratistas Mineros.*
- V. *Proyectos legislativos .*
- VI. *Conclusiones .*

I.- INTRODUCCIÓN.

Con fecha 01 de noviembre de 1996, fue publicado el Decreto Legislativo N° 868, mediante el que se agregó el inciso 11 al artículo 37° del Texto Único Ordenado (T.U.O.) de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM. Mediante esta inclusión se formalizó el atributo de los concesionarios mineros de contratar la ejecución de diversas actividades con los denominados contratistas mineros. Como bien señala Martín Belaunde Moreyra, este inciso en realidad facultó legalmente algo que venía sucediendo en la práctica y que, por lo demás, tampoco estaba prohibido.² Según la parte considerativa de la norma modificatoria, la finalidad de la

¹ *Agradezco la colaboración prestada por Francisco Barrios Vargas para la elaboración del presente artículo.*

² *Belaunde Moreyra, Martín E. Derecho Minero y Concesión. 1998. Editorial San Marcos; Perú, p. 102.*

adopción de esta facultad fue, entre otras, promover la generación de empleo eliminando trabas a la inversión, así como apoyar a la pequeña y mediana empresa.

II.- DEFINICIONES.

De acuerdo con lo dispuesto por el inciso 11 del artículo 37° del T.U.O. de la Ley General de Minería, los titulares de concesiones gozan del atributo de contratar la ejecución de los trabajos de exploración, desarrollo, explotación y beneficio, con empresas especializadas inscritas en la Dirección General de Minería.

Las “Empresas Especializadas de Contratistas Mineros”, como se les denomina en el Decreto Supremo N° 043-2001-EM³, norma que crea y reglamenta el Registro de Contratistas Mineros, también llamados “Contratas Mineras”, son personas naturales o jurídicas que se dedican a la ejecución de trabajos de exploración, desarrollo, explotación y beneficio mineros, y que están obligadas a inscribirse en el mencionado Registro para poder realizar sus labores, tal como lo prescriben los artículos 1° y 3° de la mencionada norma.

Para una mejor comprensión del tema, consideramos pertinente hacer las siguientes precisiones:

1. **Exploración.-** *es la actividad minera tendente a demostrar las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimientos minerales.⁴ De esta definición se desprende - señala Antonio Vega Gonzales - que la finalidad de la actividad de exploración es determinar si es rentable o no la realización de otras actividades mineras en el yacimiento minero explorado [...].⁵*
2. **Explotación.-** *es la actividad de extracción de los minerales contenidos en un yacimiento.⁶*
3. **Desarrollo.-** *es el conjunto de operaciones que se realizan con la finalidad de hacer posible la actividad de explotación.*
4. **Beneficio.-** *es el conjunto de procesos físicos, químicos y/o fisicoquímicos que se realizan para extraer o concentrar las partes*

³Artículo 2° del Decreto Supremo N° 043-2001-EM, publicado en el Diario Oficial El Peruano el día 21 de julio de 2001.

⁴Artículo 8° del T.U.O. de la Ley General de Minería (D.S. 014-92-EM)

⁵Vega Gonzales, Antonio. Régimen Minero Peruano. Urbanización Santo Domingo 2da. Etapa F-4, Jose Luis Bustamante y Rivero, Arequipa.

⁶ Artículo 8° del T.U.O. de la Ley General de Minería (D.S. 014-92-EM).

valiosas de un agregado de minerales y/o para purificar, fundir o refinar metales [...].⁷ Jorge Basadre Ayulo explica esta definición señalando que “Una vez extraídos los minerales del lugar donde se encuentran, éstos deben someterse a un proceso de beneficio para permitir su aprovechamiento, ya que estos recursos se encuentran mezclados con otros elementos de los que deben ser separados.”⁸

En este sentido, los titulares y, de ser el caso, los cesionarios⁹ de las concesiones mineras están facultados para encargar la ejecución de cualquiera de estas actividades a una Empresa Especializada de Contratistas Mineros. No comprendemos la razón por la cual el Decreto Supremo N° 043-2001-EM las califica como “trabajos”, cuando el T.U.O. de la Ley General de Minería las denomina “actividades”, pudiendo la primera norma otorgarles con esto una connotación laboral que dista de la realidad, y que será materia de análisis más adelante.

Por otro lado, el T.U.O. de la Ley General de Minería, además de las actividades numeradas precedentemente, recoge dos actividades propias de la minería, sujetas al otorgamiento de sus respectivas concesiones: la labor general y el transporte minero. Según se señala en la mencionada norma, la primera comprende toda actividad minera de prestación de servicios auxiliares, tales como ventilación, desagüe, izaje o extracción¹⁰. El transporte minero implica el derecho a instalar y operar un sistema de transporte masivo y continuo de productos minerales entre uno o varios centros mineros y un puerto o planta de beneficio, o en una refinera o en uno o más tramos de estos proyectos.¹¹ Como vemos, el inciso 11 del artículo 37° de la citada norma excluye a estas dos actividades de la posibilidad de ser ejecutadas por un contratista minero. Consecuentemente, estas actividades podrán ser efectuadas solamente por los concesionarios de éstas o sus cesionarios, constituidos como tales de acuerdo con el procedimiento previsto por la ley, y no se podrá delegar su ejecución a contratistas mineros.

⁷ Artículo 17° del T.U.O. de la Ley General de Minería (D.S. 014-92-EM).

⁸ Basadre Ayulo, Jorge. *Derecho Minero Peruano*. 6ta. Edición (1996). Editorial Grijley; Lima, p. 201.

