

EL CONTRATO DE OUTSOURCING EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

MERY NICOLASA MARTÍNEZ SUÁREZ

UNIVERSIDAD DE LA COSTA, CUC

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA

2013

EL CONTRATO DE OUTSOURCING EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

MERY NICOLASA MARTÍNEZ SUÁREZ

Trabajo de grado presentado como requisito para optar el título de
Abogado

Asesor
Francisco Javier Romero Barraza

UNIVERSIDAD DE LA COSTA, CUC

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA

2013

NOTA DE ACEPTACIÓN

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, Febrero 20 de 2013

DEDICATORIA

Quiero dedicar este logro a mis Hijas, y a mi Esposo; a las primeras como ejemplo de que cuando se quiere se puede; a mi Esposo, por su constante motivación.

Mery

AGRADECIMIENTOS

El autor expresa su agradecimiento a:

Al Doctor FRANCISCO JAVIER ROMERO BARRAZA, Director de la presente Investigación.

Al Doctor JUAN MANUEL RETIS, por su colaboración en la elaboración de esta investigación.

A todos los Directivos y Profesores de la Facultad.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	11
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	14
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	16
1.1 IMPACTO INTERNO	16
2. OBJETIVOS	17
2.1 OBJETIVO GENERAL	17
2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	17
3. EL CONTRATO ATÍPICO	18
3.1. EL ACTO O NEGOCIO JURÍDICO, LA CONVENCION Y EL CONTRATO	18
3.2 LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA	24
3.3 EL CONTRATO ATIPICO	31
3.3.1. Evolución del contrato atípico	31
3.3.2. Noción del contrato atípico	35
4. LOS CONTRATOS INTEREMPRESARIALES	44
4.1 BREVE NOCIÓN DE EMPRESA	44
4.2 LOS CONTRATOS INTEREMPRESARIALES	48
4.2.1. Distintas clases	54
4.2.2. Finalidad de los contratos interempresariales	55
4.3 CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS INTEREMPRESARIALES	59
5. EL CONTRATO DE OUTSOURCING	62

5.1 LA DENOMINACIÓN DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA – ANTECEDENTE GRAMATICAL	62
5.2 ANTECEDENTES HISTORICOS DEL CONTRATO DE OUTSOURCING	65
5.3 CONCEPTO DE CONTRATO DE OUTSOURCING	72
5.4 ELEMENTOS DEL CONTRATO DE OUTSOURCING	79
5.4.1 Las partes	80
5.4.2 El objeto	81
5.4.3 El precio	84
5.4.4 El plazo de duración del contrato	85
5.5 CARACTERÍSTICAS	87
5.6 MODALIDADES DEL CONTRATO DE OUTSOURCING	92
5.7 DESCRIPCIÓN DE LA OPERACIÓN	97
5.7.1 Fase de decisión de entregar un proceso interno en outsourcing	97
5.7.2 Fase de planificación de la entrega del proceso en outsourcing	99
5.7.3 Fase de diagnóstico integral	100
5.7.4 Fase de selección del outsourcer	100
5.7.5. Fase contractual	102
5.7.5.1. Fase de negociación	102
5.7.5.2. Acuerdo matriz de outsourcing	103
5.7.6 Fase de ejecución del contrato	106
5.7.7 Finalización del contrato	107
5.8 OBLIGACIONES DE LAS PARTES	108

5.8.1 Obligaciones del outsourcer	108
5.8.2 Obligaciones de la empresa cliente	110
5.9 VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL CONTRATO DE OUTSOURCING	111
5.9.1. Ventajas	111
5.9.2. Desventajas	116
6. EL CONTRATO DE OUTSOURCING EN COLOMBIA	119
6.1 MARCO ECONÓMICO Y SOCIAL DEL OUTSOURCING EN COLOMBIA	119
6.2 MARCO JURÍDICO-LEGAL DEL OUTSOURCING EN COLOMBIA	121
6.2.1 Condiciones de existencia y validez del contrato de outsourcing	123
6.3 EL OUTSOURCING EN LA PRÁCTICA JURÍDICA COLOMBIANA	127
6.3.1 Las empresas de servicios temporales	128
6.3.2. Cooperativas de Trabajo Asociado	132
6.3.3 Las empresas de servicios complementarios	134
6.3.4. Empresas asociativas de Trabajo	134
6.3.5. Contratistas Independientes	135
6.4 RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	139
6.4.1 Responsabilidad Contractual	140
6.4.2. Mecanismos alternativos de resolución de controversias	141
6.4.2.1. El Arbitraje	141
6.4.2.2 Amigable composición	144
CONCLUSIONES	147
BIBLIOGRAFÍA	151

RESUMEN

El outsourcing ha surgido como estrategia de gestión para mejorar la competitividad y constituye un excelente recurso para la empresa moderna, ya sea del sector público o privado. En efecto, el outsourcing se está imponiendo en la mayoría de empresas como una forma eficaz de mejorar su eficiencia en un entorno cada vez más competitivo. Este fenómeno viene motivado por decisiones de tipo estratégico (especialización en competencias esenciales), financiero (conversión de costos fijos en variables) y de control tecnológico (cada vez más problemático debido al desenfrenado ritmo de aparición y evolución de las tecnologías de la información y las comunicaciones).

Palabras claves: Outsourcing, Recursos, Empresa, Eficiencia, Competitividad, Estrategia, Competencias.

ABSTRACT

The outsourcing has emerged as a management strategy to improve the competitiveness and it constitutes an excellent resource for the modern company, either of the public sector or private. Indeed, the outsourcing is imposing in most of companies like an effective form of improving its efficiency in a more and more competitive environment. This phenomenon comes motivated by decisions of strategic type (specialization in essential competitions), financial (conversion of fixed costs in variables) and of technological control (more and more problematic due to the wild appearance rhythm and evolution of the technologies of the information and the communications).

