

LA EXTERNALIZACIÓN DE ACTIVIDADES LABORALES (OUTSOURCING)

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez^(*)

Catedrático de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas
Profesor de Derecho Económico Internacional

(*) e-mail: jorgerp@hotmail.com; y, jorgerp9@yahoo.com.
Telfax (506) 250-1160; y, (506) 259-4844
Apartado postal 1264 Y Griega 1011, San José Costa Rica

SUMARIO:

Introducción

1. Concepto
 - 1.1. Definición
 - 1.2. Origen etimológico
 - 1.3. Origen histórico
2. Objetivo
3. Enfoques
 - 3.1. Laboral
 - 3.2. Comercial
 - 3.3. Administrativo
4. Teoría administrativa
5. Delimitaciones
 - 5.1 El outsourcing del activo fijo
6. Ventajas y desventajas del outsourcing
 - 6.1 Ventajas
 - 6.1.1. Benchmarking
 - 6.2. Desventajas
7. Caracteres del contrato de outsourcing
8. Comparación del outsourcing con otros contratos
 - 8.1. Suministros
 - 8.2. Compraventa
 - 8.3. De servicios técnicos y profesionales
9. Criterio de la Contraloría General de la República

Conclusión

Bibliografía

Resumen: Este trabajo analiza la figura del *outsourcing*, en sus aspectos más relevantes, teniendo presente su ubicación como contrato moderno atípico.

Abstract: This paper is about the modern contract of *outsourcing*. For this figure obtaining services from specialist bureaux or other companies, rather than employing full-time members of staff to provide them.

Palabras claves: *outsourcing*, *benchmarking*, activo fijo, contrato atípico, externalización de actividades laborales.

INTRODUCCIÓN

El contrato de *outsourcing* se ha venido desarrollando al calor de las nuevas necesidades empresariales por disminuir costos y a la vez, aumentar la eficiencia en el mercado, como un todo; y, con ello incrementar los beneficios de acuerdo con la ecuación *costo-beneficio*.

Este contrato materializa un mecanismo gerencial por el cual se contratan en forma externa algunas funciones, servicios o procesos con el fin de que sean ejecutados por personal de empresas externas a la empresa contratante.

En el fondo, es una asociación de proveedores (o, suministradores) externos que tiene por finalidad aumentar los niveles de eficiencia y eficacia en el funcionamiento de la empresa que hace la contratación, lo cual redundará en la disminución de costos de operación de la persona que realiza la negociación.

En este capítulo se expondrá este contrato desde el punto de vista jurídico, pero, además, se indicarán algunas notas desde la perspectiva de la *teoría administrativa*, ya que la necesidad de realizar estos convenios nace a partir de requerimientos de la empresa para incrementar su mejor funcionamiento y operatividad, a la vez de que existe el deseo de disminuir los costos de operación empresarial (Díaz-García, p. 105, 2001).

Desde el punto de vista del *Derecho Comercial*, se trata de relaciones contractuales atípicas entre empresas. Si se ve desde el ángulo del *Derecho Laboral*, se está en presencia de la *externalización de actividades laborales*.

El enfoque de esta investigación hace énfasis en la perspectiva del *Derecho Comercial*.

1. CONCEPTO

1.1. Definición

A este convenio también se le conoce como *contratos de servicios especializados*.

Este convenio se puede definir como el medio para contratar y delegar a largo plazo uno o más procesos no propios o esenciales del negocio focalizado, a un proveedor más especializado respecto de la propia empresa, para conseguir una mayor efectividad que nos permita orientar los mejores esfuerzos a las necesidades neurálgicas para el cumplimiento de los objetivos de la empresa (*Gustavo Morales*. www.monografías.com. accesado 09/11/01).

Por este contrato se pueden obtener componentes, servicios, productos o sistemas, mediante proveedores especializados, en lugar de utilizar los que se podrían fabricar o prestar internamente (*Guerra*, cit., p. 393, 402, 563, 1999).

Así por ejemplo: mediante este convenio una empresa contrata las actividades o servicios de seguridad, limpieza, computación, etc., con *terceros* con el objeto de contribuir a la realización de los objetivos comerciales de la firma contratante.

La relación que surge entre las empresas, es de carácter mercantil, siendo el respectivo contrato de colaboración externa empresarial.

Por ello se puede *outsourcing* como el conjunto de contratos mercantiles articuladores de relaciones de colaboración externa empresarial idóneos para materializar *la externalización de actividades y funciones de la empresa*.

Esta relación contractual sirve para disciplinar relaciones mercantiles de colaboración para desarrollar actividades productivas para la empresa (Pedrajas, pp. 53 a 56, 2002).

En síntesis, el *outsourcing* es una estrategia empresarial consistente en la externalización de actividades y funciones que podrían haber sido desarrolladas en el seno de la propia empresa.

Esa colaboración externa empresarial supone la sustitución de relaciones internas de carácter laboral por otras articuladas mediante contratos mercantiles (Fernández, p. 385, 2002).

