

# Las contratas mineras: aspectos laborales

Jorge Toyama Miyagusuku\*  
Alfredo Salvador Vargas\*\*

*En el presente artículo, los autores analizan el rol que desempeña la tercerización de actividades en la actualidad, los cambios producidos como consecuencia de la expedición de la normativa que ahora la regula, así como su relación y diferencias con la intermediación laboral, poniendo énfasis en los matices especiales que deben observarse en la actividad minera.*

Casi todas las empresas mineras cuentan con mecanismos de subcontratación de sus operaciones mineras. La tercerización es de tal magnitud que actividades principales y permanentes han merecido de procesos de descentralización productivas y administrativas.

Las transformaciones de los sistemas productivos así como la necesidad de contar con instrumentos de producción flexibles –que respondan con agilidad ante las fluctuaciones del mercado y permitan a las empresas ser competitivas a nivel mundial- han generado la utilización de diferentes mecanismos de descentralización de actividades que se pueden agrupar en dos principalmente: la intermediación laboral (desarrollada por las *services* y cooperativas de trabajadores) y la externalización, *outsourcing* o tercerización de servicios. En este contexto, cabe precisar que la contrata minera es una de las modalidades de la tercerización pero con una regulación especial, según veremos más adelante.

Este fenómeno de descentralización de servicios laborales no sólo se debe a una estrategia de negocios, pues la motivación también puede contraerse en la única alternativa laboral para no afectar la plantilla: es decir, el impedimento o la limitación de una contratación laboral directa por políticas de la empresa (“*head count*”) dirige su atención a la intermediación (llamada también descentralización administrativa) y tercerización u *outsourcing* (denominada también como descentralización productiva).

En la actividad minera se puede tomar una foto o registro de la unidad o campamento minero sobre todos los trabajadores que están prestando servicios

físicamente en ella, y por lo general se constatará que el número de trabajadores registrado en la planilla laboral del titular de la actividad minera es inferior con relación a la totalidad de los que prestan servicios al interior de la unidad o campamento. La explicación se contrae en que la diferencia del número de trabajadores está compuesta por personal de las contratas y mecanismos de externalización (servicios diferenciados e integrales bajo contratos de locación de servicios u obra, cooperación, asociativos, comerciales, representación, etc., prestados por empresas nacionales como transnacionales), así como de intermediación laboral.

Entonces, estamos en posición de afirmar que hemos presenciado un proceso de incremento de la descentralización de los servicios laborales en nuestro país –en países desarrollados el uso de la tercerización es una regla. En medio de ello, hasta junio de 2008 la intermediación laboral contaba con una reglamentación rígida y delimitada, mientras que la tercerización u *outsourcing* con una genérica y escasa. Justamente, por esta diferencia regulatoria y, ciertamente, por las modificaciones de los sistemas productivos, el crecimiento de los mecanismos de externalización de servicios laborales incrementó en gran manera la implementación de la tercerización, comparativamente con el uso de la intermediación laboral.

La importancia que tienen los contratistas mineros dentro de la gestión de la actividad minera se refleja en el número de trabajadores que están dentro de la plantilla de tales contratistas: 58% del total del personal en la actividad minera pertenecen a una contrata<sup>1</sup>.

\* Profesor de la PUCP. Socio de Miranda & Amado, Abogados.

\*\* Profesor de la UPC. Asociado de Miranda & Amado, Abogados.

1 Al respecto, puede verse el interesante trabajo de PRICEWATERHOUSE COOPERS. Estudios sobre las condiciones de trabajo y beneficios adicionales en campamentos mineros. Lima, 2004. Este estudio fue realizado entre los meses de mayo y julio de 2004 sobre 17 empresas de la gran y mediana minería peruana que representó 32,692 trabajadores.

En el presente trabajo, analizaremos el rol que desempeña la tercerización de actividades actualmente, los cambios que han surgido como consecuencia de la expedición de la normativa que ahora la regula, así como su relación y diferencias respecto de la intermediación laboral, poniendo énfasis en los matices especiales que deben observarse en la actividad minera.

## I. LAS CONTRATAS MINERAS

### 1.1. Alcances y diferencias con figuras afines

En el sector minero, las actividades tercerizadas más relevantes que son desarrolladas por empresas especializadas y registradas previamente ante la autoridad pertinente son las prestadas en las etapas de exploración (determinación de las dimensiones y valores de la unidad minera), explotación (la propia extracción de minerales), desarrollo (actividades de soporte de la explotación) y beneficio (procesos para la extracción o concentración de minerales). Así pues, a las empresas dedicadas a la prestación integral de alguna de las actividades mencionadas se les ha denominado contratas mineras<sup>2</sup>. Estas actividades se desarrollan dentro de la unidad minera del titular o cesionario de ser el caso, por ello, en la mayoría de los casos, tomando en cuenta factores como la ubicación de la unidad minera, la geografía de la localidad, etc., se brinda habitación y servicios básicos a los trabajadores de las contratas mineras<sup>3</sup> y, en ciertas situaciones, existirá la obligación de hacerlo también respecto de sus familias. Asimismo, cabe precisar que tratándose de una tercerización, usualmente los servicios se retribuyen en función a la producción, productividad, eficiencia, avances, extracción de minerales y otros factores en donde la mano de obra no debe ser el factor preponderante en el cálculo.

De otro lado, es importante señalar que existe otro tipo de actividades no comprendidas dentro de las anteriormente descritas que pueden ser contratadas a través de un tercero por el titular de la actividad minera, tales como gestión y administración, comedores y mercantil, medio ambiente, transporte de minerales y personal, geología minera, etc. En estos casos, nada obsta para que empresas que no están registradas como contratistas mineros pero que tienen capacidad y autonomía suficientes puedan prestar servicios al titular de la actividad minera vía contratos de tercerización (*outsourcing*), es decir,

se tratará de una tercerización no regulada por las normas aplicables a las contratas mineras.

En síntesis, los dos grupos descritos son supuestos de tercerización de servicios, descentralización productiva u *outsourcing* (el proceso de migración hacia un tercero de una determinada actividad propia o no), solamente que las primeras tienen una regulación especial y requieren de una autorización previa del Ministerio de Energía y Minas y, además, deberán observar la legislación aplicable a la tercerización de servicios, mientras que a las últimas no se les aplicará la regulación especial.

En función a lo indicado hasta el momento, podríamos definir a la tercerización como todo proceso de externalización o desplazamiento hacia actividades empresariales autónomas o independientes de funciones o actividades del ciclo productivo de la actividad minera que se pueden ejecutar sin auxilio de terceros. Para CRUZ, la descentralización productiva (*outsourcing*) importa que “una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo”<sup>4</sup>.