⁹ El T.U.O. de la Ley General de Minería no considera expresamente dentro de esta facultad a los cesionarios de una concesión minera, pero tomando en cuenta que, en virtud de un contrato de cesión minera, el cesionario se sustituye en todos los derechos y obligaciones que tiene el cedente (titular) de la respectiva concesión, se entiende que éstos adquieren también esta facultad.

¹⁰ Artículo 19° del T.U.O. de la Ley General de Minería (D.S. 014-92-EM).

¹¹ Artículo 23° del T.U.O. de la Ley General de Minería (D.S. 014-92-EM).

III.- EL REGISTRO DE CONTRATISTAS MINEROS.

Oficialmente, este registro tiene el nombre de “Registro de Empresas Especializadas de Contratistas Mineros” y es parte de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas. Éste es un registro especial en el que están obligados a inscribirse los contratistas mineros para poder brindar sus servicios, ya que sólo con la mencionada inscripción, obtendrán la autorización de funcionamiento.

Para formar parte de este registro, los contratistas deben cumplir una serie de requisitos exigidos por ley. En este sentido, cabe señalar que la autorización para la inscripción de un contratista minero en el registro y, consecuentemente, para su funcionamiento, se da en dos tiempos. Una vez presentada la solicitud de inscripción y acreditado el cumplimiento de los requisitos pertinentes, la Dirección General de Minería otorga una autorización inicial o inscripción preliminar, cuya duración es de dos años a partir de emitida la resolución que la otorga. Transcurridos los dos años, a solicitud del contratista y una vez acreditada la subsistencia del cumplimiento de los requisitos que dieron origen a la autorización inicial, la Dirección General de Minería otorga la inscripción definitiva en el registro y, con ello, la autorización final de funcionamiento.

De acuerdo con el Ítem IM02 del Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del Ministerio de Energía y Minas¹² y con los Artículos 3° y 4° del Decreto Supremo N° 043-2001-EM, para obtener la autorización inicial de funcionamiento, los contratistas mineros deben acreditar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. *Inscripción en los Registros Públicos (tratándose de una persona jurídica), en el Registro Único de Contribuyentes y en el Registro de Entidades Empleadoras que Desarrollan Actividades de Alto Riesgo¹³, el cual es parte del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.*
2. *Tener un capital social¹⁴ pagado no menor de 10 Unidades Impositivas Tributarias (UIT)¹⁵, cuando se trate de una persona jurídica.*

¹²Aprobado por Decreto Supremo N° 025-2002-EM y publicado en el Diario Oficial El Peruano, el 01 de setiembre de 2002.

¹³Creado por Resolución Ministerial N° 090-97-TR/DM, publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 01 de noviembre de 1997.

¹⁴ Este es uno de los pocos casos, sumados a los de instituciones financieras o empresas de intermediación financiera, en que la legislación peruana exige un capital mínimo. Como

3. *Contar con un plantel técnico conformado por profesionales especializados en actividades mineras que laboren a tiempo completo, de acuerdo con una escala de cinco tramos que va desde un mínimo de un profesional, si la capacidad de contratación del contratista es hasta el equivalente a 130 UIT, y un mínimo de cinco profesionales, si la capacidad de contratación supera el equivalente a 500 UIT.*
4. *No tener pérdidas que excedan la mitad del capital social pagado o que reduzcan dicho capital a una cantidad inferior a su tercera parte, así como no tener pérdidas que reduzcan el patrimonio neto.¹⁶*
5. *Presentar información relacionada con la organización de la empresa, como la relación de sus trabajadores, los datos generales de la oficina administrativa de ésta y, de ser el caso, la relación de las empresas que le proveen servicios complementarios y/o temporales.*
6. *Cuando se trate de contratistas que ocupen más de 100 trabajadores y las actividades a realizarse sean subterráneas y/o de tajo abierto, contar, adicionalmente, con un ingeniero de minas o un ingeniero geólogo para velar por el cumplimiento de las normas de seguridad e higiene mineras. Cuando no se trate de las citadas actividades, el Jefe de Seguridad deberá ser un profesional colegiado con formación básica relacionada con la actividad desarrollada.*
7. *Cuando se trate de contratistas que ocupen menos de 100 trabajadores y sus otras contrataciones estén relativamente cerca¹⁷, el contratista podrá contar con servicios comunes de seguridad para ellas.*

premisa general, la Ley General de Sociedades no exige un capital mínimo para la constitución de sociedades en el Perú.

¹⁵ *Actualmente una UIT equivale a S/.3,200, por lo que se requiere un capital mínimo de S/.32,000.*

¹⁶ *Cabe mencionar que si bien similares disposiciones contenidas en la Ley General de Sociedades y aplicables a todas las sociedades en el Perú, se encuentran suspendidas desde hace más de 6 años, este tipo de empresas sí deben cumplir con dichas restricciones.*

¹⁷ *Al respecto, el literal h) del Art. 3° del Decreto Supremo N° 043-2001-EM señala vagamente que ésto operará “cuando las otras contrataciones estén relativamente próximas”, sin señalar específicamente el perímetro o la distancia que debe haber entre las contrataciones para que sea aplicable esta disposición.*

8. *Presentar una ficha técnica y de gestión que contenga datos sobre la unidad minera en la que el contratista tenga previsto proporcionar sus servicios, sobre la previsión de usuarios a atender y sobre las previsiones de éste respecto del cumplimiento de las normas sobre bienestar y seguridad minera, además de otros datos relacionados con la empresa y con el servicio a prestar.*

Con un mes de anticipación respecto de la fecha de terminación del plazo de la autorización inicial, el contratista debe acreditar la subsistencia de los requisitos precedentes, así como presentar, adicionalmente, el balance de gastos e ingresos y una memoria descriptiva de la actividad desarrollada durante el tiempo transcurrido, con la finalidad de obtener la autorización definitiva. Este plazo, según hemos tenido conocimiento, ha generado percances a los contratistas debido a su extensión, ya que luego de su vencimiento sin solicitar la inscripción definitiva, debieron iniciar nuevamente el procedimiento para obtener la inscripción provisional y recién luego de otros dos años, la definitiva.