Key words: Outsourcing, Resources, Company, Efficiency, Competitiveness, Strategy, Competitions.

INTRODUCCIÓN

La globalización, el libre cambio, el desarrollo tecnológico y de las comunicaciones, considerados como unos de los fenómenos más protuberantes en el escenario empresarial, por los efectos que tienen, se han convertido en los pilares del sentimiento general de que el mundo es cada vez más pequeño y de que hay un número creciente de actividades modernas que asciende hasta los límites transnacionales.

Asimismo, la empresa moderna ha evolucionado de manera ingente en las últimas décadas con la introducción de sistemas informáticos, electrónicos, de comunicación, estadísticos y de contabilidad que permiten una mejor evaluación de los resultados obtenidos frente a los recursos asignados. De este modo, ante los retos que está imponiendo el nuevo concierto económico-tecnológico y la globalización, las empresas se enfrentan a un doble desafío: ser más eficientes y reducir costos.¹

En tal sentido, resulta frecuente en el ámbito empresarial la búsqueda alternativa de diversas formas contractuales para alcanzar el desarrollo y crecimiento de sus actividades propias, recurriendo para ello a instrumentos de tipo comercial, que

¹ Cfr. GIDRÓN, Gil y RUEDA, Basilio. Nuevos modelos de gestión empresarial. Madrid: Círculo de Empresarios, 1998, p. 7.

existen desde hace ya bastantes años y que no necesariamente se encuentran regulados en leyes o códigos específicos.

En este contexto, ha surgido el outsourcing como estrategia de gestión para mejorar la competitividad y constituye un excelente recurso para la empresa moderna, ya sea del sector público o privado.

En virtud de lo expuesto, la presente investigación tiene como objetivo general, establecer la esencia jurídica del contrato de outsourcing y determinar cómo se regula éste negocio jurídico en Colombia.

La escogencia de este trabajo de investigación “el contrato de outsourcing en la legislación colombiana”, se debe a que en la actualidad dicho negocio jurídico se revela como el instrumento más adecuado y atractivo para competir en un mercado en estado de expansión y crecimiento, por ser una figura que permite a la empresa moderna centrarse en la esencia de su negocio, transfiriendo áreas concretas a expertos externos, alcanzando, entonces, eficiencia y reducciones de costes significativos. Asimismo, la utilidad de la investigación se colige, toda vez que en Colombia aún es escasa la bibliografía sobre el tema, lo que ha conllevado a agudas controversias en la vida práctica, en especial, en lo que hace referencia a los fundamentos que debe tener su régimen de responsabilidad.

El estudio que se realizó es de tipo descriptivo debido a que se buscó especificar

las propiedades importantes o componentes del fenómeno por investigar. La investigación se llevo a cabo mediante la aplicación del método científico, puesto que se pretende proporcionar una herramienta útil de consulta que permita conocer el contrato de outsourcing y determinar cómo es su regulación en Colombia. Adicionalmente, como métodos aplicables a la investigación, se utilizaron el método lógico inductivo y el método lógico deductivo, con el fin de cumplir con los objetivos propuestos de un modo satisfactorio.

La investigación se desarrolló de la siguiente forma:

El primer capítulo de la investigación se encuentra dedicado al contrato atípico, el negocio jurídico y la autonomía de la voluntad privada. Por su parte, el segundo capítulo estudia los contratos interempresariales, su noción, finalidad, características y clasificación. El tercer capítulo, entre tanto, estudia las generalidades del contrato de outsourcing, sus orígenes, concepto, naturaleza jurídica, características, clases, obligaciones de las partes. Por su parte, el capítulo es dedicado al estudio del contrato de outsourcing en Colombia, observando el marco jurídico aplicable y dicho negocio jurídico en la práctica jurídica nacional; adicionalmente se estudian los mecanismos de resolución de conflictos. Finalmente, se exponen una serie de conclusiones.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La globalización, el libre cambio, el desarrollo tecnológico y de las comunicaciones, considerados como unos de los fenómenos más protuberantes en el escenario empresarial, por los efectos que tienen, se han convertido en los pilares del sentimiento general de que el mundo es cada vez más pequeño y de que hay un número creciente de actividades modernas que asciende hasta los límites transnacionales.

Asimismo, la empresa moderna ha evolucionado de manera ingente en las últimas décadas con la introducción de sistemas informáticos, electrónicos, de comunicación, estadísticos y de contabilidad que permiten una mejor evaluación de los resultados obtenidos frente a los recursos asignados. De este modo, ante los retos que está imponiendo el nuevo concierto económico-tecnológico y la globalización, las empresas se enfrentan a un doble desafío: ser más eficientes y reducir costos.²

En tal sentido, resulta frecuente en el ámbito empresarial la búsqueda alternativa de diversas formas contractuales para alcanzar el desarrollo y crecimiento de sus actividades propias, recurriendo para ello a instrumentos de tipo comercial, que

² Cfr. GIDRÓN, Gil y RUEDA, Basilio. Nuevos modelos de gestión empresarial. Madrid: Círculo de Empresarios, 1998, p. 7.

existen desde hace ya bastantes años y que no necesariamente se encuentran regulados en leyes o códigos específicos.

En este contexto, ha surgido el outsourcing como estrategia de gestión para mejorar la competitividad y constituye un excelente recurso para la empresa moderna, ya sea del sector público o privado. En efecto, el outsourcing “se está imponiendo en la mayoría de empresas como una forma eficaz de mejorar su eficiencia y asegurar su supervivencia en un entorno cada vez más competitivo. Este fenómeno viene motivado por decisiones de tipo estratégico (especialización en competencias esenciales), financiero (conversión de costes fijos en variables) y de control tecnológico (cada vez más problemático debido al desenfrenado ritmo de aparición y evolución de las tecnologías de la información y las comunicaciones)”³.