Los elementos configurativos de la tercerización –y por ende de las contratas– importan una prestación de servicios que refleje “algo más que trabajadores”, esto es, la prestación de servicios integrales y autónomos<sup>5</sup>. Así, previamente a la publicación de la Ley N° 29245, Ley que regula los Servicios de Tercerización, existía (y continúa existiendo) total consenso en que lo indicado anteriormente de por sí suponía la confluencia de diversas características, tales como: constitución jurídica y formal del contratista; diferenciación general de accionistas, directivos y apoderados; un patrimonio y capital suficientes del contratista con relación al objeto de los servicios prestados, y; una organización productiva, administrativa y de gestión diferenciadas del contratista con relación a las empresas contratantes; mientras que desde el punto de vista laboral, lo más relevante resultaba que el contratista minero debe tener la capacidad de desarrollar de manera autónoma e independiente los servicios subcontratados, de tal manera que dirija, organice y fiscalice su propia actividad, y de allí que deba tener capacidad de asumir los riesgos y servicios

2 El artículo 37.11 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (Decreto Supremo N° 014-92-EM) prevé que los titulares de concesiones gozan del atributo de contratar para la ejecución de los trabajos de exploración, desarrollo, explotación y beneficio con empresas especializadas inscritas en la Dirección General de Minería.

3 El 71% del personal de contratas recibe una vivienda y servicios básicos. PRICEWATERHOUSE COOPERS. Ob. Cit., p. 11.

4 CRUZ VILLALÓN, Jesús. “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”. En: Revista de Trabajo y Seguridad Social No. 13. Madrid, 1994, p. 8.

5 Un desarrollo sobre los alcances de la tercerización puede verse en SANGUINETTI, Wilfredo: “La descentralización productiva: ¿una estrategia para la puesta entre paréntesis de los principios tutelares del derecho del trabajo”, y ARCE, Elmer: “El outsourcing y sus efectos sobre la relación de trabajo”. En: AA.VV. “Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. SPDTSS. Lima, 2004.

subcontratados<sup>6</sup>. Con la expedición de la Ley N° 29245 se establecieron ciertos requisitos y características que necesariamente deben confluír en las tercerizaciones con desplazamiento de personal al centro de trabajo o de operaciones de la empresa principal, como ocurre en el caso de las contrataciones mineras. A ello nos referiremos más adelante.

Independientemente a lo indicado en el párrafo superior, las normas peruanas exigen la configuración de requisitos adicionales para el caso de los contratistas mineros. Así, en primer lugar, se requiere la inscripción en el Registro de Empresas Contratistas Mineras, para lo cual exige que, previo al inicio de sus operaciones, las contrataciones tengan capital mínimo (100 UITs), capacidad técnica –declaración jurada del número máximo de trabajadores que contratará para realizar sus actividades, declaración jurada de instalaciones, maquinaria y equipo para la actividad que desarrollará, etc.–, solvencia económica, organización suficiente, etc.<sup>7</sup>.

Es importante diferenciar a la tercerización de las figuras del grupo de empresas y las transmisiones de empresas.

En la primera figura no se aprecian empresas independientes –actúan “confusamente como una unidad” ante terceros– pues éstas se encuentran vinculadas por relaciones económicas, societarias, directivas, etc. y, por ello, se suele imponer la responsabilidad solidaria en el pago de obligaciones laborales en caso de incumplimiento del empleador formal. El proceso de filialización es, cada vez, una estrategia de organización de muchas empresas transnacionales<sup>8</sup>, por medio de las cuales se generan relaciones entre la matriz y las empresas filiales: la matriz genera políticas y directivas uniformes relacionadas con la prestación de servicios que deben ser cumplidas por las empresas filiales (algunas veces, estas empresas satélites son creadas expresamente para formar parte de la telaraña del sistema productivo).

La segunda figura importa una transferencia del negocio de una empresa a otra sin que existan vínculos económicos entre ambas. En este caso, la nueva empresa asumirá las contingencias laborales, pero si se trata de un fraude (un caso de desprendimiento patrimonial relevante para evitar el pago de beneficios laborales), la empresa vendedora deberá responder en forma solidaria por el cumplimiento de las obligaciones laborales<sup>9</sup>.

En cuanto a externalización vía tercerización en sí, aquella puede realizarse de diferentes maneras: una transformación societaria (escisión, fusión, reorganización, etc.), una venta de activos, la concesión de una obra o servicio (operación y mantenimiento), los procesos de privatización del Estado (concesiones, ventas totales, etc.), las figuras de colaboración empresarial o simplemente los procesos de tercerización de servicios. La externalización también se origina por procesos de crisis económicas laborales que importan ceses colectivos: compañías que suscriben con una empresa recientemente formada por ex trabajadores la prestación de un servicio que antes era realizado por dichos ex trabajadores.

Ciertamente, el proceso de externalización productiva minera importa también que las empresas tengan que generar una serie de mecanismos de coordinación con los contratistas y, en mayor medida, en las actividades que son centrales o propias del giro del negocio. De ese modo, tenemos el control de calidad, el cumplimiento de obligaciones legales –dentro de ellas, las de carácter laboral y de seguridad social–, la aplicación de códigos de conducta y ética corporativos y las políticas sobre responsabilidad social laboral, así como las relaciones con la comunidad, el trabajo *just in time* y la satisfacción del cliente en calidad y precio<sup>10</sup>.

En suma, la contratación minera supone: i) la existencia de una unidad económica en una empresa susceptible de explotación externa (la unidad minera), y; ii) una capacidad de ofrecer servicios en forma independiente e integral por la contratación, observando la legislación especial aplicable a las empresas contratistas mineras, así como aquella ordinaria aplicable a todas las empresas que prestan servicios de tercerización con desplazamiento permanente de personal a los centros de trabajo u operaciones de la empresa contratante o principal.

## 1.2. La expansión de las Contratas Mineras: la flexibilidad

Las clásicas funciones del Derecho del Trabajo, basadas en la formulación de un derecho tuitivo con mecanismos compensatorios, se han visto afectadas por las transformaciones del sistema productivo que han destipificado las funciones clásicas del Derecho Laboral y convierten en necesario el estudio de los nuevos fenómenos de contratación laboral. La unidad minera ya no es más el lugar de trabajo que pertenece e identifica al titular de la actividad

6 SAGARDOY Abogados & HAY GROUP, Factbook Relaciones Laborales. Tercera Edición. Ed. Thomson Aranzadi. Navarra, 2004, pp. 489 y ss.

7 El Gobierno, mediante el Decreto Supremo N° 005-2008-EM, decidió reestructurar el Registro de Empresas Especializadas de Contratistas Mineros, el cual pasó a denominarse Registro de Empresas Contratistas Mineras (ECM).

8 Sobre este tema, puede verse PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco. “La filialización de la empresa”. En: Revista Actualidad Laboral No. 29. Madrid, 1999, pp. 533 y ss.

9 La Directiva de la Comunidad Europea 98/50 indica que “se considera traspaso (...) el de una unidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica ya fuera esencial o accesoria”.

10 MERCADER, Jesús. Op. Cit., p. 196-197.

minera. Como se ha indicado anteriormente, las transformaciones de los nuevos sistemas productivos, la necesidad de contar con instrumentos de producción flexibles, las tendencias mundiales en administración y gestión de negocios, el deber de competir a nivel mundial, han generado que los cambios sean de tal magnitud, que resulta imperativo diferenciar y “desmenuzar” detenidamente las relaciones jurídicas entre las empresas para determinar los niveles de vinculación contractuales.