IV.- ÁMBITO LABORAL DE LOS CONTRATISTAS MINEROS.

4.1.- Tercerización o Outsourcing.

La palabra outsourcing es un vocablo inglés compuesto cuyo significado puede explicarse analizando la relación entre las palabras que lo conforman. Out quiere decir fuera y sourcing proviene de source, que significa fuente, origen. Así, el vocablo outsourcing puede entenderse como trayendo algo de una fuente externa o, aplicando este concepto al tema tratado, la realización de cierta actividad por un tercero.¹⁸ De allí que en nuestro idioma se le conozca comúnmente como tercerización, aunque la denominación más adecuada sería subcontratación de servicios¹⁹.

En efecto, la tercerización o outsourcing consiste en encargar a un tercero la realización de una parte integral del proceso productivo de una empresa o la prestación de un servicio relacionado con una actividad periférica de ésta. Puede entenderse también como un mecanismo por el cual se recurre a una

¹⁸Según Carlos López, el outsourcing “prácticamente nació en la IBM como una estrategia ante los nuevos competidores.” (López, Carlos. *El Outsourcing o la Tercerización* [en línea, citado el 02 de noviembre, 2004] Disponible en <http://www.gestiopolis.com/canales/gerencial/articulos/no%209/outsourcing.htm>).

¹⁹Arturo S. Bronstein define a la subcontratación de servicios como “el acuerdo que se celebra entre una persona o empresa con un contratista, para que el mismo realice determinados trabajos aportando sus propios conocimientos, herramientas, capitales y personal.” (*La Subcontratación Laboral* [en línea, citado el 02 de noviembre, 2004] Disponible en <http://www.oit.or.cr/oit/papers/subcontrat.pdf>).

fuerza externa de servicios para encargar la ejecución de procesos que no constituyen parte del core business de un negocio.²⁰ Esta modalidad de prestación de servicios está específicamente mencionada en el artículo 4° del Decreto Supremo N° 03-2002-TR²¹, que aprueba el Reglamento de la Ley que Regula la Actividad de las Empresas Especiales de Servicios y de las Cooperativas de Trabajadores, más conocido como Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral. Sin embargo, como bien señala Jorge Tovar Velarde, “La relación contractual que sustenta un outsourcing puede ser encuadrada perfectamente en alguna de las figuras de contratos nominados que forman el grupo de los contratos de prestación de servicios.”²² Efectivamente, existe una infinidad de actividades que constituyen tercerización²³, pero la modalidad contractual en la que éstas se sustentan es, en la mayoría de casos, la locación de servicios, situación que nos lleva a realizar un análisis conjunto de los requisitos y características de ambas figuras.

De acuerdo con el artículo 4° del Decreto Supremo N° 03-2002-TR y con la normatividad civil, la tercerización no constituye intermediación laboral, como lo analizaremos posteriormente. Consideramos que la inclusión de la tercerización en esta norma no es pertinente, puesto que nuestro Código Civil la regula²⁴; no obstante, entendemos que la finalidad de dicha inclusión es diferenciar a la tercerización de la intermediación laboral.²⁵ En tal sentido, las disposiciones de la Ley de Intermediación Laboral no son aplicables a la tercerización. Al respecto, para que ésta se constituya como tal y opere la diferencia con la intermediación laboral, debe presentar las características propias de la tercerización; es decir que la empresa prestadora del servicio asuma las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que disponga de recursos financieros, técnicos o materiales propios y que sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.

Burgos analiza esta actividad y señala que en ella, el tercerista “[...] tiene a su cargo la gestión integral del servicio y no pone a disposición de la

²⁰Huerta Mercado, Eduardo. *El Outsourcing y las Cadenas de Productividad* [en línea, citado el 02 de noviembre, 2004] Disponible en http://centrum.pucp.edu.pe/centrumaldia/ene2004_a1.htm.

²¹Publicado en el Diario Oficial El Peruano, el 28 de abril de 2002.

²²Tovar Velarde, Jorge. *El Outsourcing o Tercerización. Responde al avance de la tecnología y especialización*. En Diario Oficial El Peruano del 04 de junio de 2004, p. 18.

²³Como bien se ha señalado, “Casi todo se puede contratar bajo outsourcing [...]” (Anónimo [en línea, citado el 02 de noviembre, 2004] Disponible en <http://www.gestiopolis.com/recursos/experto/catsexp/paqans/ger/no1/realoutsour.htm>).

²⁴Nos referimos a los artículos pertinentes a la locación de servicios (1764° y siguientes).