Se trata de un método organizativo y de producción por el cual las empresas desprenden alguna actividad, que no forma parte de sus habilidades principales, a un tercero especializado. Se entiende por “habilidades principales, centrales o medulares” todas aquellas que integran el negocio nuclear de la empresa y en las que se tienen ventajas competitivas con relación a la competencia.

Es, una estrategia de administración por la cual una empresa delega la ejecución de ciertas actividades en empresas especializadas en ellas.

1.2. Origen etimológico

Outsourcing: término en inglés que se podría traducir al español como suministro desde el exterior o aprovisionamiento externo de bienes o de servicios. También, se puede decir “comprar afuera” (Collin, p. 203, 1999).

Outsource: Obtener componentes, servicios, etc., de suplidores externos (Allen, p. 26, 2001).

1.3. Origen histórico

A partir de 1960, el desarrollo del sistema capitalista promovió, entre otros fenómenos estructurales y de coyuntura, esta clase de contratos para aumentar la rentabilidad de las empresas y la disminución de los costos, dentro del esquema *mínimax* (máxima ganancia, beneficio o rendimiento, mínimo costo).

Por supuesto, luego del período de la crisis de la deuda externa (a partir de 1982, aproximadamente), se desencadena el proceso de la *globalización* o *mundialización*, principalmente promovido por la caída

de los países socialistas (simbolizado en el año de 1989, cuando cae el muro de Berlín), que facilitan la internacionalización del capital transnacional y el flujo rápido de las corrientes financieras.

Esta clase de negocios, que funcionan sobre estrategias y tácticas de la administración de las empresas (también en los mecanismos de *marketing*) se les llama *aprovisionamiento exterior*.

Igualmente, se ha divulgado como *outsourcing* o servicios especializados (*Financial Times, USA*), como una organización, en el sector público o en el privado, que contrata servicios especializados para disminuir costos; para aumentar ganancias, concentrándose en la actividad comercial propia de la empresa que contra bajo la modalidad de *outsourcing* (Collin, p. 203, 1999).

El *Outsourcing* es una práctica que data desde el inicio de la era moderna. Este concepto no es nuevo, ya que muchas compañías competitivas lo realizaban como una estrategia de negocios. Al inicio de la era post-industrial se inicia la competencia en los mercados globales.

Después de la segunda guerra mundial, las empresas trataron de concentrar en sí mismas la mayor cantidad posible de actividades, para no tener que depender de los proveedores. Sin embargo, esta estrategia que en principio resultara efectiva, fue haciéndose obsoleta con el desarrollo de la tecnología, ya que nunca los departamentos de una empresa podían mantenerse tan actualizados y competitivos como lo hacían las agencias independientes especializadas en un área, además, su capacidad de servicio para acompañar la estrategia de crecimiento era insuficiente.

El concepto de *Outsourcing* comienza a ganar credibilidad al inicio de la década de los 70's enfocado, sobre todo, a las áreas de información tecnológica en las empresas. Las primeras empresas en implementar modelos de *Outsourcing* fueron gigantes como *Electronic Data System*, *Arthur Andersen*, *Price Waterhouse* y otros.

El *Outsourcing* es un término creado en 1980 para describir la creciente tendencia de grandes compañías que estaban transfiriendo sus sistemas de información a proveedores.

En 1998, el *Outsourcing* alcanzó una cifra de negocio a nivel mundial de cien mil millones de dólares. De acuerdo con estudios recientes, esta cantidad se disparará hasta 282 mil millones de dólares (Rudy Fernández et al, *Outsourcing, estrategia empresarial*, monografias.com, accesado 01/03/03).

2. OBJETIVO

Se da aquí un proceso de *subcontratación* de la empresa interesada en el *outsourcing* con las demás empresas que le suplen los respectivos servicios, productos o sistemas (Rotherby y Robertson, 1996, p. 186).

Su objetivo es la reducción de gastos directos, basado en la subcontratación de servicios que no afecten la actividad principal de la empresa.

Nació esta figura como un medio para reducir los costos. Actualmente se combina este objetivo con el del crecimiento empresarial.

El *outsourcing* más que un contrato de personas o de activos, es un convenio para obtener resultados. Funciona dentro del esquema: “máxima ganancia o beneficio (rendimiento), mínimo costo”.

Esta figura implica el uso estratégico de recursos humanos a la empresa para realizar actividades tradicionalmente afectada por personal y recursos internos de la empresa.

El carácter económico es la finalidad esencial del *outsourcing*.

Se trata de una herramienta de gestión de las empresas que utilizará en el marco estratégico de su planificación con el objetivo de mejorar la eficiencia (no solo bajando costos) de sus actividades empresariales. Propiciando, así, la especialización, modernización y un incremento de su competitividad (Pedrajas, pp. 60- 61, 2002).

Este mecanismo comercial significa la contratación de proveedores ajenos a las empresas, con experiencia en un campo específico con el fin de que proporcionen a éstas ciertos productos y operaciones. El propósito que se persigue con ello puede ser reducir costos mediante el ahorro al reducir personal o reasignar empleados a tareas más importantes.