De un lado, las organizaciones empresariales han migrado de una estructura vertical o piramidal –que suponía el control de todas las etapas productivas y las relaciones autónomas entre las empresas- a una organización de “red” que importa relaciones horizontales con una fragmentación de los ciclos productivos y vinculaciones de las empresas a niveles de coordinación y articulación con las contratas, empresas especializadas, etc. De otro lado, se aprecia una concentración de la PEA laboral cada vez mayor en el sector de servicios y se verifica una universalización de las tecnologías de información –la tecnología de la información es un instrumento que permite “externalizar” toda actividad- que generan un incremento de las actividades externalizables a tal punto que la externalización de servicios laborales está traspasando fronteras de modo incontenible, siendo un fenómeno globalizado y que cada vez se arraiga más en los sistemas económicos<sup>11</sup>.

Todo ello lleva a la existencia de empresas “flexibles” que, mediante la desintegración vertical del ciclo productivo, generan relaciones de trabajo a niveles inter empresariales, obteniéndose altos niveles de flexibilidad interna y externa sobre la base de diferentes grupos de trabajadores<sup>12</sup>. Este fenómeno importa una “dislocación” de trabajadores, una “huida” del servicio subordinado laboral en el centro de trabajo en favor de la externalización de servicios laborales.

En otras palabras, las empresas tienen como eje central una flexibilidad operativa -que les permite garantizar una adecuación inmediata ante las vicisitudes del mercado- y una concentración de sus actividades en aquellas de carácter estratégicas, el *core business* (*Back to basics*). De este modo, toda actividad no estratégica o que pudiera ser temporal, contingente, complementaria, especializada, menos costosa, etc. es desarrollada por otras compañías especializadas en ello, generándose relaciones de coordinación, cooperación, riesgo compartido, delegación, supervisión, asociación, etc.

La tercerización minera tuvo un desarrollo vertiginoso en nuestro país, como simple expresión de los fenómenos internacionales relacionados con la transformación de los sistemas productivos. Prácticamente, no hay área o actividad que no pueda ser materia de una descentralización productiva, en tanto se aprecien los elementos constitutivos de esta institución. Inclusive, algunos sistemas productivos, “migraron” de un sistema de intermediación laboral hacia uno de tercerización para una misma actividad o fase de la cadena productiva, luego de las limitaciones planteadas en enero de 2002 a la intermediación laboral (Ley N° 27626). En suma, actividades que anteriormente se desarrollaban mediante una simple provisión de personal (entendiéndose que se trataba de una intermediación laboral) se transformaron en la prestación de un servicio integral y autónomo (*outsourcing*).

Además de las razones enunciadas en las primeras líneas de este artículo –basadas en los nuevos sistemas de producción y la necesidad de contar un esquema de producción flexible-, por las especiales limitaciones planteadas en la legislación laboral a la intermediación laboral (límite de actividades y número de trabajadores, existencia de responsabilidad solidaria, igualdad en el pago de beneficios laborales y ausencia de detracción del Impuesto General a las Ventas de acuerdo con las normas tributarias como veremos más adelante), la tendencia registrada fue hacia la mayor utilización de la tercerización de servicios mineros, pues en principio, esta modalidad no se encontraba expresamente regulada por nuestra legislación y permitía que las partes comerciales encontraran acuerdos de una manera más sencilla.

«Podríamos definir a la tercerización como todo proceso de externalización o desplazamiento hacia actividades empresariales autónomas o independientes de funciones o actividades del ciclo productivo de la actividad minera que se pueden ejecutar sin auxilio de terceros».

11 Al respecto, se ha dicho que la externalización laboral “alcanza tal intensidad que transforma significativa y cualitativamente el modelo, pues convierte en generalizado lo que hasta el presente era singular o excepcional, eleva a la condición de estructural lo que se estimaba hasta ahora como mecanismo de naturaleza coyuntural y, en definitiva, permite su materialización bajo modalidades que hasta el presente resultaban de imposible puesta en práctica”. Véase CRUZ VILLALÓN, Jesús. “Outsourcing, contratas y subcontratas”. En: X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo. AEDTSS. Zaragoza, 1999, p. 6.

12 MERCADER, Jesús. Nuevas Tecnologías y sociedad de la información. Ed. Lex Nova. Valladolid, 2002, p. 195.

En suma, en tanto el sistema de contrata, hasta la publicación de la Ley N° 29245, constituía una figura contractual que no se encontraba sujeta a los límites laborales, resultaba posible prever que se generase toda una tendencia hacia su utilización indebida y desmesurada. Así, en dicho contexto los aspectos que debían evaluarse para determinar la existencia de una relación laboral directa eran, entre otros, los siguientes: una mera provisión de personal bajo las órdenes de los jefes de guardia y capataces del titular minero; una mezcla de actividades del trabajador destacado con los del titular minero sin diferenciación alguna; ausencia de servicios y bienes que se requieren para la prestación de servicios laborales; no diferenciación entre las actividades desarrolladas por el contratista con las del titular minero; tratamiento de los trabajadores del contratista como personal propio del titular minero<sup>13</sup>; etc. En suma, debía apreciarse si, en la práctica, la contrata minera era una mera formalidad y que el titular minero mantenía todas las facultades inherentes de un empleador.

Entonces, resultan aplicables los supuestos de traslación de la responsabilidad y riesgo laboral en los casos donde se demuestre la existencia de un fraude, simulación o en general cualquier mecanismo de evasión del cumplimiento de las reglas del Derecho del Trabajo. Y, en casos donde se verifica el traslado de bienes en un escenario de insolvencia y falta de pago laboral, se prevé la persecutoriedad de bienes<sup>14</sup> o, en cuanto se verifican criterios de unidad económica de empresas, se genera una responsabilidad solidaria<sup>15</sup>.

Ciertamente, lo expresado no supone que los trabajadores de la contrata no estén impedidos de percibir de su contrata las condiciones de trabajo y beneficios que el titular de la actividad minera proporciona a su propio personal. Así, condiciones y beneficios como vivienda, transporte, alimentación, artículos de aseo personal, educación, etc. suelen ser percibidos por trabajadores de la contrata en diferentes niveles de participación<sup>16</sup>.

### 1.3. Tercerización laboral: un nuevo escenario

Si bien a través del artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR<sup>17</sup>, Reglamento de la Ley N° 27626,

que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, se contemplaba a la figura de la tercerización, es recién a partir de la incorporación de los artículos 4°-A, 4°-B y 4°-C, contenidos en el Decreto Supremo N° 020-2007-TR<sup>18</sup>, que se vislumbra una clara decisión de regular la situación de los trabajadores de las empresas contratistas que se dedicaban a este tipo de actividades. Así, estamos en condiciones de afirmar que dicho dispositivo legal es el primer hito del nuevo escenario regulatorio en materia de tercerización, pues en él se disponen ciertas condiciones que debían observarse en la tercerización (asunción del riesgo, recursos financieros, técnicos o materiales propios y exclusiva subordinación por parte de los trabajadores de las empresas contratistas respecto de aquellas), estableciéndose expresamente también la desnaturalización como consecuencia en casos de tercerizaciones fraudulentas.