En cuanto al objeto de este contrato puede destacarse, como el fundamental, el alcanzar una mayor eficiencia en actividades que podría realizar la propia empresa, ahorrar el gasto que supondría a la empresa que lo contrata, el tener que realizar las actividades por sí misma, así como obtener una sensible mejora debido a la especialización del servicio contratado, toda vez que los servicios que puede prestar la empresa de outsourcing son muy variados (llevar a cabo contabilidad, servicios jurídicos, administrativos, fiscales, limpieza de locales,

³ PESO NAVARRO, Emilio del. Manual de Outsourcing Informático: Análisis y Contratación. Segunda edición. Madrid: Informáticos Europeos Expertos, 2003, p. XXIII.

etc.).⁴ Así las cosas, en la actual coyuntura económica, las empresas visualizan dicha figura contractual, como una oportunidad para alcanzar eficiencia y reducciones de costes significativos.⁵ De este modo, a nivel mundial, recientes estudios de mercado muestran que el 80% de las grandes empresas esperan incrementar su presupuesto en servicios de outsourcing.⁶ En vista de ello, se ha llegado a señalar al outsourcing, como el corazón de la filosofía corporativa de la época actual, que para algunos es el modelo económico de este nuevo siglo.⁷

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuál es la naturaleza jurídica del contrato de outsourcing y cómo se regula éste negocio jurídico en Colombia?

1.2 IMPACTO INTERNO

Se espera, con el presente trabajo, captar la atención de las nuevas promociones sobre un aspecto de vital importancia del tema del outsourcing y sus implicaciones jurídicas en Colombia.

⁴ Cfr. NATERA HIDALFO, Rafael D. Fiscalidad de los contratos civiles y mercantiles. Bilbao: Grupo Wolters Kluwer España S.A., 2007, p. 531.

⁵ Cfr. PÉREZ GARCÍA, Miguel y ARAGÓN DE PÉREZ, Victoria. Flexibilización Laboral y Outsourcing. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1999, p. 91.

⁶ Cfr. ROTHERY, Brian y ROBERTSON, Ian. Outsourcing: La subcontratación. México: Limusa Noriega Editores, S.A., 2000, p. 7.

⁷ Cfr. PESO NAVARRO, Emilio del. Ob. cit., p. XXIX.

2. OBJETIVOS

2.1 OBJETIVO GENERAL

Establecer la esencia jurídica del contrato de outsourcing y determinar como se regula éste negocio jurídico en Colombia.

2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Conocer el concepto, origen histórico, naturaleza jurídica, elementos, características y modalidades del contrato de outsourcing.

Recopilar y evaluar la normatividad proferida en Colombia destinada a regular el contrato de outsourcing.

Establecer el régimen de responsabilidad derivado de la celebración de un contrato de outsourcing.

3. EL CONTRATO ATÍPICO

3.1. EL ACTO O NEGOCIO JURÍDICO, LA CONVENCION Y EL CONTRATO

El vocablo “negotium” se encontraba en los textos romanos, pero utilizado con tanta variedad de sentidos que parecía inservible para el lenguaje técnico jurídico.⁸

La expresión “negocio jurídico” (traducción del alemán *Rechtsgeschäft*), y lo fundamental de su dogmática dentro del Derecho privado se debe a la pandectística alemana del siglo XIX (HUGO, HEISE, THIBAUT, SAVIGNY) en su esfuerzo de sistematizar la ciencia jurídica para establecer criterios que faciliten la solución de problemas prácticos en supuestos en que la autonomía de la voluntad juega un papel relevante.⁹

Puede destacarse como decisiva la obra de SAVIGNY, que haciendo uso como sinónimos de las expresiones “declaración de voluntad” y “negocio jurídico”, estudió unitaria y detalladamente la problemática del negocio jurídico. De manera que, el concepto de negocio jurídico puede considerarse generalmente recibido en las doctrinas alemana, austriaca y belga desde la primera mitad del siglo XIX.¹⁰

⁸ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 19

⁹ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Ob. cit.*, p. 19; MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Introducción al Derecho*. Sexta edición. Bogotá: Editorial Temis, 1983, p. 383.

¹⁰ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Ob. cit.*, p. 20; STOLFI, Giuseppe. *Teoría del Negocio Jurídico*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 15. Traducido por SANTOS BRIZ, Jaime.

A mediados del siglo XIX, la teoría del negocio jurídico fue propagada de la doctrina alemana, a la doctrina italiana y española, pero no a la francesa, que ignoró ésta teoría hasta comienzos del siglo XX.

En la doctrina europea se distingue el “hecho” del “acto” y del “negocio”.¹¹ En cambio, el término “negocio jurídico” no responde ni a un tipo, ni a una forma jurídica que admita el ordenamiento jurídico colombiano; sin embargo, a pesar de no haber sido recibida formalmente por el ordenamiento, dicha expresión es utilizada por la doctrina nacional de manera equiparable a la de acto jurídico.

Al igual que la legislación civil colombiana, algunos códigos extranjeros acogen el concepto de acto o negocio jurídico rotulándolo como “acto jurídico”, verbigracia, los de Francia, Brasil (arts. 81 y ss.), Argentina (arts. 944 y ss.), Perú (arts. 1075 y ss.).

WINDSCHEID y KIPP definen el negocio jurídico como “una declaración de la voluntad privada efectuada en vista de la producción de un efecto jurídico”¹².