²⁵Mario Pasco Cosmópolis señala que el mencionado artículo 4° “[...] tiene antes que nada una función didáctica, de precisión y claridad definiendo qué es lo que se puede tercerizar, cómo y bajo qué condiciones se puede hacer.” (En línea, citado el 02 de noviembre, 2004. Disponible en http://www.snmpe.org.pe/revista/edicion10jun2004/entrevista_4.htm)

empresa usuaria a ninguno de sus trabajadores, sino más bien a su propia actividad, equipos, patrimonio y personal para desarrollar un servicio específico o emprender una obra, bajo su propia responsabilidad.”²⁶ En otras palabras, la empresa prestadora del servicio ejecuta la actividad encargada por la concesionaria minera con sus propios recursos, ejerciendo exclusivamente la dirección de sus trabajadores para ejecutar tal actividad y sin que éstos tengan relación alguna de dependencia respecto de la empresa usuaria, asumiendo, además, plena responsabilidad por el resultado del servicio.

Paralelamente, de acuerdo con el artículo 1764° del Código Civil, por la locación de servicios, el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución. Como se desprende de su definición, el locador (el que presta el servicio) no está sujeto a una relación de dependencia respecto del comitente (el que contrata el servicio), por lo que de plano se entiende que ésta es una modalidad de contratación meramente civil, sin efectos laborales para la relación contractual entre quien encarga el servicio y quien lo ejecuta. De esta característica se desprende, además, que el locador no está sujeto a fiscalización por parte del comitente en la ejecución del servicio contratado, asumiendo la responsabilidad por el resultado del servicio.²⁷ Asimismo, cabe señalar lo dispuesto por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema en el octavo considerando de la Sentencia de Casación N° 2451-97²⁸, sobre el Principio de Primacía de la Realidad en los contratos de locación de servicios, en el que considera como una situación que se adecua a las características de un contrato de trabajo, al hecho de que el comitente proporcione al locador las herramientas y materiales de trabajo,

²⁶Burgos Cubillas, José. *El Outsourcing o Tercerización. La propuesta parte de un error*. En *Diario Oficial El Peruano* del 04 de junio de 2004, p. 19.

²⁷ Jorge Toyama afirma que el locador no puede ser pasible de sanciones disciplinarias por parte del comitente (*Contrato de Trabajo y Modalidades de Contrataciones Laborales Directas*. En *Advocatus* N° 10, Año 2004 - I, p. 210). Consideramos que esta afirmación debe ser entendida en el sentido de que la persona o empresa que encarga el servicio (por ejemplo, un concesionario) no puede imponer al locador o contratista las sanciones de carácter laboral contenidas en el Reglamento Interno de Trabajo y que impone a sus propios trabajadores, puesto que ello es una característica propia del contrato de trabajo. Sin embargo, sí creemos que el concesionario puede, ante el incumplimiento de alguna de las disposiciones del contrato que rige su relación, imponer al contratista sanciones o penalidades de carácter económico, ya que, de no ser posible esto, podríamos estar en una situación en la que la única salida sería la resolución de dicho contrato. Al efecto, Eduardo Huerta Mercado señala que “[...] cuando el servicio se terceriza, el riesgo es de otra magnitud, pudiendo contemplar penalidades, pérdida del contrato y eventualmente pérdida del cliente!!” (*El Outsourcing y las Cadenas de Productividad* [en línea, citado el 02 de noviembre, 2004] Disponible en http://centrum.pucp.edu.pe/centrumaldia/ene2004_a1.htm).

²⁸En *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 6, Número 24, Setiembre de 2000, p. 114 (Analizada por Jorge Toyama Miyagusuku).

por lo que se puede inferir que es también una característica de la locación de servicios que la empresa o persona prestadora del servicio ejecuta la actividad encargada con sus propios recursos.

Por lo expuesto, resulta evidente que los contratistas mineros, en el ejercicio de sus actividades, llevan a cabo servicios de tercerización, y que estos servicios se encuentran enmarcados dentro de la relación contractual de locación de servicios, lo que trae como consecuencia que las disposiciones de la Ley de Intermediación Laboral no sean aplicables a la tercerización. El Artículo 4° del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral, al señalar las actividades que no constituyen intermediación laboral, incluye, entre otros, a los procesos de tercerización externa y a los servicios prestados por empresas contratistas o subcontratistas. La distinción que hace el artículo mencionado entre tercerización y locación de servicios por contratistas no debe entenderse en el sentido de que ésta no está enmarcada dentro de aquélla, puesto que siempre que la actividad del contratista tenga las características señaladas anteriormente, constituirá una tercerización.

4.2.- Intermediación Laboral.

Si bien ya señalamos expresamente que la actividad realizada por los contratistas mineros no constituye intermediación laboral, existe en la actualidad una polémica respecto de los límites que hay entre esta figura y la tercerización, puesto que se dice que la última sería un modo de evitar la contratación laboral a través de la intermediación laboral, y así eludir el pago de beneficios sociales a los trabajadores destacados por la empresa intermediadora. Con la finalidad de diferenciar una figura de otra, creemos conveniente hacer el siguiente análisis de la intermediación laboral.

Tal como mencionamos anteriormente, la Ley N° 27626 y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 03-2002-TR, regulan la actividad de las Empresas de Servicios Especiales y de las Cooperativas de Trabajadores, siendo la actividad de ambos tipos de empresas, la intermediación laboral. En este punto trataremos únicamente de las Empresas Especiales de Servicios.