Sin perjuicio de lo indicado, es recién con la publicación de la Ley N° 29245 que se afianza el nuevo escenario de la tercerización laboral, haciéndose referencia a una amplia gama de figuras que califican como tal, restringiendo su ámbito de aplicación, estableciendo claramente los requisitos y características de una “tercerización laboral” –más adelante explicaremos por que utilizamos este término- válida, manifestándose acerca de los supuestos que generan la desnaturalización de la figura y sus efectos, así como respecto de aquellos que configuran una infracción de carácter administrativo, fijando la responsabilidad solidaria por parte de las empresas contratantes, etc.

Así, a continuación describiremos el nuevo escenario de la tercerización al que nos hemos referido.

- i) **Ámbito de aplicación:** fue necesaria la publicación del Decreto Legislativo N° 1038, para que se determinase claramente a quiénes alcanzaba lo dispuesto en la Ley N° 29245, pues esta última se refería a la tercerización de manera general. Así, en el artículo 2° del Decreto Legislativo mencionado se indicó que las obligaciones y restricciones contenidas en los artículos 4° al 9° de la Ley N° 29245 eran “(..) aplicables a aquellas

13 Una descripción sobre algunos indicios de una tercerización (outsourcing) simulada (o un “falso autónomo”), puede verse en CERDA MICO, Alberto. “La ingeniería laboral del outsourcing”. En: *Arazandi Social* N° 21, 1999, p. 75 y ss.

14 El Decreto Legislativo N° 856 anota que la persecutoriedad de bienes se aplica también en los casos de extinción de las relaciones laborales e incumplimiento de las obligaciones con los trabajadores por simulación o fraude a la ley, es decir, cuando se compruebe que el empleador injustificadamente disminuye o distorsiona la producción para originar el cierre del centro de trabajo o transfiere activos a terceros o los aporta para la constitución de nuevas empresas, o cuando abandona el centro del trabajo. Sobre este tema, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema en la CAS. N° 128-2001 LIMA define los presupuestos bajo los cuales opera la persecutoriedad de los beneficios sociales:

“Que, la acción persecutoria de los beneficios sociales se enmarca necesariamente a partir de dos presupuestos (i) la irrenunciabilidad de derechos de los trabajadores y (ii) su abono con carácter prioritario. Que estos dos presupuestos dan fundamento o fuerza a la acción persecutoria tendiente al cobro de las acreencias laborales”.

15 Al respecto, sobre el sistema español, puede verse CRUZ VILLALÓN, Jesús. “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrata y subcontratas”. En: *Revista Relaciones Laborales*. Ed. La Ley. Madrid, 1992-II, p. 114 y ss.

16 PRICEWATERHOUSE COOPERS. Ob. Cit., p. 11 y ss.

17 Publicado en el Diario El Peruano el 28 de abril de 2002.

18 Publicado en el Diario El Peruano el 20 de setiembre de 2007.

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 de forma eventual". Entonces, de acuerdo al dispositivo mencionado, la Ley que regula los servicios de tercerización, sin perjuicio de establecer los requisitos y características que deben observarse en cualquier tercerización, fija obligaciones y restricciones para los casos específicos de las tercerizaciones con desplazamiento continuo de personal a las instalaciones de la principal. De esta forma, ya contábamos con ciertas condiciones que debían cumplirse a efectos de aplicar la nueva legislación: desplazamiento continuo de personal / desplazamiento en las instalaciones de la empresa principal.

Posteriormente, el artículo 2° del Reglamento especificó que la Ley regulaba las tercerizaciones en actividad principal y que el desplazamiento al que hacía alusión la Ley debía producirse al centro de trabajo o de operaciones de la empresa principal.

Con las precisiones descritas terminó de aclararse que el nuevo escenario regulatorio es aplicable únicamente a las tercerizaciones que cumplan con las siguientes condiciones: i) desplazamiento de personal; ii) desplazamiento continuo<sup>19</sup>; iii) desplazamiento al centro de trabajo o de operaciones<sup>20</sup> de la empresa principal; y iv) desplazamiento de personal que desarrollará actividad principal<sup>21</sup> de la contratante. Si alguna de las condiciones mencionadas no se cumpliera, podrá tratarse de una tercerización, pero no una que pertenezca a lo que hemos llamado el nuevo escenario de la tercerización, en adelante la tercerización laboral.

Lo indicado es importante, porque, de acuerdo a lo indicado párrafos arriba, por lo general las contratas mineras prestan sus servicios desplazando personal de manera continua a las unidades de las empresas contratantes, a efectos de desarrollar actividad minera, es decir, actividad principal. Por consiguiente, además de encontrarse sujetas a la regulación especialmente establecida para las empresas que prestan servicios en exploración, explotación, desarrollo y beneficio minero, les resulta aplicable también la legislación general sobre

tercerización laboral, es decir, el cumplimiento de establecido en ambos regímenes resulta absolutamente obligatorio.

Antes de concluir la presente descripción, dejaremos para un análisis posterior algunas cuestiones vinculadas a la determinación del ámbito de aplicación de la legislación que regula la tercerización laboral:

- a) ¿El listado de actividades complementarias reguladas por la legislación sobre intermediación laboral es enunciativo o taxativo? ¿Si fuese taxativo, aquellas actividades complementarias cuya prestación se desarrolla con desplazamiento continuo de personal, a que régimen normativo se encuentran sujetas, al de tercerización laboral, al de intermediación laboral o a la legislación civil?
  - b) ¿Cómo se mide la continuidad? ¿Desde el desplazamiento de un determinado trabajador o en torno a los requerimientos del contrato entre la principal y la empresa contratista?
  - c) ¿Cómo determinamos si nos encontramos frente a un centro de operaciones, basta con que sea un lugar señalado por la empresa principal o requiere de su presencia y ejercicio de control?
  - d) ¿Si la empresa contratista arrienda el espacio en donde su personal presta los servicios, dentro del centro de trabajo de la principal, se convierte en centro de trabajo de la primera, estaríamos fuera de lo que conocemos como tercerización laboral?
- ii) Requisitos y características: siguiendo lo establecido por el Decreto Supremo N° 020-2007-TR, en la definición de la "Tercerización", la Ley N° 29245 fija como requisitos para su existencia: que la empresa tercerizadora preste los servicios por cuenta propia y asuma los riesgos de los mismos; que cuente con recursos financieros, técnicos o materiales propios; que sean responsables del resultado de sus actividades; y que los trabajadores que desplaza estén bajo su exclusiva subordinación. Sin embargo, una de las novedades de este nuevo escenario, consiste en la obligatoriedad de la coexistencia de estos requisitos. Si uno de ellos estuviese ausente deberá entenderse que la tercerización se ha desnaturalizado.

19 De acuerdo a lo indicado en el artículo 6° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, se configura la continuidad cuando: i) el desplazamiento se produzca durante más de un tercio de los días laborables acordados en el contrato de tercerización; o ii) cuando el desplazamiento exceda de 420 horas ó 52 días de trabajo efectivo, consecutivos o no, dentro de un semestre.

20 El Reglamento introduce este nuevo concepto, definiéndolo como "(...) el lugar o lugares determinados por la empresa principal que se encuentra fuera del centro de trabajo de aquella, donde el trabajador desplazado realiza sus labores, bajo las órdenes exclusivas de su empleador".

21 Según el Reglamento, debe entenderse por actividad principal, la definición contenida en el artículo 1° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, Reglamento de la Ley N° 27626, el que indica que aquella es la "(...) que es consustancial al giro del negocio y sin cuya ejecución se afectaría el desarrollo del mismo".