De este modo los proveedores externos representan un valioso instrumento para el crecimiento de una campaña y para la conservación de su posición competitiva.

Permiten a una empresa concentrarse en sus aptitudes esenciales y delegar a compañías externas la realización de actividades para las que estas son especialmente aptas.

Otras razones por las que las compañías recurren a proveedores externos son la obtención de acceso a las mejores fuentes en todo el mundo, el compartimiento de riesgos con proveedores, la asignación de capital a factores claves de éxito empresarial, la delegación de funciones difíciles de administrar o sencillamente la incapacidad de ejecutar ciertas tareas.

El *outsourcing* también puede servir como arma estratégica.

Se ha dicho que antes de optar por proveedores externos es necesario realizar un estudio de reingeniería de prácticas empresariales. Los resultados de este análisis pueden indicar qué tareas conviene conservar dentro de la campaña y cuáles otras contratar con fuentes externas (Koontz y Weibrich, 1998, pp. 706 a 708).

Mediante el *outsourcing* se trata de encontrar nuevos proveedores y nuevas formas de asegurar la entrega de materias primas, artículos, componentes; o, la realización de servicios. Por él se transfiere la práctica de la planeación, administración y operación de ciertas funciones a una tercera parte independiente (subcontratista).

Otra consecuencia interesante del *outsourcing*, respecto del tema de los sindicatos, es lo relativo al hecho de que la transferencia de servicios o de trabajos a contratistas ajenos a la empresa, reduce o anula la capacidad de acción y de maniobra de los *sindicatos* (en el caso de que existan; en nuestro país estas agrupaciones se dan en el sector público, en cuanto al sector privado no existen).

Es decir, se puede dar también un efecto antisindical, pues los debilita, por parte de la ejecución de prácticas de *outsourcing*, ya que una o varias de las actividades laborales que se desarrollan en el Estado, pasan a ser realizadas por empresas privadas, como por ejemplo —en nuestro medio—: *seguridad, jardinería, limpieza, lavandería, mantenimiento de edificios*. De tal modo que los obreros que formaban parte del sindicato de la institución estatal dedicados a ejecutar esas tareas, dejan de hacerlas para que las haga la empresa privada o son despedidos del ente público (Rothery y Robertson, 1996, pp. 4 y 30).

Se ha fortalecido el *outsourcing* en el campo de la informática más en los países desarrollados que en las naciones pobres. Por esto se dice que, por este medio, no solo se reducen costos, sino que además se pueden dar mejoras en el negocio y en los servicios de tecnología informática.

En este campo de la *tecnología informática* se indica que su propósito es:

- Controlar los costos
- Lograr el cambio tecnológico
- Obtener talento externo
- Mejorar esta tecnología
- Lograr que tenga una mayor capacidad de respuesta
- Reducir la carga de la administración de la empresa
- Concentrarse en las áreas centrales o nucleares de la empresa
- Deshacerse de la tarea de realización de dicha tecnología.

Este *outsourcing* ligado a la tecnología *informática* ha evolucionado con velocidad, de modo más intenso, en las naciones ricas (Rothery y Robertson, 1996, p. 113; Pacheco, Andrés, *Outsourcing como herramienta de negocios*, www.google.co.cr, accesado 05/03/ 03).

3. ENFOQUES

3.1. Laboral

Desde el ángulo del *Derecho de Trabajo o Laboral*, el esquema tradicional de una relación laboral que se gesta al interior de una empresa entre un patrono y obreros, queda desplazado por un sector de actividades laborales propias de la empresa, cuyos dueños deciden estandarizarlas o sacarlas de dicha empresa para que otras compañías o firmas, las realicen a favor o beneficio de la empresa matriz.

Podría ser que se den, al menos dos situaciones:

1. Parte de los trabajadores de la empresa matriz , fundan una firma para negociar con su antiguo patrono, ya como una empresa distinta, autónoma que pacta mercantilmente. Igualmente, pueden contratar con otros empresarios. Se permuta así la originaria relación laboral entre obreros y patronos, en una relación comercial entre empresarios, para brindar servicios de limpieza, seguridad, lavandería, etc.
2. El patrono despide a los obreros del sector de limpieza y seguridad, y negocia esos servicios con otras empresas diversas, cuyos obreros se han especializado profesionalmente en esos servicios.

3.2. Comercial o mercantil

En este enfoque lo que interesa destacar es el contrato comercial o mercantil que se realiza (dando lugar a su respectiva relación).

3.3. Administrativo

Aquí, se pone el énfasis en los aspectos de teoría de la administración, en general; y, en lo particular, en el campo de los recursos humanos.

4. TEORÍA ADMINISTRATIVA

En la teoría de la *Administración de empresas y en el sector de los recursos humanos o de personal*, esta temática ocupa un lugar importante.