Según la Ley N° 27626, existen tres tipos de empresas especiales de intermediación laboral:

- a) **Empresas de servicios temporales.-** *son las personas jurídicas que destacan a sus trabajadores a una empresa usuaria para que colaboren temporalmente con el desarrollo de sus actividades, encontrándose bajo el poder de dirección de ésta.*

- b) **Empresas de servicios complementarios.-** comprenden a las personas jurídicas que destacan a su personal a una empresa usuaria para desarrollar actividades accesorias o no vinculadas con el giro del negocio de ésta, sin que el personal destacado se encuentre bajo la dirección de la empresa usuaria.
- c) **Empresas de servicios especializados.-** son las personas jurídicas que brindan servicios de alta especialización a una empresa usuaria, sin que los trabajadores de la primera estén bajo del poder de dirección de la segunda.

Por otro lado, la intermediación laboral debe presentar una serie de supuestos para que se constituya como tal, estando algunos a cargo de las empresas usuarias y otros a cargo de las empresas de intermediación laboral. El incumplimiento de estos supuestos - dispone la norma - traerá como consecuencia que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, se considere que los trabajadores destacados por la empresa de intermediación laboral han tenido contrato de trabajo con la empresa usuaria desde el inicio de la prestación del servicio. Consideramos demasiado severo dicho efecto, a pesar de que la norma prescribe que tal situación deberá haber sido previamente comprobada por la Autoridad Administrativa de Trabajo a través de un procedimiento inspectivo.

Entre los requisitos o supuestos que debe presentar la intermediación laboral, cabe señalar los siguientes:

- La empresa prestadora del servicio debe estar constituida como persona jurídica de acuerdo con lo dispuesto por la Ley General de Sociedades y debe estar inscrita en los Registros Públicos.
- Como requisito esencial para el inicio y desarrollo de sus actividades, la empresa prestadora del servicio debe estar inscrita en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que Realizan Actividades de Intermediación Laboral.
- El objeto social de la empresa prestadora del servicio debe ser únicamente la intermediación laboral²⁹.
- En la prestación del servicio, sólo deben mediar supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización.

²⁹El literal c) del numeral 5.1 de la Resolución Ministerial N° 262-2004-TR que aprueba el Procedimiento para el Registro de Empresas y Entidades que Realizan Actividades de Intermediación Laboral, dispone que el objeto social de la entidad sólo deberá contener actividades en las que se realicen servicios de intermediación laboral, considerándose únicamente a aquellas en las que exista el destaque efectivo de personal a las empresas usuarias, por lo que estas empresas sólo podrán desarrollar las mencionadas actividades.

- *Los trabajadores destacados no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de la empresa usuaria.*
- *Tratándose de servicios temporales, el número de trabajadores destacados por la empresa intermediadora no podrá ser mayor del veinte por ciento (20%) del total de los trabajadores que tienen vínculo laboral directo con la empresa usuaria. Asimismo, deberán presentarse los supuestos establecidos para los contratos de trabajo de naturaleza accidental (ocasionales y de suplencia).*
- *Tratándose de servicios complementarios o especializados, el número de trabajadores destacados podrá exceder del porcentaje señalado en el punto precedente, siempre que la empresa intermediadora asuma plena autonomía técnica y responsabilidad en el desarrollo de sus actividades.*
- *Las remuneraciones y condiciones de trabajo de los trabajadores de la empresa usuaria se extienden a los trabajadores destacados por la empresa intermediadora, durante el período de prestación del servicio, salvo las otorgadas por la existencia de una situación especial objetiva.*
- *La empresa prestadora del servicio deberá constituir una fianza para garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales correspondientes a los trabajadores que destaque. Esta fianza puede ser a nombre del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo o a nombre de la empresa usuaria.*

4.3.- Diferencias entre Tercerización e Intermediación Laboral.

Entre la tercerización y la intermediación laboral existen una serie de diferencias sustanciales que separan y nos permiten distinguir estas dos figuras. Al efecto, podemos señalar las siguientes:

- 4.3.1 *La intermediación laboral implica un destaque de trabajadores, una dotación de personal por parte de la empresa prestadora del servicio a la empresa beneficiaria, para que dicho personal ejecute continuamente una labor en las instalaciones de la última.*

La tercerización, en cambio, implica la prestación de un servicio específico por parte de una empresa especializada, en la que, si bien puede haber una permanencia de los trabajadores de ésta en las instalaciones de la empresa beneficiaria (por ejemplo, una Unidad Minera), la finalidad del servicio no es el destaque de dichos trabajadores, sino la ejecución de un servicio específico que, por su

compleja naturaleza, requiere que éstos permanezcan durante cierto tiempo en las instalaciones de la empresa beneficiaria.

- 4.3.2 *Dependiendo de la clase de servicio a prestar, la empresa usuaria tendrá o no poder de dirección sobre el personal destacado por la empresa de intermediación laboral. Así, tratándose de servicios temporales, la empresa usuaria podrá dirigir y fiscalizar las actividades de los trabajadores destacados, no ocurriendo esto en caso de que la prestación sea de servicios especializados. Consecuentemente, en la intermediación laboral “[...] no interesa el resultado de los servicios, sino sólo que el intermediador provea de mano de obra a la empresa usuaria.”³⁰*

En la tercerización, la empresa beneficiaria no tiene poder de dirección alguno sobre el personal destacado. De acuerdo con el Artículo 4° del Decreto Supremo N° 03-2002-TR, los trabajadores de la empresa contratista están bajo su exclusiva subordinación; es decir que la facultad directriz sobre dichos trabajadores corresponde únicamente a los funcionarios de la empresa que presta el servicio. Esto trae como consecuencia que los contratistas deban asumir las tareas contratadas por su cuenta y riesgo; en otras palabras, que asuman plena responsabilidad por el resultado de su labor.