En cuanto a las características de la tercerización laboral, es la ley quien los fijó y, tanto el Decreto Legislativo N° 1038, como el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, se encargaron de flexibilizar. Pues, en un inicio se pensó que estas características eran rígidas y su presencia resultaba tan obligatoria como la de los requisitos anteriormente mencionados. La normativa menciona algunos, pero este listado es de carácter enunciativo y no taxativo, lo importante es contar con la mayor cantidad de elementos que coadyuven a concluir acerca de la existencia de autonomía empresarial. Vale la pena referirnos a dos de las características contenidas en la Ley N° 29245: la pluralidad de clientes y la obligación de contar con equipamiento.

En cuanto a la pluralidad de clientes, a pesar de que se le contempla como una mera característica, la Inspección del Trabajo la considera como un requisito, salvo que se configure alguno de los supuestos de excepción prescritos en el Decreto Supremo N° 006-2008-TR<sup>22</sup>.

Respecto a la obligación de contar con equipamiento, en un principio no se indicó si aquella debía ser propia o no, por lo que se entendió que tratándose de servicios autónomos, especializados e integrales, se consideraba que por lo menos debía existir un título oneroso de por medio, por ejemplo, un contrato de alquiler, y además, que la empresa contratista debía asumir todos los costos inherentes al mismo, esto es, mantenimientos, combustible, seguros, etc. Sin embargo, el Reglamento flexibilizó la característica y estableció que se entendía que se cumplía con ella, aún cuando las herramientas o equipos se mantenían bajo la administración y responsabilidad de aquella. Es decir, lo único que se exige es que la empresa contratista se comporte como propietaria de las herramientas y equipos que utilicen sus trabajadores, aún cuando no lo sea. Esto, sin duda es menos complicado y oneroso que contar con equipamiento propio o que de por medio exista un título oneroso.

Como se puede ver, a través de ambos, requisitos y características, se pretende contar con empresas tercerizadoras que posean autonomía empresarial real y expulsar del mercado a aquellas que son meras fachadas de las empresas principales, cuya existencia proliferó y se expandió durante el período de ausencia de una regulación específica. Los requisitos deben coexistir, mientras que las características coadyuvan a que una determinada tercerización

se legitime, pues cuantos más elementos nos conduzcan a concluir acerca de la existencia de autonomía empresarial, menos cuestionable será la figura.

No queremos cerrar el presente acápite sin referirnos a un hecho que viene ocurriendo. De acuerdo a la regulación descrita, no es necesario que la Autoridad Administrativa de Trabajo tenga que visitar una unidad minera y efectuar un recorrido por la misma a efectos de determinar si la tercerización implementada entre una contrata minera y la empresa principal es inválida, bastará con que solicite los balances de la contrata o sus libros contables para hacerlo. Pues, por ejemplo, si se verifica que la contrata no realiza inversión alguna, que nunca ha arrojado utilidades, que recibe préstamos por parte de la empresa principal para cumplir con sus obligaciones laborales y/o previsionales, etc., deberá concluirse que aquella no cuenta con recursos financieros propios y optarse por la desnaturalización de la figura. Más adelante analizaremos algunos pronunciamientos que están marcando la tendencia por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo en el sector minero.

- iii) Obligaciones y solidaridad: El nuevo régimen sobre tercerización laboral, ha traído consigo una serie de obligaciones formales que deben que deben cumplir las empresas principales y las contratistas. Estas obligaciones son las siguientes:
  - a) Previamente a iniciar actividades deben registrarse en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo o, alternativamente, registrar en la planilla electrónica el desplazamiento de su personal a empresas principales.

**«Los trabajadores de la contrata minera ejecutan sus servicios por cuenta ajena del contratista, y ello genera que el riesgo de los servicios laborales recaerá en el propio contratista».**

22 Las excepciones establecidas por el Reglamento son las siguientes: i) cuando el servicio objeto de tercerización sólo sea requerido por un número reducido de empresas o entidades dentro del ámbito geográfico, del mercado o del sector en que desarrolla sus actividades la empresa tercerizadora; ii) cuando en base a la naturaleza del servicio u obra, existan motivos atendibles para el establecimiento del pacto de exclusividad entre la empresa principal y la tercerizadora; y iii) cuando la empresa tercerizadora se encuentre acogida al régimen de la micro empresa.

- b) La empresa tercerizadora tiene la obligación de informar a sus trabajadores desplazados, a sus representantes o a la organización sindical, la identidad de la empresa principal, actividades que son objeto del contrato celebrado y el lugar en donde se ejecutarán.
- c) Alternativamente a la obligación referida en el párrafo superior, esta información podrá incluirse en los contratos de trabajo que se celebren con el personal desplazado.
- d) La empresa principal, dentro de los cinco días siguientes al mes en que se produjo el desplazamiento de personal o dentro de las veinticuatro horas de efectuada la solicitud por parte de la organización sindical, debe informar a sus trabajadores acerca de la identidad de la empresa tercerizadora y de los trabajadores desplazados, así como respecto de las actividades que aquellos desarrollarán.

Es claro que a través de las obligaciones mencionadas se ha pretendido preservar el derecho de información del personal de la empresa principal como de la tercerizadora. Asimismo, a través de la declaración vía planilla electrónica se facilita la labor fiscalizadora del gobierno.

Ahora, el incumplimiento de las obligaciones descritas acarrea sanciones distintas. En el caso, de las obligaciones contenidas en los puntos b), c) y d), su incumplimiento será pasible de ser sancionado a través de una multa de carácter administrativo, de acuerdo a lo dispuesto por la legislación sobre inspección del trabajo. En cambio, el tratamiento no es tan claro en los supuestos de no haber obtenido el registro señalado o no declarar vía la planilla electrónica el desplazamiento de personal. Pues, de acuerdo al inciso c) del artículo 5° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, "Se produce la desnaturalización de la tercerización: (...) En caso que continúe la prestación de servicios luego de transcurrido el plazo al que se refiere el último párrafo del artículo 9°<sup>23</sup> del presente reglamento, cuando se produce la cancelación del registro (...)". Tal como se aprecia, el supuesto configurador de la consecuencia es la cancelación del registro, sin embargo, la legislación no ha considerado la posibilidad de que la tercerización se desarrolle sin contar con el registro o sin declararla vía planilla electrónica. La consecuencia lógica en estos casos sería también la desnaturalización de la figura, pues si se sanciona el desarrollo de aquella una vez cancelado el registro, debería sancionarse también su ejercicio sin siquiera contar con aquel. Empero, debemos tomar en cuenta que tratándose de un resultado sancionatorio, éste debería estar expresamente previsto en la legislación.

En cuanto a la solidaridad, el nuevo escenario regulatorio ha extendido la responsabilidad a la empresa principal respecto del pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo que el trabajador estuvo desplazado. Lo asombroso es que mediante el Decreto Legislativo N° 1038 se indicó expresamente que la responsabilidad mencionada se extendía únicamente a las obligaciones de carácter legal y no a las de origen convencional o unilateral. Además, la solidaridad únicamente se extiende hasta un año luego de concluido el desplazamiento del trabajador.