¹¹ Cfr. BARBERO, Domenico. Sistema del derecho privado. Buenos Aires: Editorial Ejea, 1967, v. 1, p. 449. Traducido por SENTIS MELENDO, Santiago.

¹² WINDSCHEID, B. y KIPP, Theodor. Tratado de Derecho Civil alemán, (Derecho de Pandectas). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1976, t. I, § 69-4. Traducido por HINESTROSA, Fernando.

Entre tanto, SCIALOJA entiende por negocio jurídico "la exteriorización de la voluntad dirigida a un efecto sancionado por el derecho"¹³.

Según COMPAGNUCCI DE CASO, el acto jurídico o negocio jurídico "es un hecho humano producido mediante una voluntad exteriorizada y consciente. Su base estará en la 'conducta social típica', de conformidad a la conciencia que regularmente acompaña dicha voluntad"¹⁴.

El profesor HINESTROSA, por su parte, enseña que "es el instrumento que la sociedad otorga con el reconocimiento legal a los particulares para que ellos dispongan de sus propios intereses en la satisfacción de sus afanes en el intercambio de servicios y productos"¹⁵

El maestro OSPINA enseña que es "la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos"¹⁶.

RODRÍGUEZ AZUERO, finalmente, señala que consiste en "la manifestación de la voluntad dirigida de una manera conciente y reflexiva a la producción de de

¹³ SCIALOJA, V. *Negozi giuridici*. Cap. III, núm. 15, nota 2. Citado por ORGAZ, Alfredo. *Hechos y actos o negocios jurídicos*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia Editor, 1963, p. 51.

¹⁴ COMPAGNUCCI DE CASO, Ruben H. *El negocio jurídico*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992, p. 46.

¹⁵ HINESTROSA, Fernando. *Derecho Civil. Obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 157

¹⁶ OSPINA FERNADEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría General del contrato y del negocio jurídico*. Sexta edición. Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2000, p. 17.

efectos jurídicos, o sea, a la consecución de alguna modificación en el ordenamiento jurídico”¹⁷.

La teoría normativista de KELSEN y la pandectística alemana coinciden en que el negocio jurídico (recordemos para nosotros, el acto jurídico) tiene eficacia en virtud del poder que el Estado le concede al individuo.

BETTI¹⁸ y DE CASTRO Y BRAVO¹⁹ entienden que el negocio jurídico tiene una doble eficacia y señalan: a) la de título de una serie de derechos, facultades, obligaciones y cargas o, expresado de otro modo, de fundamento de una relación jurídica, de creador de una nueva realidad jurídica; b) la de establecer una regla, con la que se mide la conducta de autorizados y obligados (lo permitido, lo debido el incumplimiento); lo que se ha designado con el término sugestivo, aunque equívoco, de “preceptivo” del negocio”.

Dentro de un régimen jurídico fundado en la propiedad individual, la teoría del negocio jurídico reviste en el derecho la mayor importancia, por cuanto dicho acto es el medio por el cual el individuo impone un orden de relaciones jurídicas adecuado a las diversas finalidades que se propone alcanzar.

¹⁷ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos Bancarios: Su Significación en América Latina. Tercera edición. Bogotá: Biblioteca Felaban, 1985, p. 70.

¹⁸ Cfr. BETTI, Emilio. Teoría General del negocio jurídico. Madrid: Editorial Comares, 2001, p. 82. Traducido por MARTÍNEZ PÉREZ, Antonio.

¹⁹ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Ob. cit., p. 32.

Así pues, como enseña el profesor HINESTROSA, “la circulación de los bienes y el adelanto social se logran a través de la iniciativa privada. Y el negocio jurídico es cabalmente el instrumento exclusivo para tales actividades, con eficacia universal... En nuestro régimen, el negocio jurídico es la vía para adquirir bienes, para obtener su uso, para prestar servicios y para recibirlos, quedando cada cual a merced de sus propias fuerzas en la competencia general. De modo que el reconocimiento de la disposición de lo propio y la valoración que de ella hace el derecho obedecen a la atribución de un poder dispositivo particular”²⁰.

El concepto de acto o negocio jurídico comprende los contratos y las convenciones en general; dicho en otras palabras, la convención y el contrato son subespecies del acto jurídico o negocio jurídico.

Al respecto, LLAMBÍAS sostiene que “acto jurídico, convención y contrato, son expresiones de la voluntad que están en una línea progresiva de particularización. El concepto más amplio es el de acto jurídico que se refiere al hecho humano voluntario lícito efectuado con el fin inmediato de establecer relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos. Dentro de ese género, la convención abarca los actos jurídicos bilaterales, y dentro de éstos son contratos los que tienen contenido obligacional, es decir las convenciones que

²⁰ HINESTROSA, Fernando. Derecho Civil. Obligaciones... ob. cit., ps. 168 y 169.

crean, modifican o extinguen obligaciones, en el sentido técnico que tiene este concepto”²¹.

La convención pareciera un concepto más amplio que contrato, si seguimos las huellas francesas; los restantes países europeos prefieren hablar del negocio jurídico.²² De esta suerte, la convención y el contrato tienen una relación de género a especie.²³

En efecto, la Corte Suprema de Justicia al respecto ha señalado: "distínguese el contrato de la convención en que el acuerdo de voluntades que lo forma se encamina exclusivamente a generar obligaciones, en tanto que la convención puede ir en pos no sólo de este objetivo, sino también de modificar o extinguir obligaciones ya creadas. Por eso se dice con propiedad que la convención es género y el contrato especie”²⁴. La constitución o el nacimiento de obligaciones constituye, pues, el efecto propio del contrato.

Ahora bien, como enseña el profesor TAMAYO LOMBANA, “no solo los contratos y las convenciones en general, sino también la manifestación unilateral de

²¹ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil. Parte General. Décimo séptima edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001, t. II, p. 338.