- 4.3.3 *Como señalamos anteriormente, la intermediación laboral para prestar servicios temporales debe llevarse a cabo en virtud de los contratos de trabajo de naturaleza accidental (ocasionales y de suplencia).*

En nuestro ordenamiento, no existe una figura que se denomine contrato de outsourcing.³¹ Sin embargo, como señala Jorge Tovar Velarde en el texto precedentemente citado, “La relación contractual que sustenta un outsourcing puede ser encuadrada perfectamente en [...] los contratos de prestación de servicios.”, ya que en esta figura, regulada por el Código Civil, observamos la presencia de muchas de las características del outsourcing.

- 4.3.4 *Otra diferencia significativa (considerada por Tovar Velarde como importante “elemento o factor de distinción”³²) radica en que, mientras la intermediación laboral se limita al destaque de personal*

³⁰Burgos Cubillas, José. *El Outsourcing o Tercerización. La propuesta parte de un error.* En *Diario Oficial El Peruano* del 04 de junio de 2004, p. 19.

³¹Tovar Velarde, Jorge. *El Outsourcing o Tercerización. Responde al avance de la tecnología y especialización.* En *Diario Oficial El Peruano* del 04 de junio de 2004, p. 18.

³²*Ibidem.*

especializado, la empresa contratista, además de enviar a su personal para ejecutar el servicio contratado, debe aportar, en aplicación del Artículo 4° del Decreto Supremo N° 03-2002-TR, sus propios recursos financieros, técnicos o materiales. En este sentido se pronuncia Alfonso de los Heros, señalando que “El objeto de los contratos que se celebran entre las empresas mineras y los contratistas mineros, es la prestación de servicios, [...] por los cuales éstos, utilizando sus propios trabajadores y supervisión, equipos, materiales e insumos, cumplen el objeto del contrato.”³³

- 4.3.5 *Según lo dispuesto por el Artículo 5° del Decreto Supremo N° 03-2002-TR, las remuneraciones y condiciones de trabajo de los trabajadores de la empresa usuaria se extienden a los trabajadores destacados por la empresa intermediadora. Esto no ocurre en la tercerización, ya que las remuneraciones y condiciones de trabajo del personal del contratista son producto, únicamente, de la relación y el pacto existentes entre estos dos, sin que pudieran verse afectadas en forma alguna por los existentes entre la empresa beneficiaria y su personal.*
- 4.3.6 *Las empresas de intermediación laboral están controladas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, debiendo estar inscritas en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que Realizan Actividades de Intermediación Laboral, para el inicio y desarrollo de sus actividades; a diferencia de las empresas especializadas de contratistas mineros, que están supervisadas por el Ministerio de Energía y Minas y deben estar inscritas en el Registro de Empresas Especializadas de Contratistas Mineros. Al efecto, es importante acotar lo señalado en el literal e) del numeral 5.1 de la Resolución Ministerial N° 262-2004-TR³⁴, que aprueba el Procedimiento para el Registro de Empresas y Entidades que Realizan Actividades de Intermediación Laboral, en el sentido de que las contratistas o subcontratistas que se dediquen a actividades relacionadas con los sectores de la construcción civil, minería y petróleo no deben ser inscritas en dicho registro.*

³³De los Heros, Alfonso. Los Contratistas Mineros. En Revista de Derecho Minero y Petrolero N° 57, Año XLIX, 1999, p. 101.

³⁴Publicado en el Diario Oficial El Peruano, el 02 de noviembre de 2004.

4.4.- El Contrato de Trabajo .

Jorge Toyama Miyagusuku define al contrato de trabajo como un acuerdo de voluntades mediante el cual una de las partes, el trabajador, se compromete a prestar sus servicios personales en forma remunerada, y la otra, el empleador, al pago de la remuneración correspondiente, gozando éste de las facultades de dirigir, fiscalizar y sancionar los servicios prestados por aquél.³⁵

Para comprender mejor la noción del contrato de trabajo y poder diferenciarlo de las demás modalidades de contratación que nos atañen, es preciso explicar los elementos esenciales de éste. En el texto acotado anteriormente, Toyama cita lo señalado por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema en el tercer considerando de la Sentencia de Casación N° 1581-97, justamente sobre este tema. Al efecto, dicha jurisprudencia sostiene que los elementos esenciales del contrato de trabajo son la prestación personal del servicio, la dependencia o subordinación del trabajador al empleador y el pago de una remuneración periódica, destacando que el segundo elemento es el que lo diferencia sobre todo de los contratos civiles de prestación de servicios.³⁶ A continuación, pasamos a explicar estos elementos:

- *La prestación personal del servicio en un contrato de trabajo - indica Toyama³⁷ - importa que ésta es personalísima y que, por lo tanto, no cabe la posibilidad de efectuar delegaciones o ayuda de terceros, salvo en el caso del trabajo familiar.*
- *En cuanto a la subordinación, señala el mismo autor que “implica la presencia de las facultades directriz, normativa y disciplinaria que tiene el empleador frente a un trabajador [...]”³⁸*
- *Por último, sobre la remuneración periódica, el Artículo 6° del Decreto Supremo N° 03-97-TR (T.U.O. del Decreto Legislativo N° 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral) dispone que está constituida por el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sean la forma o denominación que se les dé, siempre que sea de su libre disposición.*

³⁵Toyama Miyagusuku, Jorge. *Contrato de Trabajo y Modalidades de Contrataciones Laborales Directas*. En *Advocatus* N° 10, Año 2004 - I, p. 208.

³⁶*Ibidem*, p. 209.