Lo indicado en el párrafo superior, trae como consecuencia que contemos con dos sistemas distintos de solidaridad para la tercerización regulada legalmente. De un lado, está la descrita en el párrafo superior que aplica para los casos de lo que hemos llamado "Tercerización Laboral" y, del otro el establecido por la Ley N° 27626 y su Reglamento, para los casos de tercerización de servicios complementarios. En este último caso, la empresa principal es solidariamente responsable por los beneficios legales y colectivos que no se encuentren cubiertos por la carta fianza y dicha solidaridad se extiende por el íntegro del plazo de la prescripción laboral, esto es, cuatro años de extinto el vínculo laboral.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo superior, es positivo que el nuevo escenario regulatorio descrito en los párrafos superiores prevea la posibilidad de extender la responsabilidad a la empresa principal por los beneficios legales impagos a los trabajadores desplazados. Pues, este es un incentivo para que estas últimas se preocupen en contratar empresas serias y desarrollen un trabajo de vigilancia en cuanto al respeto de los derechos laborales de los trabajadores desplazados en sus instalaciones.

#### 1.4. Pronunciamientos de la Autoridad Administrativa de Trabajo

Luego de haber analizado el nuevo régimen desarrollado en torno a la tercerización laboral aplicable a las contratas, consideramos conveniente verificar cuáles son los criterios que viene desplegando la Autoridad Administrativa de Trabajo al momento de fiscalizar la materia mencionada. Para ello, hemos seleccionado una serie de pronunciamientos del sector minero que exponemos a continuación:

- i) Auto Zonal N° 021-2008-GRLL-GGR-GTPE

"(...) De la relación de trabajadores y cuyos cargos han consignado, se puede advertir que existe una estructura vertical, como lo son las de Gerente de Operaciones, Administrador de Contrata, Ingenieros de Seguridad, Ingeniero de Guardia,

23 Artículo 9°.- "(...) En caso de cancelación del registro, las empresas principales disponen de un plazo de 30 (treinta) días calendario a fin de efectuar la adecuación correspondiente".

Supervisores, Maestros Perforistas, Capataces, Ayudantes y Peones de Mina; lo que no demuestra una subordinación del personal a la usuaria”.

Tal como se aprecia, uno de los elementos que la Autoridad Administrativa de Trabajo observa, a efectos de pronunciarse acerca de la subordinación del personal desplazado es el hecho de que la empresa tercerizadora cuente con los cuadros de personal adecuados para el desarrollo de la actividad para la que ha sido contratada. No basta con desplazar mano de obra, ésta debe ser coherente con la actividad que se desarrolla.

#### ii) Resolución N° 005-2009-PIURA

“(…) Las actividades de la empresa referida no se realizan por cuenta propia y con sus propios recursos financieros, al haber recibido ésta de la principal mediante un contrato de mutuo una suma de dinero. Así también, la empresa no cuenta con el dinero, pues de poseerlo no hubiera requerido el mismo, situación que demuestra la falta de autonomía en el destino del dinero prestado (…).”

El pronunciamiento precitado refleja claramente lo que entiende la Autoridad Administrativa de Trabajo por autonomía financiera, es decir, la empresa contratista debe contar con la suficiencia para cumplir con las obligaciones requeridas a efectos de observar sus prestaciones, de lo contrario se cuestionará su autonomía financiera y, en mayor proporción, si para cumplir con sus obligaciones recibe dinero de la principal.

#### iii) Resolución N° 24-2008-PASCO

“(…) La empresa principal entrega bienes, servicios, materiales y ambientes, sin costo alguno a las empresas contratistas. Proporcionar energía eléctrica, acceso telefónico e internet, debería ser costeadado por las contratadas, hecho que no se ha acreditado, como también la falta de autonomía técnica y de material de la tercerizadora (…).”

Como se aprecia la Autoridad Administrativa de Trabajo sanciona el hecho de que la empresa contratista reciba de manera gratuita todos los elementos que requiere para cumplir las obligaciones asumidas respecto de la principal, indicando que ello refleja la ausencia de autonomía técnica.

## II. INTERMEDIACIÓN LABORAL

### 2.1. Las claves de identificación de una intermediación laboral

En la actividad minera tenemos también a la inter-

mediación laboral que importa la mera cesión o destaque de trabajadores para que éstos laboren bajo la dirección de la empresa usuaria (titular de la actividad minera), en tanto que existe un reparto de las facultades empresariales entre la empresa usuaria y la empresa de servicios especiales que brinda servicios complementarios, temporales o de alta especialización. En cambio, en las contratadas mineras y empresas especializadas se presta un servicio integral y suficiente (recursos financieros y técnicos, estructura productiva y organizativa autónoma, independiente, suficiente y adecuada) y los trabajadores prestan servicios bajo la dirección y fiscalización de la empresa contratista, sin que se configure una distribución de las facultades del empleador.

La intermediación laboral, centralmente, supone dos elementos claves: i) se verifica un destaque exclusivamente de trabajadores al centro de trabajo –o el radio de acción- del titular de la actividad minera (empresa usuaria), y; ii) los trabajadores laborarán bajo las órdenes de los jefes y supervisores de la empresa usuaria, es ella quien definirá el contenido de la prestación laboral.

La intermediación importa la configuración de tres relaciones: i) de carácter civil, entre la entidad intermediadora y la usuaria, para la prestación de servicios; ii) de naturaleza laboral o asociativo-laboral entre los trabajadores o socios trabajadores –estos últimos, pese a su calificación de trabajadores autónomos por las normas del sistema cooperativo, tienen derechos laborales- y las empresas de servicios especiales o cooperativas de trabajadores, respectivamente, y; iii) de sujeción laboral, entre la empresa usuaria y el trabajador o socio-trabajador destacado.

En nuestro sistema, la intermediación laboral tiene una regulación que limita considerablemente su actuación. En efecto, la Ley N° 27626, Ley de las Empresas Especiales de Servicios (“Services”) y las Cooperativas de Trabajadores, y su Reglamento, Decreto Supremo N° 003-2002-TR, delimitaron considerablemente las actividades de las entidades de intermediación laboral luego de poco más de una década de uso abierto y permisible de esta figura laboral. Se ha pasado de una regulación flexible -que permitía la contratación de todo tipo de trabajador hasta en 50% del total de la plantilla laboral- a una normativa rígida que ha reducido la actividad de intermediación a actividades periféricas, altamente especializadas o solamente ciertos supuestos de temporalidad<sup>24</sup>.

### 2.2. Las limitaciones de la intermediación laboral

La intermediación laboral tiene restricciones lega-

24 Algunas cooperativas de trabajadores plantearon una Acción de Amparo contra la aplicación de la Ley N° 27626. Mediante sentencia recaída en el Expediente N° 2670-2002-AA/TC, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda, indicando centralmente que “si bien el artículo 62° de la Constitución establece que la libertad de contratar (...) dicha disposición

les: se puede celebrar hasta un máximo del 20% del personal, sólo para actividades temporales<sup>25</sup> y, como hemos visto, la responsabilidad solidaria que se genera es bastante más amplia que la establecida para los casos de tercerización laboral. De modo general, estas restricciones no se aplican para la tercerización y las contrataciones mineras; sin embargo, si se tratara de una contrata que, en la práctica, solamente destaca mano de obra, el trabajador podría alegar su ingreso a la planilla del titular minero y exigir las sanciones correspondientes.