Se refiere, en *teoría administrativa*, al fenómeno moderno de *desconcentración* o de *construcción* empresarial, consistente en realizar mediante el mercado (encomendándose a algún proveedor externo) actividades productivas que tradicionalmente se han venido realizando en el interior de la empresa. Se trata de una novedosa forma de cooperación interempresarial. Se le denomina también *empresa virtual o fantasmal* (Suárez, p. 279, 2000), porque desarrolla tareas o actividades para la empresa contratante, pero no forma parte de la organización de esta empresa, sino que es otra persona jurídica independiente de ella.

El *outsourcing* es un mecanismo gerencial por el cual se contratan en forma externa algunas funciones o procesos para que sean ejecutados por personal de empresas externas. Se trata de una asociación con proveedores externos para incrementar los niveles de eficiencia y eficacia en el servicio y también para reducir los costos de operación en la empresa.

Ahora introduciremos una información para ilustrar el desempeño *outsourcing* como un activo fijo (bienes de una empresa con una vida útil mayor de un año).

4.1. El outsourcing del activo fijo

Un cambio de mentalidad en nuestros empresarios los ha llevado a sustituir las funciones que por años fueron desempeñadas al interior de

las empresas por la contratación de servicios externos. Este fenómeno, denominado *outsourcing* ha demostrado ser mucho más que una moda pasajera.

En un inicio, solo se sustituían las actividades menos relevantes (limpieza, seguridad). El volumen y la experiencia alcanzada por las empresas que brindan este tipo de servicios, se empezó a traducir en tarifas inferiores al costo real de ejecutar esas funciones internamente, situación que se acentuó con la aparición en el mercado de gran cantidad de ellas y el consecuente aumento en la competencia.

Hoy, el *outsourcing* abarca incluso hasta las funciones más trascendentales de las compañías, como recuperación de cuentas por cobrar, talleres de mantenimiento de flotillas y más recientemente, hasta en la administración total de inventarios, permitiendo a las empresas hacer desaparecer las bodegas. Así, se ha logrado una enorme capacidad de convertir grasa en músculo (Párraga, Manuel. *El outsourcing del activo fijo*, revista **Actualidad económica**, 14 de mayo del 2001).

5. DELIMITACIONES

- El *outsourcing* es una actividad organizada que tiende a externalizar funciones empresariales.
- Esta figura tiende a sustituir relaciones laborales internas por otras de carácter externo mercantil.
- Es admisible, por ejemplo, el *outsourcing* para la prestación de servicios de seguridad, asesoramiento, limpieza.

6. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL OUTSOURCING

6.1. Ventajas

- * Convierte los costos fijos invertidos en el servicio, en costos variables (reduce, controla el gasto de operación).
- * Al concentrarse en las actividades centrales se puede incrementar el enfoque y la productividad corporativas (se dispone mejor de los fondos de capital).

- * El proveedor de *outsourcing* es experto en el área donde desarrolla su trabajo.
- * El proveedor de *outsourcing* conoce mejor las tecnologías aplicables al área de su servicio.
- * Se tiene una mejor disposición para usar dinero en efectivo y fondos de capital.
- * Se tiene un mejor enfoque y visión de la empresa.
- * Se tiene acceso a servicios especializados para dar mejor atención a la clientela de la empresa.
- * Las tareas de reingeniería empresarial, se tornan más factibles.
- * Los riesgos empresariales se distribuyen.
- * Se liberan recursos e insumos de la empresa para ser reubicados en sitios de una mayor rentabilidad.
- * El *outsourcing* se puede utilizar en diversas áreas empresariales: personal o recursos humanos, compras o suministros, mercadeo, etc.
- * Pueden manejarse con más facilidad funciones difíciles.
- * Se tiene acceso a habilidades y tecnologías, a nivel nacional e internacional.
- * Se da esta clase de negociación empresarial como resultado del *Benchmarking*.

En este terreno del outsourcing, preguntémosnos: *¿cuál podría ser una ventaja relevante, referida al campo laboral o de las relaciones de trabajo?*

Efectivamente, la empresa que contrata según la modalidad de *outsourcing* ciertos servicios (ejemplos: seguridad de las personas y del edificio, limpieza del inmueble, cuidado y mantenimiento de las zonas verdes), se libera del costo relativo a las relaciones laborales o el renglón de personal, ya que los trabajadores que se ocupan de esas actividades

citadas mantienen una relación jurídico laboral con la empresa privada que le da esos servicios a la persona jurídica que los ha contratado.

Por ejemplo, el Banco de Costa Rica contrata los servicios de seguridad a una empresa privada y esta fungirá como el patrón de los obreros que se encargan de este servicio. Así, ese banco se descarga de esos costos, entre los cuales pueden estar convenciones colectivas, y todos sus efectos laborales.

Otro ejemplo, en nuestro país, es la contratación de los servicios de limpieza que hace la Caja Costarricense de Seguro Social.

Se debe indicar que en los últimos años, la contratación de los servicios de seguridad y de limpieza, por ejemplo, se ha intensificado en la administración pública del país, debido a las ventajas que ya hemos apuntado.

