

ANÁLISIS DE UN CONTRATO COMPLEJO: EL OUTSOURCING¹

Dra. Esc. María José Viega²

(Uruguay)

S U M A R I O

1. Concepto. 2. Caracteres. 3. Clases de outsourcing. 4. Figuras derivadas del outsourcing. 5. Los puntos clave de este contrato. 6. ¿Cuál es el equipo adecuado para llevar adelante un proyecto outsourcing?. 7. Cláusulas a tener en cuenta en los contratos de outsourcing.

¹ Ponencia presentada al II Congreso Mundial de Derecho Informático. España. Setiembre 2002.

² Doctora en Derecho y Ciencias Sociales y Escribana Pública por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. (UR) Aspirante a Profesor Adscripto de Informática Jurídica en la misma Universidad. Miembro de la Comisión de Derecho Informático y Tecnológico de la Asociación de Escribanos del Uruguay. Miembro del Instituto de Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la UR. Docente en Derecho Telemático y en el curso a distancia Derecho del Ciberespacio en la UR.

1. Concepto

Podemos encuadrar el outsourcing dentro de los contratos de servicios informáticos, pero sin lugar a dudas la complejidad que presenta el mismo, debido a las diferentes aristas que posee, hace de ésta su principal característica.

El contrato de outsourcing en general responde a toda una tendencia vinculada a la reorganización de las grandes organizaciones a nivel mundial (procesos de reingeniería organizacional), entendiéndose que las mismas deben concentrar sus esfuerzos en el “business”, en el objeto de la organización o sea en el corazón de la misma, para obtener una mayor competitividad. Para ello es necesario encomendar a un tercero las tareas periféricas, como pueden ser el manejo de stock, transporte, almacenaje, procesamiento de datos, etc.

Podemos preguntarnos como diferenciamos la actividad principal de las periféricas o donde están los límites. Se ha respondido a esto con el ejemplo de la compañía Fort de motores, que ha decidido que ya no quiere fabricar motores y ha contratado a Mazda de Japón. Uno pensaría que fabricar motores es la esencia de la función manufacturera automovilística. Igualmente algunos creen que el sistema de información es crítico para su operación como lo es un motor para un auto; de todas maneras esto no implica que la organización necesite manejar el sistema de información directamente. Para hacer otra analogía, la electricidad es inequívocamente crítica para todas las organizaciones, pero la mayoría de las compañías no están involucradas con su producción³.

2. Caracteres

El outsourcing presenta similitudes con varias figuras jurídicas, pero en especial con el contrato de arrendamiento de obra.

En principio podría caracterizarse como una locación de servicios compleja, pero ciertas características permitirían definirlo como una locación de obra de ejecución permanente⁴.

El outsourcing contiene normalmente obligaciones de resultado, lo que conduce a que tenga más similitud con el arrendamiento de obra que con el de servicio.

Los caracteres generales de los contratos informáticos –por lo tanto también del outsourcing- son⁵:

1. Complejo: Se ha dicho que son contratos complejos, porque surgen de una serie de vínculos jurídicos. Con respecto a este tema la Esc. Wonsiak y el Dr. Haskel entienden que el objeto de los contratos informáticos se caracterizan por su complejidad y que ello es así cualquiera sea la concepción de objeto de que se parta.

³ Daniel Miloni. Analyzing outsourcing. McGraw-Hill, USA 1995.

⁴ Gambier Alfredo y Casella Daniel Alejandro. “El outsourcing. El outsourcing informático”. Material proporcionado en el posgrado de Derecho Informático modalidad a distancia de la Universidad de Buenos Aires, Seminario: “Contrato de Outsourcing de Sistemas de Información”.

⁵ Viega María José. “La teoría del contrato informático desde la óptica del Derecho uruguayo”. Ponencia presentada al Primer Congreso Mundial de Informática y Derecho. Quito, Octubre de 2001.

“La complejidad se origina en el hecho de que normalmente coexisten obligaciones de dar, hacer, o no hacer incluso a diferente título. Rara vez, por no decir nunca, se conviene alguna de ellas en forma aislada.”⁶

2. Innominados: Esta es una característica que debemos tener presente, en la medida que en forma mayoritaria estos contratos son innominados. Pero no siempre es así. Por ejemplo, un contrato de compraventa de una computadora encuadra perfectamente en la compraventa de nuestro Código Civil y se regulará por dicha normativa, estamos entonces ante un contrato típico. Es verdad, que existen figuras no tipificadas, pero en estos casos es de aplicación el art. 1260 del citado Código que establece, que “los contratos, ya tengan o no, denominación particular, están sujetos a unos mismos principios generales”.