³⁷*Ibidem*.

³⁸*Ibidem*, p. 210.

Sobre este último punto, debemos mencionar que los derechos y beneficios sociales que corresponden a los trabajadores, son propios de la relación laboral originada de un contrato de trabajo, por lo que el empleador se encuentra obligado a cumplir las disposiciones laborales pertinentes en relación con sus trabajadores sujetos a dicha figura.

Finalmente, respecto del tema materia del presente estudio, consideramos importante citar lo señalado por de los Heros: "En realidad, los trabajadores de los contratistas mineros pueden ser, o bien contratados a plazo indefinido, pues el contrato minero es propio del giro del negocio del contratista, o también pueden celebrarse contratos modales si lo justifica la naturaleza del servicio para el cual un trabajador es contratado. Pero ello afectaría a la relación Contratista - Trabajador y no a la relación Contratista - Empresa Minera."³⁹ En efecto, como mencionamos anteriormente, la relación existente entre el personal del contratista y la empresa beneficiaria, es una relación meramente civil, surgida en virtud de un contrato de locación de servicios, por lo que no cabe subordinación alguna entre ellos ni otro derecho u obligación que los previstos en el respectivo contrato y en el Código Civil.

V.- PROYECTOS LEGISLATIVOS.

Actualmente, existen dos Proyectos de Ley que, de ser aprobados, afectarían sobremanera a la tercerización y, consecuentemente, a las actividades de los contratistas mineros y de los contratistas en general. No sería pertinente ahondar mucho en el tema, puesto que no es éste el objeto del presente estudio, pero sí consideramos necesario realizar un sucinto análisis sobre sus implicancias. Al efecto, debemos hacer previamente un preámbulo que permitirá comprender mejor el objetivo del tema a tratarse.

La contratación mediante la tercerización de servicios persigue la obtención de un resultado en favor de la empresa usuaria, para lo que se encomienda la consecución de dicho resultado a una persona o empresa contratista capacitada para lograrlo en mucho mayor grado que la que encarga el servicio. Se le encarga el objetivo a una persona o empresa independiente que se ocupa por sí misma en la marcha de su organización y en el bienestar de sus trabajadores, sin que ello tenga vinculación alguna con la relación contractual existente entre locatario y contratista; todo esto con la finalidad de lograr mayor eficiencia en el servicio contratado, de simplificar

³⁹De los Heros, Alfonso. Los Contratistas Mineros. En Revista de Derecho Minero y Petrolero N° 57, Año XLIX, 1999, p. 101.

los procesos productivos de la empresa y, por último pero no menos importante, de reducir los costos.

El primero de los Proyectos de Ley a los que hacemos referencia busca regular en una norma independiente a la tercerización.⁴⁰ Las disposiciones de este proyecto desnaturalizan en tal punto a esta figura y, con ello, a las modalidades de prestación de servicios en general, que pueden llevar a minimizar y hasta eliminar los beneficios señalados en el párrafo precedente.

En primer lugar, debemos manifestar lo innecesario de esta regulación, por cuanto la tercerización ya se encuentra regulada por el Código Civil en el capítulo referente a la locación de servicios. En segundo lugar, el mencionado proyecto de ley rompe con la condición de la tercerización consistente en que el contratista asuma el riesgo empresarial del servicio contratado (contradiendo su mismo texto, ya que incluye esta condición en su Exposición de Motivos y en su artículo 2°), dado que exige a la empresa usuaria, en nuestro caso al concesionario minero, “vigilar” el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales del contratista (del subcontratista que contrate éste, y así sucesivamente sin limitación alguna) para con sus trabajadores, verificando el abono de las correspondientes contraprestaciones, requiriendo el pago de las obligaciones relativas a Seguridad Social y salud, entre otros, respondiendo solidariamente ante el incumplimiento de dichas obligaciones del contratista o subcontratista, por la falta de “vigilancia” del concesionario minero.

Como vemos, se instituye una facultad de constante control y fiscalización del locatario (concesionario minero) sobre el contratista, que desnaturaliza esta figura y le resta independencia a la relación entre las partes. Por último, se señala un plazo prescriptivo de un año para exigir las responsabilidades previstas, cuando luego de diversas modificaciones sobre el decurso prescriptivo, se había llegado a uno prudente de tres años, creando inseguridad jurídica con esta nueva modificación.

El segundo de los Proyectos de Ley a los que hacemos referencia busca modificar el Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral (Decreto Supremo N° 03-2002-TR).⁴¹ En primer lugar, debemos acotar lo señalado por Mario Pasco Cosmópolis, en el sentido de que “Es la primera vez en la historia que una ley modifica un decreto supremo. Esto muestra la carencia

⁴⁰Proyectos de Ley. Tercerización - Huelga - Intermediación Laboral. En *Análisis Laboral*, Vol. XXVIII, N° 328, octubre de 2004, pp. 28-30.

⁴¹Proyectos de Ley. Tercerización - Huelga - Intermediación Laboral. En *Análisis Laboral*, Vol. XXVIII, N° 328, octubre de 2004, pp. 30-31.

de técnica legislativa.⁴² Efectivamente; en todo caso, debería ser el mismo Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo el que, de considerarlo necesario, modifique la norma, sustentándose sobre bases técnicas y siendo congruente con la jerarquía de normas prevista por nuestra Constitución Política.