A este fenómeno de la contratación, *vía outsourcing* se le ha llamado privatización de servicios que antes prestaba directamente el Estado. Sin duda es cierta esta situación.

En la empresa privada se está dando la práctica de contratar por medio de esta figura comercial los servicios profesionales o técnicos de abogados, médicos o contabilistas, así por ejemplo la empresa Madrigal & Asociados ofrece los servicios contables bajo el lema “los negocios son su actividad, nuestra misión es contratarlos por Ud.” (*El Financiero* N° 366, del 17 al 23 de junio del 2002).

Por lo que corresponde a la perspectiva del Gobierno, frente al grave problema del *déficit fiscal*, por el cual más del 40% del presupuesto nacional se financia con bonos de la deuda pública interna, el Estado se ha visto obligado a tratar de disminuir los egresos, estratégicamente en materia de personal, que en promedio implica más de un 80% de la inversión del gasto público, dentro de los límites establecidos por el presupuesto nacional.

En este aspecto, habría que indicar que no hay estudios que muestren a cuánto podría llegar el ahorro del gasto público al haber privatizado esos citados servicios que antes estaban a cargo del Estado. Tal vez, la respuesta va en otro sentido, ya que al privatizar esos servicios de seguridad y limpieza, no solo reducen la planilla de las instituciones estatales, sino que además debilitan los sindicatos públicos y las convenciones colectivas en el sector estatal.

6.1.1. ¿Qué es el Benchmarking?

Se había señalado que el *outsourcing* como negociación empresarial, es el resultado del *Benchmarking*. Por ello explicaremos en qué consiste el *Benchmarking*.

La idea central del *Benchmarking* consiste en admitir que alguien puede hacer algo mejor que uno y tan ambicioso para intentar alcanzarlo y superarlo. Es decir, se trata de estudios de referencia para conocer quién es el mejor en el campo determinado y pasarle adelante.

También se le conoce como *emulación al mejor*: se refiere a la comparación de las actuaciones y métodos de trabajo de la propia organización, con uno de los principales competidores o con las organizaciones más prominentes en otros sectores (*Guerra*, pp. 197-201, 1999).

La definición que se haga de Benchmarking conlleva estos aspectos:

- Desarrollar ventajas comparativas.
- Estudiar las mejores prácticas en organizaciones de cualquier país.
- Comparar el desempeño de una organización con el de otras, para obtener información que, adaptada de manera creativa, conduzca a mejorar su desempeño.

Originalmente, la expresión *Benchmarking* provino de la topografía. Se trataba de una marca que hacían los topógrafos en una roca o un poste de concreto, para comparar niveles.

Esta palabra pasó de la topografía al léxico de los negocios a inicios de los ochentas (siglo XX), cuando la empresa Xerox la usó para referirse a la comparación de una compañía con sus competidoras directas o con empresas reconocidas como líderes en su industria. Luego su significado se amplió.

Esta estrategia en los negocios se apuntó como un rediseño o reingeniería para crear una ventaja competitiva rentable y sostenible.

El *Benchmarking* es una herramienta fundamental de búsqueda externa de ideas y tácticas negociables (Boxwell, Robert et al *Benchmarking: para competir con ventaja*, Madrid, Mc Graw Hill 1995, www.monografias.com, accesado 08/11/01; Morales, Gustavo. *Outsourcing*, www.monografias.com,

accesado 09/11/01; Walter Schupnik, *Outsourcing & Benchmarking*, monografías.com, accesado 01/03/ 03; Rudy Fernández et al, *Outsourcing*, monografías.com, accesado 01/03/03).

Benchmarking: un proceso sistemático y continuo para evaluar los productos, servicios y procesos de trabajo de organizaciones que son reconocidas como representantes de las mejores prácticas, con el propósito de realizar mejoras organizacionales (*Spendolini*, 1994, p. 11).

Por ello se indica que el *benchmarking* es:

- Un proceso continuo
- Un proceso de investigación que proporciona información importante
- Un proceso para aprender de otros
- Una búsqueda pragmática de ideas de superación empresarial
- Un trabajo que consume el recurso tiempo
- Un proceso de trabajo que requiere disciplina
- Una herramienta relevante que da información útil y estratégica para mejorar la actividad empresarial.

El *benchmarking* se utiliza como un medio para identificar las mejoras prácticas empresariales y hacer lo posible por superarlas (*Spendolini*, 1994, p. 39).

Esta técnica del *benchmarking*, puede servir para evaluar los prospectos de *outsourcing*, ya que se somete a examen una o más empresas que operan en niveles deseables de calidad, eficiencia y rentabilidad (*Rothery y Robertson*, 1996, p. 33).

6.2. Desventajas

- * Un contrato inflexible puede resultar muy costoso.
- * Una comunicación débil puede provocar una pérdida de contacto con su proveedor ; y con el cliente.
- * La falta de entrenamiento del socio de *outsourcing* puede provocar una disminución en la calidad del servicio (Díaz-García, pp. 105 a 107, 2001).