En este momento nos estamos refiriendo a la característica de innominado, porque así lo califica en el Código civil, pero más adelante nos plantearémos la regulación de los contratos y los denominaremos “atípicos”. Debemos aclarar que: “La doctrina, con alguna excepción, ha entendido como sinónimo las calificaciones de típico o nominado, y de atípico o innominado. Aunque en general se reconocen como más exacta la denominación de típico y atípico”⁷. Por eso al retomar más adelante este punto nos referiremos a los contratos como atípicos.

3. Principal: porque no depende de otro contrato.

4. Oneroso: porque tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes gravándose cada uno a beneficio del otro.

5. Consensual: no se requieren formalidades, se obligan por el consentimiento de las partes.

6. Importancia de la etapa precontractual: es en estos casos muy necesaria la etapa pre-contractual, podríamos decir que imprescindible y será una etapa compleja y de una duración considerable.

Hemos de destacar, además, caracteres específicos del contrato objeto de este trabajo, entre los que podemos enumerar los siguientes:

- a) Intuitio personae: porque será contratado el servicio con una determinada empresa en virtud a sus cualidades específicas.
- b) De tracto sucesivo o ejecución continuada: se trata del cumplimiento de una tarea de ejecución periódica o permanente, dentro del plazo estipulado contractualmente.
- c) Precio: En la mayoría de los casos se pactará el pago escalonado o en cuotas. Para el cálculo del precio, el outsourcer tendrá en cuenta la inversión que deberá realizar, estimando la cantidad de horas necesarias para alcanzar el nivel de servicio que se pretende, el personal que tendrá que contratar para tal fin, la complejidad del software y precio del hardware necesario⁸.

3. Clases de outsourcing

⁶ WONSIK, María y HASKEL, Ruben. “Concepto y características de los contratos sobre bienes informáticos”. Ponencia presentada a las Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Informático. Montevideo. Mayo de 1987.

⁷ GARBARINO SARAIVIA, Alvaro. “Contratos informáticos – Tipicidad y atipicidad”. Ponencia presentada en las Primeras Jornadas Notariales de Derecho Informático. Montevideo, Mayo 1987.

⁸ Gambier Alfredo y Casella Daniel Alejandro. “El outsourcing. El outsourcing informático”. Ob. Cit.

La transferencia de una tarea interna a un tercero no es un negocio nuevo, así como tampoco es necesario que incluya todas las funciones de un sistema de información.

Por tanto podemos hablar de dos tipos diferentes de acuerdos de outsourcing: a) la transferencia parcial de las actividades informáticas y los recursos a ella asociado y b) la venta total de los activos computarizados de la empresa.

a) Transferencia parcial: se tercerizan en este caso determinadas aplicaciones del sistema, sobre todo las partes más débiles o menos desarrolladas y mantenemos en la empresa las áreas potenciales relacionadas con el soporte del sistema, por ejemplo. En este caso mantenemos en la empresa a un gerente de procedimiento que decidirá que tareas se realizarán fuera de la empresa.

b) Compra de capitales: se puede vender un paquete completo de capital de los sistemas de una empresa. Esto provee una infusión de efectivo en la organización, al mismo tiempo en que se transfiere el capital a un outsoucer. Estos pagos periódicos que realiza al empresa que contrata al outsoucer, son deducibles del gasto, lo cual constituye una de las ventajas de esta modalidad contractual. No es necesario trasladar los bienes físicos de la empresa, aunque sí podrán transferirse los empleados de una empresa a otra, desplazando responsabilidades. Pero aparentemente la situación es la misma, los empleados trabajan en el mismo sitio físico y con los mismos bienes.