Ahora bien, nótese que la temporalidad se reduce a dos supuestos claramente delimitados (artículo 11.1 de la Ley): la contratación por suplencia y de carácter ocasional, aplicándose los requisitos TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL, aprobada por Decreto Supremo N° 003-97-TR).

Los supuestos de suplencia son evidentes: los reemplazos de un trabajador titular mientras dure la ausencia de éste (casos de maternidad, descansos vacacionales, licencias por capacitación, etc.). Ciertamente, no se incluyen en estos casos a los contratos "interinos": servicios temporales en una plaza que era ocupada por un trabajador estable y contratado directamente cuya relación culminó mientras se busca al nuevo trabajador para este puesto laboral.

De otro lado, el supuesto de contratación ocasional (artículo 60° de la LPCL) permite atender "necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo. Su duración máxima es de seis meses al año". Estamos ante un contrato de difícil configuración pues lo relevante es lo no habitual (resulta, existir, finalmente, una causa accidental) y que permite contratar no trabajadores de refuerzo de las actividades principales sino personal adicional para efectuar tareas distintas<sup>26</sup>.

Entonces, estamos ante causas temporales que son una excepción a la regla de contratación general que prefiere los contratos de duración indeterminada.

El cuanto al desarrollo de actividades complementarias, aunque se encuentran reguladas por la

legislación sobre intermediación laboral, se trata de tercerización de actividades complementarias, no de una simple provisión de mano de obra. Para la Ley, estamos ante actividades accesorias o no vinculadas al giro principal de las usuarias (artículo 11.2), pero deben prestarse de manera autónoma e integral. El Reglamento de la Ley destaca sobre este tema que estamos ante actividades auxiliares, no vinculadas a la principal, cuya ausencia no interrumpe las operaciones de la usuaria y señala expresamente a las de "como vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y limpieza" (artículo 1°).

Los criterios de interpretación sobre los alcances de la actividad principal o propia respecto de la complementaria son múltiples. Así, se ha dicho que lo principal son aquellas que se relacionan con el ciclo productivo, tanto las propiamente principales como aquellas que sirven o colaboran para su cumplimiento; actividades esenciales e imprescindibles; actividades inherentes al ciclo productivo de bienes y servicios; actividades indispensables para desempeñar adecuadamente las funciones; etc.<sup>27</sup>.

Debemos comprender que las actividades complementarias deben ser periféricas, que no forman parte de la actividad principal o estratégica de la empresa usuaria ni tampoco de las actividades de soporte. De este modo, por ejemplo, en la actividad minera, los obreros que se dedican a la explotación y extracción de minerales realizan una actividad principal y no pueden ser reemplazados por trabajadores destacados de empresas de servicios o de cooperativas de trabajadores (salvo los supuestos de suplencia). A su vez, el personal administrativo de la unidad minera que realiza labores de soporte debería ingresar dentro de la actividad principal (conformado por gerentes, abogados, contadores, administradores, etc.) y no califican como actividades complementarias.

Nosotros consideraríamos que la actividad complementaria debería ser analizada de modo casuístico, no pudiendo realizarse una afirmación genérica. Sin embargo, la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, mediante el Oficio N° 184-2009-MTPE/2, ha

necesariamente debe interpretarse en concordancia con su artículo 2°, inciso 14), que reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público (...) en el contexto descrito, la norma cuestionada pretende revertir el uso indiscriminado que se ha venido haciendo de determinadas modalidades contractuales en desmedro de lo que deben representar verdaderos contratos de trabajo. De las abundantes instrumentales obrantes en el expediente, se puede apreciar que lo que han hecho las cooperativas recurrentes y las empresas usuarias, no es precisamente facilitar, so pretexto de la existencia de contratos, el establecimiento de relaciones jurídicas en las que al trabajador se le garantizan todos y cada uno de los derechos laborales, sino incorporar modalidades sustitutorias (típicos contratos de naturaleza civil) en las que no quedan explícitas las condiciones en las que estos van a prestar sus servicios, ni mucho menos la garantía de que todos sus derechos van a ser reconocidos (...) el Estado no sólo tenía la facultad, sino el deber de intervenir creando una normativa que resultara compatible con los derechos laborales del trabajador".

25 Las actividades complementarias y especializadas son supuestos de tercerización regulados por la Ley N° 27626 y su Reglamento, pero no por eso dejan de ser actividades de tercerización. Así también lo ha indicado la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, mediante el Oficio N° 184-2009-MTPE/2.

26 SANGUINETI, Wilfredo. Los contratos de trabajo de duración determinada. Ed. Ara. Lima, 1999, p. 48.

27 Un estudio de la jurisprudencia española sobre el tema, puede encontrarse en MOLERO MARAÑÓN, María. La descentralización productiva en la unificación de la doctrina. Ed. La Ley, Madrid, 2003, p. 73 y ss.

indicado que únicamente se deben registrar en el Registro de Empresas de Intermediación Laboral las actividades que figuran en el Reglamento de la Ley N° 27626 (vigilancia, reparaciones, mensajería externa y limpieza), sustentando tal afirmación en el afán de salvaguardar la seguridad jurídica.

Finalmente, tenemos las actividades especializadas (tercerizaciones), o más concretamente “de alta especialización” (artículo 11.3 de la Ley), que son aquellas que exigen “un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados como el mantenimiento y saneamiento especializados” pero que son auxiliares, secundarias o no vinculadas a la actividad principal de la usuaria (artículo 1° del Reglamento). Los supuestos son, ciertamente, excepcionales y se reducen a casos como un alto conocimiento en tecnología (tan sofisticado y especializado que los especialistas en el mercado son reducidos, como podrían ser sistemas de perforación minera, procesos informáticos de alta tecnología, etc.)

De lo expresado, queda claro que los supuestos de actuación de las empresas de servicios y cooperativas de trabajadores en la actividad minera y en cualquier otra son reducidos. La intermediación está reservada para supuestos de temporalidad (Solamente suplencia y ocasional no mayor de seis meses al año).

### 2.3. Diferencias entre intermediación y tercerización (contratas)

La figura más próxima con la cual las contratas mineras tienen proximidad es la intermediación laboral. Por ello, es necesario dedicar algunas líneas sobre este tema.

El Convenio 181 de la OIT sobre Agencias de Empleo Privadas, prevé que éstas prestan servicios en relación con el mercado de trabajo “consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante “empresa usuaria”), que determine sus tareas y supervise su ejecución” (artículo 1°.b)”. Estaríamos ante una definición de la intermediación laboral.

Sobre las empresas de intermediación laboral, anota ERMIDA que, en este fenómeno de “prestamismo laboral”, se relacionan con la subcontratación de mano de obra porque la contratación no se produce directamente entre el trabajador y la empresa

beneficiaria del trabajo (empresa principal), sino a través de un tercero subcontratista (empresa de trabajo temporal)<sup>28</sup>.