- * Es correr un riesgo el no efectuar el convenio adecuado.
- * La selección del contratista del *outsourcing* puede ser una opción inadecuada, ya que si éste falla, el perjuicio para la empresa es grave.
- * Se da una dependencia empresarial respecto de los contratistas que resulten del *outsourcing*, pues sectores de la empresa importantes descansan en el buen desarrollo o ejecución de los convenios respectivos.
- * Este contrato implica un costo que abarca toda la negociación, lo cual requiere seguimiento y monitoreo.
- * Se da una ausencia de control o fiscalización en cuanto al personal del contratista del *outsourcing*.
- * Pérdida de seguridad.
- * Amenazas a la confidencialidad.
- * Posible pérdida de talento dentro opia empresa.

7. CARACTERES DEL CONTRATO

7.1. Es un contrato de colaboración empresarial

Para brindar los servicios que los proveedores o los prestadores requieren en el mercado, se da una colaboración de los esfuerzos empresariales.

7.2. Es un convenio interempresarial

Ese esfuerzo de prestación de servicios se da en un plano interempresarial. Varias empresas unen sus servicios para negociarlos con el empresario que los necesita.

7.3. Oneroso

Este convenio se realiza con el fin de obtener ganancias o beneficios económicos.

7.4. Bilateral

En la realización de este convenio participan, al menos, dos partes contratantes. Interesa destacar aquí tanto los derechos como los deberes de las partes.

7.5. Tracto sucesivo o instantáneo

Este convenio puede ser ejecutado de modo instantáneo, en un solo acto; y, también, desarrollado a lo largo del tiempo, mediante su ejecución en fases o etapas.

7.6. De adhesión

Estos contratos, están confeccionados a partir de machotes o convenios prototipo (tipo), o previamente elaborados por la parte que los define, integrando las condiciones generales de la contratación, que fijan los contenidos contractuales (*Solano*, p. 181, RJ Nº 77, 2001; *Gbersi*, pp. 605 a 610, 1999).

7.7. Atípico

Estos contratos no se encuentran regulados por la ley.

8. COMPARACIÓN CON OTROS CONTRATOS

8.1. Outsourcing y suministros

El *contrato de suministros* versa sobre cosas muebles (computadoras, autos, tractores, etc.), no sobre servicios. Por su parte, el contrato de *outsourcing* tiene como objeto servicios de limpieza, jardinería, vigilancia, seguridad, lavandería, etc.

Outsourcing	Suministros
Su objeto contractual son: servicios (seguridad, limpieza).	Su objeto contractual es la venta de cosas muebles (máquinas, autos, equipos de oficina).

8.2. Outsourcing y compraventa

En el contrato de compraventa, el objeto es la cosa sobre la cual recae el consentimiento de las partes, pactados a un precio aceptado (*artículo 1049 del Código Civil: la venta es perfecta entre las partes desde que convienen en cosa y precio*). La cosa debe ser corporal, existente y determinable, referida a bienes muebles e inmuebles (*Paris*, pp. 22 a 26, 1991).

Outsourcing	Compraventa
Su objeto contractual son: servicios (seguridad, limpieza).	Su objeto contractual es la venta de cosas muebles e inmuebles, (edificios, terrenos, equipos de oficina).

8.3. Outsourcing y contrato de servicios técnicos - profesionales

En la Administración Pública ha tenido larga data la *contratación de servicios técnicos y profesionales*, originada según el nombre de concurso de antecedentes, antes de la vigencia de la Ley de la Contratación Administrativa, N° 7494 de 1995, vigente a partir del 1° de mayo de 1996.

Nos referimos a la Ley de Administración Financiera de la República, desde los tiempos de la Administración de Otilio Ulate Blanco (1949-1953).

Por supuesto que esta clase de contratación, también la puede hacer el sector privado.

Consiste en la contratación de técnicos (en computación, dibujo, diseño, fotografía, etc.) o de profesionales (abogado, médico, ingeniero, etc.) para que realicen trabajos concretos y específicos, durante un plazo determinado y sin relación jerárquica laboral con la institución o persona que los contrata.

Ambas partes negociantes pueden ser personas físicas o jurídicas, excepto en el Estado, donde la Administración Pública siempre debe ser una persona jurídica.

En nuestro país, hace un par de décadas se ha intensificado, por diversas razones, la utilización del *outsourcing* en la Administración Pública y en el sector privado. Por ejemplo, los *contratos de seguridad y vigilancia*, como ocurre en las empresas privadas; y en los bancos tanto estatales como privados, debido al incremento de la inseguridad respecto de las personas y de las cosas.

En los contratos de *outsourcing* no existe una relación laboral jerárquica entre las partes contratantes, siendo lo relevante el servicio que la empresa contratada debe realizar (tareas de jardinería, limpieza, vigilancia, etc.).