4. Figuras derivadas del outsourcing

a) Cosourcing o alianzas estratégicas. Hay organizaciones que entienden que el outsoucer es un socio comercial y por tanto debe correr con los riesgos de la organización, así es que se le paga honorarios en función a las ganancias que el contrato le proporciona. La remuneración puede preverse en virtud a la productividad, o comisiones por transacciones del outsoucer.

b) Multisourcing. Combina múltiples transacciones con vendedores y el staff interno de los sistemas. La búsqueda apunta a confirmar, fusionar ambos esfuerzos, negocios y sistemas.

c) Sociedades outsourcing temporarias. Normalmente los contratos de outsourcing tienen una duración de entre 5 a 10 años. En estos casos los acuerdos se realizan por tiempos menores, entre 12 y 24 meses.

d) In sourcing. Tiene como característica mantener el status quo, revertir el proceso de outsourcing.

e) Transourcing. Aquel que busca reforzar la labor creativa, el talento humano y para ello utiliza la tecnología más avanzada.

5. Los puntos clave de este contrato⁹.

Según la Encuesta anual de Outsourcing Institute, realizada en Estados Unidos¹⁰, los puntos claves de este contrato son los siguientes:

⁹ www.dinero.com Cardona, Delio. Director de consultoría, Oracle. "En vos confío..."

¹⁰ <http://www.outsourcing.com> y <http://www.outsourcing-consulting.com>

10 razones para contratar un outsourcing

- 1) Reducir y controlar los costos operativos
- 2) Concentrarse en el foco de la compañía
- 3) Tener acceso a la última tecnología
- 4) Liberar recursos internos para otros propósitos
- 5) Contar con recursos que no están disponibles internamente
- 6) Acelerar los procesos de ingeniería
- 7) Resolver funciones difíciles de manejar o fuera de control
- 8) Tener disponible un capital base
- 9) Compartir riesgo
- 10) Inyección de efectivo

10 razones para seleccionar un proveedor de *outsourcing*

- 1) Compromiso de calidad
- 2) Precio
- 3) Experiencia y reconocimiento
- 4) Términos de contratación flexibles y dinámicos
- 5) Disponibilidad de recursos
- 6) Capacidad de proporcionar valor agregado
- 7) Acople cultural
- 8) Existencia de una relación previa
- 9) Ubicación
- 10) Otros

10 factores para un outsourcing exitoso

- 1) Entender las metas y los objetivos de la compañía
- 2) Tener un plan y una visión estratégica
- 3) Seleccionar el proveedor adecuado
- 4) Manejo de las relaciones en curso
- 5) Contrato debidamente estructurado
- 6) Comunicación abierta con los individuos o grupos involucrados
- 7) Mayor intervención y apoyo ejecutivo
- 8) Atención cuidadosa a los problemas del personal
- 9) Justificación financiera en el corto plazo
- 10) Uso de expertos externos

6. ¿Cuál es el equipo adecuado para llevar adelante un proyecto outsourcing?

Es de destacar la importancia de lograr un equilibrio entre las personas de área tecnológica y el grupo de negocios, ya que unos no pueden evaluar o decidir –porque carecen de las herramientas necesarias- sobre las actividades de los otros.

Edward Yourdon plantea que un buen equipo debería estar compuesto por los siguientes grupos funcionales¹¹:

- ? Proyect management: deberían existir co-gerentes de proyectos por el área de tecnología y de negocios. Se ha comparado la relación de estos co-gerentes como los copilotos en un avión. El “piloto de negocios” hace despegar la nave y puede manejarla gracias al soporte del “piloto de tecnología”.
- ? Equipo de negocios: debería haber representaciones de las áreas afectadas al negocio, como ventas, cadena de suministros, marketing o e-commerce. Siguiendo con la metáfora el equipo de negocios es quien construye el plan de vuelo.
- ? Equipo de tecnología: integrado por áreas como arquitectura, administración de datos, desarrollo web, soporte de hardware, desarrollo de interfaces, telefonía, soporte para Pc. Este equipo se corresponde con los ingenieros que han diseñado y construido el avión.
- ? Soporte de altos ejecutivos: serán a quienes deberán reportar los co-gerentes de tecnología y de negocios. Supervisan y ayudan a remover obstáculos. Representan a la compañía de aviación y a la torre de control.
- ? Integrantes o consultores: son terceros que pueden completar el equipo. Pero habrá que evaluar si realmente se desean personas ajenas a la empresa en el proyecto. Serían como especialistas en outsourcing aeronáutico, que tengan experiencia sobre una misión particular.
- ? Vendors: se caracterizan por tener conocimientos profundos tanto en el hardware como en el software. Estos vendors son como los vendedores de partes, combustible o tecnología.