²² Cfr. SALERNO, Marcelo. Contratos civiles y comerciales. México: Oxford University Press, 2002, p. 14

²³ Cfr. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. Teoría de los contratos. Parte general. Buenos Aires: Zavallía, 1981, t. I, ps. 20 y ss.; MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1995, ps. 28 y ss.

²⁴ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de octubre 18 de 1972.

voluntad, importante fuente de obligaciones en el derecho moderno. Por consiguiente, se tiene que la voluntad exteriorizada –como creadora de obligaciones— puede presentarse en dos formas: como acuerdo de voluntades (contrato, convención en general) y como simple manifestación unilateral (testamento, oferta)”²⁵. Por lo tanto, los negocios jurídicos pueden ser unilaterales, bilaterales o plurilaterales, según emanen de una sola voluntad, exijan el concurso de dos voluntades, o finalmente, requieren de más de dos declaraciones de voluntad.²⁶

3.2 LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA

Para COMPAGNUCCI DE CASO, “cuando el acto jurídico se determina por el contenido de la voluntad y los intervinientes establecen el régimen jurídico que regula sus efectos, se está en presencia del negocio jurídico”²⁷.

De este modo, el poder de una persona para poder dictar reglas (testamento) y para dárselas a sí mismo (contrato), es decir la autonomía (subject made law), es

²⁵ TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones. Teoría del acto jurídico y otras fuentes. Cuarta edición. Santa Fe de Bogotá D.C.: Editorial Temis, 1994, p. 30.

²⁶ Cfr. MONROY CABRA, Marco Gerardo. Ob. cit., ps. 383 y ss.; OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del contrato y del negocio jurídico... ob. cit., ps. 17 y ss.; VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Parte General y Personas. Décima Edición. Bogotá: Editorial Temis, 1984, t. I, p. 388 y ss.; TAMAYO LOMBANA, Alberto. Ob. cit., ps. 30 y ss.

²⁷ COMPAGNUCCI DE CASO, Ruben H. Ob. cit., p. 44.

la médula del negocio jurídico.²⁸ Así pues, la autonomía de la voluntad es la esencia de los negocios jurídicos.

El maestro DE CASTRO Y BRAVO entiende por la autonomía privada “el poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas”²⁹

Entre tanto, la autonomía de la voluntad es definida por el Diccionario Jurídico Mexicano como “el principio jurídico-filosófico que les atribuye a los individuos un ámbito de libertad, dentro del cual pueden regular sus propios intereses; permitiéndoles crear relaciones obligatorias entre ellos que deberán ser reconocidas y sancionadas en las normas de derecho”³⁰.

La Corte Constitucional enseña que la autonomía de la voluntad privada “consiste en el reconocimiento mas o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos”³¹.

²⁸ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Ob. cit., p. 31.

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, t. I, p. 239.

³¹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-338 de 24 de agosto de 1993. M.P. Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Por último, BORJA SORIANO³² asimila el concepto de libertad jurídica (lo que no está prohibido, está permitido) con la autonomía de la voluntad.

Pues bien, la esfera de la autonomía privada en sentido amplio (libertad), en su contraste con la heteronomía (subordinación), ofrece puntos y principios comunes; tanto del lado de la persona (capacidad, legitimación, responsabilidad), como desde el de las reglas imperativas que controlan y limitan sus poderes³³

De esta manera, al individuo de la especie humana, se le ha dotado de un arma poderosísima con la cual va a luchar por la vida: “la autonomía de la voluntad”. Con ella puede desplazarse a su manera, y dentro de un mismo campo de acción con sus congéneres iniciar el combate.³⁴ Como todos están igualmente armados y tienen que obrar dentro de un mismo cerco legal, no hay peligro de que se cometa una injusticia.³⁵

Luego, en virtud de la autonomía de la voluntad, los seres humanos pueden pactar lo que mejor convenga a sus intereses; pueden hacer un contrato desconocido, sin que su voluntad sea desacatada; pueden darle las modalidades, efecto y extensión que crean convenientes, sin que su voluntad sea frustrada. Es por ello

³² BORJA SORIANO, Manuel. Teoría Genral de las Obligaciones. Décimo sexta edición. México: Editorial Porrúa, 1998, ps. 386 y 387.

³³ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Ob. cit., p. 31; HINESTROSA, Fernando. Derecho Civil. Obligaciones... ob. cit., p. 165.

³⁴ Cfr. FERRARA, Cariota. El negocio jurídico. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, p. 57 y ss. Traducido por ALBALADEJO, Manuel.

³⁵ *Ibíd.*

que las leyes relativas a los contratos son en su gran mayoría supletorias, sólo se aplican en caso de silencio de las partes. La voluntad es limitada solo en casos extraños; ella debe reducirse a los casos estrictamente indispensables; hay que dar libre juego a la voluntad; mientras menos se intervenga, mejor. Como lo anotan los tratadistas ALESSANDRI y SOMARRIVA³⁶, la teoría de la autonomía de la voluntad lleva a tal extremo el papel creador de la voluntad que según ella muchas disposiciones no serían sino la interpretación de la voluntad presunta de las partes. De este modo, en la sucesión intestada hay que entender que el de cujus quería que se le sucediera en el orden establecido por la ley.³⁷ Raciocinio similar puede hacerse en todos los casos que están contemplando las leyes denominadas supletivas.³⁸

La autonomía privada se inscribe en la dinámica de la libertad que reconoce a toda persona el poder de decidir su propia esfera personal y patrimonial.