Asimismo, sobre el texto del proyecto, debemos hacer referencia a su artículo 3°, en el que consideramos que se halla la parte crítica de dicho proyecto. Este artículo pretende modificar el artículo 14° del Reglamento de Intermediación Laboral, que establece los supuestos en los que la intermediación laboral será considerada una relación laboral directa entre el trabajador de la empresa prestadora del servicio y la empresa usuaria. Sin embargo, esta modificación incluye también los supuestos en que la tercerización será considerada una relación laboral directa entre el trabajador del contratista y la empresa usuaria. Uno de estos supuestos sería la falta de pluralidad de clientes de la empresa contratista o subcontratista.⁴³ Esto quiere decir que el contratista deberá brindar sus servicios a, por lo menos, dos personas o empresas. Tal disposición no se sujeta a la realidad, ya que existe un gran número de contratistas mineros que prestan sus servicios sólo a una empresa minera, por ser ésta la única establecida en la localidad del contratista, sin que ello constituya una infracción a las normas laborales o una forma de evadir las obligaciones de carácter laboral para con los trabajadores. Asimismo, esta disposición atenta contra el Principio de Libertad de Contratar o Libertad en la Contratación, amparado por el artículo 1354° del Código Civil, que constituye “[...]la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata [...]”⁴⁴; garantizando así la voluntad de decidir el número de personas o empresas con las cuales se va a contratar, que bien podría ser solamente uno.

Otro de los supuestos sería el trato al personal del contratista como propio, por parte de la empresa usuaria. Basta señalar el carácter subjetivo y genérico de esta disposición, para apreciar su deficiencia. El tercer supuesto a comentar es la determinación del precio del servicio o de la obra a realizar, en función del número de trabajadores empleados en su ejecución. Este supuesto también es contrario a la realidad, ya que en muchas ocasiones, debido a la naturaleza del servicio, el precio se fija en

⁴²En línea, citado el 02 de noviembre, 2004. Disponible en http://www.snmpe.org.pe/revista/edicion10jun2004/entrevista_4.htm

⁴³Este supuesto, así como los que trataremos, son aplicables tanto a las empresas contratistas como a las empresas de intermediación laboral de servicios complementarios y especializados, pero debido a la naturaleza del presente estudio, haremos referencia sólo a las primeras.

⁴⁴De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general*. Tomo I. 2da. Edición (2003). Palestra Editores; Lima, pp. 199-200.

función de los profesionales que lo ejecutarán, sin que ello signifique una relación de carácter laboral entre los contratantes.

El proyecto considera también como uno de estos supuestos a la dirección, control y supervisión de la empresa usuaria sobre los trabajadores del contratista. Respecto de la dirección y control, no vemos problema alguno, ya que, de presentarse, se atentaría contra la figura de la tercerización; pero consideramos, por obvias razones, que la supervisión durante la ejecución del servicio es una facultad innegable e intrínseca de quien la encarga a un tercero. Supervisar significa “Revisar, realizar la inspección general o superior de una cosa.”⁴⁵, distinto de los conceptos de dirección y control, que importan fiscalizar e influir en la conducta de alguien. La facultad de supervisión constituye el derecho de quien encarga el servicio, de constatar que efectivamente éste está siendo ejecutado de acuerdo con sus intereses y con lo previamente pactado, sin influir en modo alguno sobre la conducta de los trabajadores que lo ejecutan, de tal modo que pueda considerarse que éstos tienen una relación de carácter laboral con aquél.

Por último, debemos comentar dos supuestos incluidos en el proyecto sobre las actividades de intermediación laboral. El primero es desarrollar estas actividades sin que la empresa esté inscrita en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que Realizan Actividades de Intermediación Laboral y el segundo, el incumplimiento, por parte de la empresa usuaria, de solicitar a la empresa prestadora del servicio la constancia de inscripción en el mencionado registro. Si bien estos requisitos son importantes, consideramos excesivamente drástico que su incumplimiento genere la configuración de una relación laboral directa entre los trabajadores y la empresa usuaria; asimismo, se trata de dos requisitos de carácter formal cuyo incumplimiento, bajo ninguna perspectiva razonable, tendría por qué generar la mencionada configuración laboral, ya que se trata de situaciones totalmente distintas y no necesariamente relacionadas entre sí, además de que la aplicación de esta disposición atentaría contra el Principio de Primacía de la Realidad.

En tal sentido, debemos decir que la aprobación de estas normas debería estar condicionada a la revisión de sus textos bajo perspectivas meramente técnicas y apartadas de cualquier injerencia de carácter político, ya que podría afectarse gravemente y de manera negativa a modalidades de contratación tan importantes como las analizadas en el presente estudio y, con ello, a las actividades y empresas que se sirven de ellas.

⁴⁵Diccionario Básico de la Lengua Española. Volumen II. Editorial Planeta-De Agostini, S.A. (2003).; Barcelona, p. 1348.

VI.- CONCLUSIONES.

Luego de haber analizado la subcontratación o tercerización y haberla diferenciado claramente de la intermediación laboral consideramos impertinente pretender regular dicha figura ya sea de manera tangencial o integral como se pretende hacer. La subcontratación se encuentra regulada en nuestro Código Civil en lo relativo a la locación de servicios y es una de las herramientas más utilizadas por las empresas en la actualidad, dadas las ventajas que genera el contar con servicios especializados, sobretudo en el sector minero.

En muchos casos se logran alianzas estratégicas con dichos proveedores de servicios, además de ser una alternativa para la reducción de costos dadas las actuales condiciones de contratación de personal y la reciente inseguridad jurídica que se ha presentado en esta área del derecho mediante las últimas resoluciones de nuestras instancias jurisdiccionales.