Mientras que la intermediación laboral importa una mera cesión o destaque de trabajadores para que éstos laboren bajo la dirección de la empresa usuaria (titular de la actividad minera), en tanto que existe un reparto de las facultades empresariales entre la empresa usuaria y la empresa de servicios especiales<sup>29</sup>; en las contratas (tercerización) se presta un servicio integral y suficiente (se ha dicho que la empresa debe contar con una estructura productiva y organizativa autónoma, independiente, suficiente y adecuada para desarrollar determinada actividad<sup>30</sup>) y los trabajadores prestan servicios bajo la dirección de la empresa contratista, sin que se configure una distribución de los poderes del empleador. Sobre esto último, para SALA, la empresa contratista de obra o servicios puede ceder al trabajador a la empresa usuaria pero organizando su trabajo y aportando los medios materiales, aspectos que son centrales para diferenciarla de la intermediación laboral<sup>31</sup>.

De este modo, los trabajadores de las entidades de intermediación laboral prestan servicios por cuenta ajena a favor del titular de la actividad minera, y el vínculo de ajenidad importa que el riesgo de los servicios laborales serán asumidos por el titular minero; de otro lado, los trabajadores de la contrata minera ejecutan sus servicios por cuenta ajena del contratista, y ello genera que el riesgo de los servicios laborales recaerá en el propio contratista.

Dado que la intermediación laboral supone un simple destaque de mano de obra, está regulada por el Derecho Laboral a tal punto que las entidades que prestan el servicio deben tener autorizaciones, los servicios que se prestan son limitados (cualitativa y cuantitativamente), el procedimiento de contratación está sumamente regulado y se prevén una serie de exigencias (por ejemplo, los contratos de los trabajadores destacados deben ser por escritos aun cuando se trate de contratos a plazo indeterminados que, por regla general, no tienen que cumplir este requisito) y responsabilidades solidarias mayores a la de la tercerización laboral.

A continuación presentamos un cuadro que busca remarcar las principales diferencias entre intermediación laboral, contratas mineras y otros supuestos de tercerización (servicios complementarios)<sup>32</sup>:

28 ERMIDA URIARTE, Oscar. Prólogo en ¿Empresas sin trabajadores? Legislación sobre las empresas de trabajo temporal. Cuadernos de Investigación No 10. Dirección del Trabajo de Chile. Santiago, 1999, p. 10.

29 PÉREZ YÁNEZ, Rosa. “El reparto de poderes empresariales entre empresa de trabajo temporal y empresa usuaria respecto a trabajadores en misión”. En: Revista Relaciones Laborales I/1998. Ed. La Ley. Madrid, 1998, p. 133 y ss.

30 NOGUEIRA, Magdalena. “Ingeniería jurídica y empresas de trabajo temporal: las difusas fronteras entre las contratas y la cesión de trabajadores”. En: Revista Temas Laborales No. 56. Madrid, 2000, p. 230.

31 SALA FRANCO, Tomás. “La regulación legal de las Empresas de Trabajo Temporal (ETT) en algunos países europeos”. En: “¿Empresas sin trabajadores?...”. Ob. Cit., p. 107.

32 Algunas diferencias se apreciarán más adelante, cuando tratemos a la intermediación laboral.

MATERIA	INTERMEDIACIÓN	TERCERIZACIÓN LABORAL + CONTRATA MINERA	TERCERIZACIÓN COMPLEMENTARIA
Objeto del contrato	Cesión o préstamos de personal: cubrir puesto de trabajo	Servicio integral y diferenciado, bajo cuenta, costo y riesgo del tercero.	Servicio integral y diferenciado, bajo cuenta, costo y riesgo del tercero.
Bienes y servicios	Sólo se aporta la mano de obra	Se aporta bienes, servicios, equipos, logística, <i>know how</i> , herramientas, etc.	Se aporta bienes, servicios, equipos, logística, <i>know how</i> , herramientas, etc.
Dependencia	El trabajador destacado está bajo órdenes de la usuaria.	El trabajador desplazado está bajo órdenes de la empresa contratista.	El trabajador destacado está bajo órdenes de la empresa contratista.
Tipo de servicio	Actividad principal: sólo reemplazos y ocasionales.	Actividad principal, con desplazamiento de personal en el centro de trabajo u operaciones de la contratante (trabajos mineros de exploración, explotación, desarrollo y beneficio).	Actividad complementaria: vigilancia, reptación, mensajería externa y limpieza.
Solidaridad	Todos los beneficios sociales (legales y convencionales).	Beneficios laborales (solamente los legales).	Todos los beneficios sociales (legales y convencionales).
Prescripción	4 años	1 año desde que culminó el desplazamiento del trabajador.	4 años
Autorización	Registro de Empresas de Intermediación Laboral	Registro de Empresas Tercerizadoras de Actividades o declaración del desplazamiento vía planilla electrónica + Registro de empresas contratistas mineras	Registro de Empresas de Intermediación Laboral

### III. A TÍTULO DE CONCLUSIONES

- i) Las transformaciones de los sistemas productivos así como la necesidad de contar con instrumentos de producción flexibles -que respondan con agilidad ante las fluctuaciones del mercado y permitan a las empresas ser competitivas a nivel mundial- han generado la utilización de diferentes mecanismos de descentralización de actividades que se pueden agrupar en dos principalmente: la intermediación laboral (desarrollada por las *services* y cooperativas de trabajadores) y la externalización, *outsourcing* o tercerización de servicios.
- ii) El hecho de que hasta junio de 2008 no haya existido una regulación específica respecto de la tercerización y, tras las obligaciones introducidas por la Ley N° 27626 y su Reglamento en cuanto a la intermediación laboral, motivaron que un gran número de empresas migraron desde esta última figura hacia la tercerización.
- iii) Esta migración y la flexibilidad con la que se percibía a la tercerización, originaron la proliferación de empresas contratistas fraudulentas, de empresas principales que solamente utilizaban la figura con el objeto de reducir el número de su plantilla, en síntesis, una serie de situaciones alejadas de lo que realmente implica la tercerización, que se parecían más a una simple provisión de mano de obra.
- iv) La minería no fue ajena a situaciones como las descritas en el párrafo superior. En este caso, incluso los requisitos establecidos por la Autoridad Minera, a efectos de lograr la inscripción en el Registro de Empresas Contratistas en Minería no implicaban gran exigencia para aquellas.
- v) Frente a la situación descrita, en junio de 2008 se expidió la nueva regulación sobre tercerización. Esta nueva regulación estableció una serie de obligaciones y restricciones para las empresas contratistas y las principales, en torno a las prestaciones que implicasen el desplazamiento continuo de personal de las primeras hacia las segundas, a efectos de que desarrollen labores en actividad principal; asimismo, a través de dicha normativa se fijaron garantías para los trabajadores desplazados.
- vi) Asimismo, la Autoridad Minera elevó los estándares y las exigencias que debían cumplir las empresas contratistas mineras a efectos de obtener el registro que las autorizase a prestar servicios de dicha índole.
- vii) A la fecha, existen ciertas demandas laborales y de accidentes de trabajo contra las contrataciones y los titulares mineros (en ocasiones, solamente a estos últimos) para el pago de beneficios sociales y/o indemnizaciones por enfermedades profesionales, y algunos hasta de reposición. Es, entonces, muy relevante diferenciar la práctica de gestión humana y relaciones laborales respecto del personal que no está en planillas del titular minero. CA