La autonomía de la voluntad debe ser visualizada bajo la óptica del bien común y, por supuesto, tales actos deben ser ejecutados con discernimiento, intención y libertad; de otro modo, no producen por sí obligación alguna. De tal forma, “los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos

³⁶ Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Curso de Derecho civil. De las Obligaciones. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1951, t. III, p. 38 y ss.

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ *Ibíd.*

jurídicos. Al proceder a hacerlo deben observar los requisitos exigidos, que obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad”³⁹.

Ahora bien, como señala BUERES⁴⁰, en la autonomía de las partes se comprenden no sólo la libertad, sino también la responsabilidad. El individuo, que posee unos derechos naturales y cuya garantía es la principal misión del Estado ya que dichos derechos tienden a satisfacer sus necesidades, lógicamente debe también tener derecho a hacerlos efectivos por medio de actos, para los cuales tiene completa libertad, no traspasándose el infranqueable límite del orden público y las buenas costumbres.⁴¹

KUMMEROV⁴² ha sintetizado los principales elementos que en opinión de la doctrina configuran a la autonomía de la voluntad, a saber:

- a) Los individuos son libres para obligar o para no hacerlo.

- b) Los individuos son libres para discutir las condiciones del acto jurídico

³⁹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-338 de 24 de agosto de 1993. M.P. Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

⁴⁰ Cfr. BUERES, Alberto J. y HIGHTON, Elena I. Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Buenos Aires: Editorial Hammura, t. 1-2B, 1998 p. 387.

⁴¹ FERRI, Luigi. La autonomía privada. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969, ps. 10 y ss. Traducido por SANCHO, Miguel.

⁴² KUMMEROV, Gert. Algunos problemas fundamentales del contrato por adhesión en el derecho privado. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1955, ps. 45 y 46.

determinando su contenido, su objeto y sus efectos con la única limitación del respeto al orden público y a las buenas costumbres.

c) Los individuos pueden escoger las normas que mejor le convengan a sus intereses, rechazar las supletorias ateniéndose sólo a las esenciales al tipo de negocio realizado.

d) Ninguna formalidad se establece para la manifestación de la voluntad ni para la prueba del acuerdo. Los actos solemnes son excepcionales.

e) Las partes de un acto jurídico pueden determinar los efectos de las obligaciones. Si algún conflicto surgiera entre ellos con motivo de la violación de la norma creada, el órgano judicial limitará su misión a descubrir la intención de las partes, aplicando la sanción que las propias partes exijan.

f) Los intereses individuales libremente discutidos concuerdan con el bien público.

A los anteriores elementos habría que agregar la idea de que las disposiciones del legislador se deben inspirar en la voluntad presunta de los particulares.

En Colombia la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación -en sentido amplio libertad negocial- tiene sustento constitucional como condición, instrumento y modalidad del concreto ejercicio de varios derechos consagrados en la

Constitución Política. Baste indicar a este respecto que la circulación de bienes, distribución y movilización de la riqueza, emanada de la garantía de la propiedad privada, asociativa y solidaria (art. 58 C.P.) sería inimaginable sin apelar al contrato; la personalidad jurídica a la cual toda persona tiene derecho presenta entre una de sus manifestaciones más insignes la de ser centro de imputación jurídica de derechos y obligaciones generados por el fenómeno del contrato (art. 14 C.P.); el derecho al libre desarrollo de la personalidad se proyecta en opciones que elige el sujeto para cuya actualización debe entrar con otros sujetos y ese medio al cual frecuentemente se recurre es el contrato (art. 16 C.P.); el derecho a la libre asociación en todos los órdenes precisa del contrato (arts. 38 y 39 C.P.); la conformación de la familia, núcleo esencial de la sociedad, puede tomar forma contractual (art. 42 C.P.); en fin, el derecho a la libre actividad económica y la iniciativa privada demandan del contrato como instrumento imprescindible de la empresa - base del desarrollo (art. 333 C.P.) - sin el cual no se concibe la interacción entre los diferentes agentes y unidades económicas y la conformación y funcionamiento de mercados (art. 333 C.P.). Resulta imperioso concluir que la libertad negocial, en cuanto libertad de disponer de la propia esfera patrimonial y personal y poder de obligarse frente a otras personas con el objeto de satisfacer necesidades propias y ajenas, es un modo de estar y actuar en sociedad y de ser libre y, por todo ello, es elemento que se encuentra en la base misma del ordenamiento constitucional.

En la legislación colombiana, el principio de la autonomía de la voluntad privada

alcanza expresión legislativa en el artículo 1602 del Código Civil que asigna a los contratos legalmente celebrados el carácter de ley para las partes, al punto que no pueden ser invalidados sino por su consentimiento mutuo o por causas legales; además, el artículo 1618 del mismo estatuto establece que “hay que atenerse en los contratos más a la intención de los contratantes que a lo literal de las palabras”.

Asimismo, el artículo 4º del Código de Comercio ha determinado que “las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles”.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico reconoce que la iniciativa y el esfuerzo privados, mientras obren con el debido respeto al derecho ajeno y al interés general, representan decisiva contribución al progreso y al bienestar de la sociedad; sin embargo, la autonomía de la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la Constitución (cfr. arts. 1, 58 y 333), la Ley (cfr. arts. 8, 9, 16, 1517, 1519, 1523, 1524, 1525, 1602 etc.; C.C.) y las buenas costumbres. Solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros.