Así por ejemplo, entre el Banco de Costa Rica y la empresa que presta los servicios de seguridad, no existe una relación jurídico de carácter laboral, sino comercial, pues han firmado un convenio mercantil para que la empresa privada le preste al Banco esos servicios.

Se trata de dos personas jurídicas independientes, que negocian o contratan la prestación de esos servicios a cambio de un pago pactado en el convenio respectivo de *outsourcing*.

Outsourcing	Servicios técnicos y profesionales
Su objeto contractual son: servicios (seguridad, limpieza). El régimen jurídico podría ser privado o público.	Su objeto contractual es la prestación de servicios técnicos (cómputo, contabilidad, dibujo) o profesionales (Medicina, Derecho, Economía), bajo un régimen de Derecho público o privado.

Señalaríamos que en la empresa privada se está generalizando el uso de la contratación, vía *outsourcing*, no sólo de los servicios de seguridad y limpieza (que también la Administración Pública los utiliza), sino también la contratación de servicios técnicos y profesionales.

Aquí se abre un debate en torno a la privatización del régimen de empleo público, regulado por el Derecho Administrativo, cuando se ponen por ejemplos, los servicios que presta la Procuraduría General de la República como sede de la abogacía del Estado, o la Tributación Directa, como sede del cobro de los impuestos, al indicar que la empresa privada podría prestar estos servicios, bajo un régimen jurídico privado de *outsourcing*.

Desapareciendo del organograma del Estado, la Procuraduría y la Tributación citadas.

9. CRITERIO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA

La Contraloría ha vertido varios criterios acerca de este contrato.

Procederemos a su presentación, ya que es conveniente conocer la posición de esta institución fiscalizadora de los fondos públicos.

* El *outsourcing* responde al rol servicial del Estado (oficio N° 14521 del 24 de noviembre de 1997, DGCA 1551-97).

Este criterio acepta el uso por parte del Estado de esta clase de contratos, sin embargo, aclara que no por ello se está en la corriente de la tesis *maximalista* de la competencia administrativa, según la cual la sola definición de determinados fines al ente público, le confiere una atribución implícita para desplegar todos aquellos actos que sean necesarios para el cumplimiento del fin, por cuanto, la relación de medios para el cumplimiento de fines, compete, en líneas generales, al legislador (*voto 6519-96 de la Sala Constitucional*).

Efectivamente, considero que esta posición de la Contraloría es la pertinente, ya que el Estado puede efectuar esta clase de contratos para el cumplimiento de sus fines públicos.

* *Outsourcing, como prestación directa del servicio público*

Precisa la Contraloría que las necesidades que plantea la sociedad civil da lugar a distintos matices de intervención del Estado, desde la prestación directa de los servicios públicos, con el natural auxilio de los particulares en la provisión de bienes y servicios, como medios para brindar aquellos servicios. Por ello, el Estado puede optar por otras formas de intervención, como la regulación y fiscalización de las actividades desarrolladas por actores privados, ya se trate que estas sean prestadas en concurrencia o no con el Estado (oficio 14521 del 24 de noviembre de 1997).

Claro está que en nuestro ordenamiento jurídico se admite que los particulares pueden colaborar (tesis de la colaboración del contratista público con el Estado) con la Administración Pública, mediante la contratación administrativa, en el cumplimiento de los fines públicos, de acuerdo a “los términos de calidad y de la oportunidad con la que sus necesidades sean satisfechas” (oficio 14521, cit.).

* Así tenemos, también que el contratista al que se le encarga una prestación o servicio deberá realizarla con sus propios recursos materiales y humanos. Esto excluye la posibilidad de incluir en el clausulado del contrato respectivo, la utilización de bienes públicos o de recursos humanos contratados bajo la relación de empleo público (*oficio, ídem.*).

No hay duda que este aspecto conviene indicarlo en un contrato de *outsourcing*, en el sentido de que el contratista particular debe aportar los diferentes recursos para la realización de este convenio, que podría ser para la seguridad, vigilancia o limpieza en un inmueble de una institución pública.

Esta clase de contratos debe ser remitido para su refrendo a la Contraloría General de la República (*de acuerdo con la Ley Orgánica de esta Contraloría, artículos 20 y 23; reglamento sobre refrendos de las contrataciones públicas del 9 de febrero del 2000 y lo dispuesto en los votos de la Sala Constitucional 998-98, 5947-98, 9524-99 y 3027-00*).

De acuerdo con la naturaleza de estos contratos públicos y al respectivo cartel o pliego de condiciones, no se puede decir, propiamente, que aquí estemos ante un contrato de adhesión, por cuanto en el cartel de la licitación existen cláusulas que deben ser propuestas por el

oferente particular, como el precio. Se llaman *cláusulas abiertas o variables* porque el oferente es el que propone a la Administración Pública según sus intereses (se contraponen a las *cláusulas cerradas o invariables*, respecto de las cuales el oferente las acepta o las deja, como son los requisitos técnicos de un equipo o las condiciones de alquiler de un inmueble). Además, el particular puede impugnar el pliego de condiciones por considerar que es ilegal o que viola principios de la contratación administrativa, que por el clásico *voto 998-98* de la Sala Constitucional, se tienen como de rango constitucional.