7. Cláusulas a tener en cuenta en los contratos de outsourcing

Para finalizar este trabajo, me parece apropiado enumerar algunas de las cláusulas que deberían tenerse presente a la hora de realizar un contrato de outsourcing.

Plazo: normalmente el plazo del outsourcing va de 5 a 10 años. Casi siempre se tiende a la renovación de este plazo, debiendo informarse con un plazo de 4 a 6 meses de anticipación al vencimiento del plazo en caso de no realizarse la renovación.

Confidencialidad: en realidad es en lo primero que debemos pensar, aún en la etapa precontractual, ya que la empresa contratada tendrá gran información sobre la contratante.

Exclusividad: está muy ligada al tema de la confidencialidad. Debemos establecer en el contrato la prohibición de que la empresa encargada del outsourcing realice tareas similares con una empresa competidora de la empresa-cliente.

Capacitación: debemos establecer si la empresa que contrata desea que se dé capacitación a sus empleados, en ese caso de que tipo y en que oportunidades, determinando cuales son los objetivos de la misma.

¹¹ Yourdon Edward. “Implementación de CRM: Selección del equipo adecuado para el éxito”. www.intermanagers.com

Traspaso de personal técnico: Normalmente la empresa que contrata al outsourcer, traspasa a este parte de su personal técnico. En estos casos es sumamente importante determinar la desvinculación de los empleados y la recontractación del personal, estableciendo temas como antigüedad, remuneración, cargas sociales, etc.

Traspaso y renovación de hardware y software: en una primera instancia, la empresa contratante traspasará tanto el hardware como el software. Pero deberán existir en el contrato plazos estipulados para la renovación del mismo a los efectos de que el trabajo realizado siga manteniendo el nivel de competitividad. La renovación normalmente corre por cuenta del outsourcer.

Responsabilidad del outsourcer: esto deberá estar determinado por la calidad del servicio solicitado, para lo cual resulta de fundamental importancia especificar estándares de calidad, los plazos para realizar determinadas actividades y cláusulas de rescisión anticipada y sus consecuencias.

Montevideo, julio 2002

Análisis de un Contrato Informático Complejo: El Outsourcing

Dra. Esc. María José Viega

Delegar responsabilidades y compromisos no es algo nuevo en las organizaciones. Podemos decir que el Outsourcing data desde el inicio de la Era Moderna. La estrategia de que otros asuman los riesgos, porque la empresa entiende que no tiene suficiente capacidad de servicios para acompañar el acelerado crecimiento operante, son conceptos iniciales de outsourcing, que hoy en día se retoman bajo el nombre de Reingeniería de Procesos.

El presente trabajo tiene como objetivo realizar un análisis del contrato de outsourcing, enmarcado en el ámbito de la contratación informática y de la moderna tipología contractual.

A tales efectos, iniciamos el mismo dando el concepto y determinando sus caracteres. Se analiza posteriormente las clases de outsourcing que podemos encontrar y las figuras derivadas del mismo. Posteriormente se enumeran los puntos claves de este contrato. No podemos dejar de estudiar cual es la problemática que se derivan de los cambios empresariales en el área de recursos humanos, por lo que planteamos como debería estar conformado el equipo adecuado para llevar adelante un proyecto outsourcing. Finalizamos enumerando cuales son a nuestro criterio las cláusulas a tener en cuenta en la redacción de este tipo contractual.

Analysis of a Complex Information Contract: The Outsourcing

Dra. Esc. María José Viega

It's not something new to delegate responsibilities and compromises in the organizations. We cant say that outsourcing takes origin since the beginning of Modern Age. The strategy that others take over the risks, because the company understands that it hasn't enough capability of services to attend the actual accelerate increase, they are initials outsourcing concepts, that now we know them by Reingeniering of Processes.

The main objective of this work is to perform an outsourcing contract analysis, framed into the ambit of information contraction and the modern contractual types.

According with that, we begin it giving the concept and determining its characters. Later we analyze the types of outsourcing we can find and the figures derived from it. Later we enumerate the key points of this contract. We can't stop studying the problematic derived from company changes in the area of human resources, so we plan how the appropriate equipment may be adapted to have a successful project outsourcing. We conclude enumerating which are in our own judgment the main clauses to consider in a wording of this contractual type.