3.3 EL CONTRATO ATIPICO

3.3.1. Evolución del contrato atípico. El fundamento económico y pragmático

del nacimiento de los contratos atípicos –sustentado en la autonomía de la voluntad privada y en la libertad negocial- coincide con la necesidad de adoptar los contratos a los fines empíricos y a las necesidades reales de las partes contratantes. En el derecho romano (donde ya se plantea la existencia de los llamados contratos innominados) gran parte de las instituciones jurídicas se producen por “deformación o adaptación de algunas figuras jurídicas a las soluciones prácticas que reclamaban las necesidades socioeconómicas. “Los romanos utilizaban un negocio jurídico para fines distintos de los que habían inspirado la institución”⁴³. La prenda y la hipoteca nacieron de la venta ficticia con pacto de retroventa –fiducia cum creditore-, por lo que el acreedor se obligaba a vender nuevamente al deudor el objeto con que se garantizaba el adeudo que constituía el precio de la compraventa.

En la etapa clásica existían contratos que se designaban con un vocablo específico y a los cuales correspondía una acción procesal que generalmente recibía el mismo nombre del contrato: estos contratos con nombre son los nominados.⁴⁴

En su evolución, los *contractus incerti* o *negotia nova* llegaron a tener efectos reconocidos, por medio de una acción procesal única, a pesar de que no tuvieron

⁴³ FLORIS MARGADANT, Guillermo. El derecho privado romano. Quinta edición. México: Esfinge, 1974, p. 291.

⁴⁴ Cfr. LOZANO NORIEGA, Francisco. Cuarto Curso de derecho civil. México: Asociación Nacional del Notariado, México, 1984, ps. 51 y 52.

un nombre específico; de ahí su categoría de innominados, por oposición a los nominados. Estos contratos romanos que aparecieron hasta el período postclásico, eran siempre bilaterales y su causa era una obligación de dar o de hacer, origen de la conocida clasificación: do ut des, do ut facias, facio ut des y facio ut facias.⁴⁵

Las costumbres mercantiles de la Edad Media en Europa tuvieron una intervención importante en la aceptación y reconocimiento de las convenciones y contratos mercantiles que, como actos jurídicos, no tenían la exigencia formal de los contratos civiles, más sujetos a moldes y tipos establecidos.

No cabe duda de que a medida que la civilización avanza cobran mayor importancia los contratos atípicos, puesto que el tráfico mercantil moderno desborda en mucho los supuestos sobre los que se levantan las normas típicas contractuales, razón por la cual el legislador debe proveer al ordenamiento de instrumentos que superen la inmediatez de lo legislado y trasciendan a la misma velocidad de las exigencias del tráfico civil y comercial de los particulares

⁴⁵ Cfr. DE BUEN LOZANO, Néstor. La decadencia del contrato. México: universidad Autónoma de México, 1965, p. 12.

Sobre el particular, tanto la jurisprudencia colombiana⁴⁶ como española⁴⁷, han hecho eco de la necesidad de los contratos atípicos, fruto del ensanche y la complejidad de la vida moderna, el progreso industrial y mercantil⁴⁸ y las nuevas necesidades prácticas⁴⁹.

De este modo, en el derecho actual, los contratos atípicos están plenamente aceptados, siendo indudable la influencia que en este análisis tiene el common law proveniente de la cultura jurídica anglosajona, que dotan de eficacia a todo acuerdo de voluntades, o más concretamente, al derecho que surge como accesorio a la voluntad de las partes —el *ius dispositivum* de los romanos—que a su vez decanta el posterior desarrollo de la tradición continental europea donde existen reglas que codifican cada figura.

En la actualidad, los conceptos de atipicidad y tipicidad amplían notablemente su

⁴⁶ Vid. COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 31 de mayo de 1938. En: Gaceta Judicial, t. XLVII, p. 570; sentencia del 22 de octubre de 2001, M.P. Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles; sentencia del 13 de diciembre de 2002, M.P. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

⁴⁷ Vid. ESPAÑA, TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Civil. Sentencia del 10 de junio de 1929; Sentencia del 11 de diciembre de 1960; Sentencia del 11 de marzo de 1965; Sentencia del 22 de diciembre de 1992; Sentencia del 21 de mayo de 1992; sentencia del 2 de octubre de 1999; Sentencia del 2 de junio de 2000; Sentencia del 10 de noviembre de 2008.

⁴⁸ Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo español ha señalado: “que el progreso industrial y mercantil y el ensanche de la vida moderna son motivo de que las relaciones jurídicas no siempre tengan fácil encaje en el monde y naturaleza de los contratos que las producen si éstos han de calificarse en todo caso con arreglo a las definiciones de los mismos cuerpos legales, atentos a las típicas características de aquéllos en su mayor sencillez y simplicidad”. ESPAÑA, TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Civil. Sentencia del 10 de junio de 1929.

⁴⁹ Reconoce el Tribunal Supremo español, que el artículo 1255 del Código Civil español faculta a los sujetos para superar a impulsos de las incesantes exigencias del tráfico económico el elenco de esquemas o pactos contractuales previstos por el legislador. Cfr. ESPAÑA, TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Civil. Sentencia del 10 de abril de 1985.

campo de aplicación; así, se habla de negocios típicos y atípicos y, "...por extensión, de cláusulas típicas y atípicas de los negocios jurídicos, según que ellas estén recogidas expresamente dentro del esquema legal del contrato respectivo, o bien, que las partes establezcan su contenido en ausencia de disposiciones legales"⁵⁰.

3.3.2. Noción del contrato atípico. El maestro HINESTROSA describe como "a diario presenciamos la realización de actos particulares de disposición de intereses y aun los protagonizamos, y el fenómeno se viene repitiendo desde siempre"⁵¹.

La necesidad de vida de los pueblos, y principalmente las de desarrollar actividades económicas, determinaron que se crearan —y de hecho se hace a diario— nuevas figuras contractuales que les resultan a las personas necesarias para emprender sus negocios, que aparecen cada vez con más complejidad.