CONCLUSIÓN

Las instituciones estatales y la empresa privada están utilizando de manera creciente esta clase de contrato. De tal modo que se trata de una contratación que realiza el sector privado y el sector público.

Con el incremento de la inseguridad de las personas y de sus bienes, los servicios de seguridad y vigilancia (detectives, policías, guardias, investigadores, etc.) se han multiplicado, existiendo un mayor número de empresas en el mercado que venden esos servicios.

Si bien es cierto que este contrato se originó en la empresa privada, también lo es que sus ventajas estimularon al sector público a realizar esta contratación.

Parte de la motivación para el sector privado, originalmente, en efectuar esta clase de contratos (*outsourcing*) estuvo en la idea de emular lo mejor (*benchmarking*), con el fin de aumentar eficiencia y con ello, ganancias; a la vez que disminuían costos.

En el caso de la Administración Pública, al no ser su finalidad la ganancia económica, sino la eficiencia en la prestación de los servicios públicos para el logro del bien común, los convenios de *outsourcing* coadyuvan, (como medios que son y no fines en sí mismos) a orientar la acción estatal en esa dirección del bien público.

GLOSARIO

Activo: Recursos económicos del ente. Conjunto de bienes y derechos de una persona física o jurídica.

Activo fijo: Se trata del activo permanente, como por ejemplo: edificios, terrenos, maquinaria. Constituye el conjunto de partidas del balance o estado contable de la empresa que incluye bienes y derechos que no se destinan a la venta. También se le conoce como inmovilizado.

Administración: Proceso de diseñar y mantener un entorno en el que, trabajando en grupos, los individuos cumplan eficientemente objetivos específicos. Es el proceso de planear, organizar, dirigir y controlar los esfuerzos de los miembros de la organización, y de aplicar los demás recursos de ella para alcanzar las metas establecidas.

Benchmarking: Su idea central consiste en admitir que alguien puede hacer algo mejor que uno y tan ambicioso para intentar alcanzarlo y superarlo. Es decir, se trata de estudios de referencia para conocer quién es el mejor en un campo determinado y pasarle adelante (superarlo).

Outsourcing: Conjunto de contratos mercantiles articuladores de relaciones de colaboración externa empresarial idóneos para materializar la externalización o actividades y funciones de la empresa. Es la contratación de proveedores ajenos a las empresas, con experiencia en un campo en particular para que proporcionen a esta ciertos productos operaciones.

BIBLIOGRAFÍA

Allen, Robert. *The New Penguin Compact English Dictionary* (England: Penguin Books, 2001).

Boxwell, Robert. *Benchmarkin: para competir con ventaja* (Madrid: McGraw Hill, 1995).

Brian, J. *El dilema del outsourcing* (Madrid: Prentice Hall, 2002).

Camp, Robert. *Benchmarking: la búsqueda de las mejores* (México: Panorama, 1997).

Capon, Rodolfo; y, Eduardo Giorlandini. *Diccionario de derecho social*. (Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni, 1987).

Collin, P.H. *Dictionary of Business* (England: Peter Collin Publishing, 1999).

- Damelio, Robert. *Los fundamentos del benchmarking* (México: Panorama, 1997).
- Díaz-García, Gustavo. *Gestión de factor humano: outsourcing* (San José: UACA, Acta Académica, No. 28, 2001).
- Ependolini, Michael. *Benchmarking* (Bogotá: Norma, 1994).
- Fernández, Juan (Coordinador) *Diccionario jurídico* (Navarra: Aranzadi, 2002).
- Gherzi, Carlos. *Contratos civiles y comerciales* (Buenos Aires: Astrea, 2 tomos, 1999).
- Guanter, Salvador del Rey (Director) *Descentralización productiva y relaciones laborales* (Valladolid: Lex Nova, 2002).
- Henderson, David (Director) *Enciclopedia Fortune de economía* (Barcelona: Folio, 1998).
- Molero, Carlos. *Derecho laboral empresarial* (Madrid: McGraw Hill, 1998).
- Murillo, Roxana. *Outsourcing y sistemas de información en Costa Rica* (Cartago: tesis de Magister Scientiae en computación, ITCR, 1995).
- Olea, Manuel Alonso; y, María Casas. *Derecho del trabajo* (Madrid: Civitas, 1999).
- Pedrajas, Abdón. *La externalización de actividades laborales* (Valladolid: Lex Nova, 2002).
- Rothery, Brian; Ian Robertson. *Outsourcing. La subcontratación* (México: Limusa, 1997).
- Rubinstein, Santiago. *Diccionario del Derecho del Trabajo y de la seguridad social* (Buenos Aires: Desalma, 1983).
- Suárez, Andrés. *Diccionario terminológico de economía, administración y finanzas* (Madrid: Pirámide, 2000).