Dentro de tal contexto, señala ETCHEVERRY⁵², no hay duda de que el operador económico, el empresario, existe, más que nunca, como eje de los negocios; de los más importantes, si los medimos en términos crematísticos. Es insoslayable

⁵⁰ BARRERA GRAF, Jorge. Las sociedades en derecho mexicano. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, p. 123.

⁵¹ HINESTROSA, Fernando. Función, límites y cargas de la autonomía privada. En: Estudios de Derecho Privado. Homenaje al Externado en su Centenario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1986, p. 9.

⁵² ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005, p. 39.

comprobar que existe una realidad: la producción de bienes y servicios para el mercado, así como la intermediación onerosa, prestada por diversos profesionales.

El ordenamiento jurídico reconoce que la iniciativa y el esfuerzo privados, mientras obren con el debido respeto al derecho ajeno y al interés general, representan decisiva contribución al progreso y al bienestar de la sociedad. Por ello pone especial cuidado en garantizar la mayor libertad posible en las transacciones entre particulares y, en general, en todos sus actos jurídicos de contenido económico, cuyo vigor normativo está ampliamente consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, que establece: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causales legales”. Dentro de este marco de la libertad negocial, el contrato es el más rico afluente de creatividad.

Así las cosas, un alto número de contratos es disciplinado por la ley, la cual les ha otorgado estructuras precisas; pero todavía es más amplia, en tanto indefinida, la cantidad de convenios o contratos que las partes crean libremente, con base en el principio de libertad contractual (art. 1602 C.C.) y que no se encuentran reglamentados por la ley, y que relacionan su existencia con los usos y costumbres, con la imaginación e inventiva de las partes —que muchas veces responde a intereses económicos— y con la vida diaria del tráfico jurídico, que va dando forma a los institutos del derecho, luego receptados (tipificados) por la ley

positiva.

Esta evolución práctico social determina, necesariamente, adentrarse en la denominada teoría de la autonomía de la voluntad en la cual se admite la posibilidad de que el mutuo consenso origine un negocio jurídico, independientemente de si la figura negocial está legislada o no, lo que permite hablar de la existencia de dos formas de tipicidad: la social y la legal.

La “tipicidad” según GETE-ALONSO, se refiere a “un especial modo de organizar la regulación de los actos jurídicos; ordenación que se efectúa a través y por medio de la noción de tipo”⁵³. Luego, la “tipicidad” es la característica de un acto de adecuarse a una disposición legislativa.

La tipicidad, “en tanto formación mediante tipos jurídicos, estaría regulando dos cosas: la estructura, que es la composición mínima del negocio jurídico, y la función, que representa la finalidad que se tiende a cubrir”⁵⁴.

Ahora bien, el “tipo” según ETCHEVERRY “significa un supuesto legal que, si se verifica confrontándolo con un supuesto fáctico igual o equivalente, produce los

⁵³ GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen. Estructura y función del tipo contractual. Barcelona: Editorial Bosch, 1979, p. 15.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 11.

efectos jurídicos previstos en el ordenamiento”⁵⁵.

Entre tanto, LORENZETTI señala que el “tipo” es “un modo de programar las relaciones jurídicas, las cuales producen efectos en los vínculos que se ajustan a él dándole efectos jurídicos”⁵⁶.

De este modo, el “tipo” indica una estructura legal ubicada en el sistema jurídico, que permitirá que se produzcan consecuencias precisas de derecho, es decir, que la norma jurídica ha estructurado, en algunas ocasiones, un régimen detallado para su formación, efectos, dinámica y extinción, según los casos.⁵⁷

Se debe partir de la base que el tipo “es abstracto y persigue un resultado; es aquella noción de conducta o fenómeno que, compuesto por una serie de elementos y de ciertos datos por medio de los cuales se concreta la abstracción primaria, es consecuencia de la percepción de una realidad social determinada”⁵⁸. Un tipo legal representa una estructura, un mecanismo, un dispositivo concatenado de normas que rigen una situación estática o dinámica del derecho.

En este orden de ideas, la doctrina latinoamericana ha definido los contratos

⁵⁵ ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios... ob. cit., p. 115.

⁵⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores, 1999, t. I, p. 16.

⁵⁷ Cfr. ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios... ob. cit., ps. 88 y 89.

⁵⁸ GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen. Ob. cit., p. 14.

típicos y atípicos de la siguiente manera:

LÓPEZ DE ZAVALÍA enseña que los contratos típicos “son los que tienen lugar cuando todas las cláusulas esenciales se adecuan a un tipo legal, sin que tenga importancia el nombre dado por las partes. Este contrato se regirá por las reglas tipológicas, llenándose sus lagunas por el derecho supletorio del tipo, luego por los principios generales y luego por contratos de tipos análogos”⁵⁹. Los contratos atípicos, entre tanto, “son los que no responden a una estructura regulada por la ley”⁶⁰

Para ETCHEVERRY, el contrato típico “es el identificable por sus rasgos, por su modo de ordenar efectos jurídicos tanto si hubiese sido nominado o no por la ley; si no lo es, habrá tipicidad social”⁶¹. En cambio, por contrato atípico entiende a aquel negocio jurídico “que no está dotado de una estructura normativa donde se prevean reglas, modalidades, efectos, plazos o condiciones, modos interpretativos de ciertos actos, reglas de caducidad o extinción y conexión con la sistemática de las áreas temáticas de la legislación general”⁶²

La denominación de un contrato como típico supone, al entender de ARCE

⁵⁹ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. Ob. cit., p. 64.

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 66.

⁶¹ ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Derecho Comercial y económico. Obligaciones y contratos comerciales. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005, p. 114

⁶² ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios... ob. cit., p. 95.

GARGOLLO, “la reglamentación en cuanto a sus características y contenido obligacional; la regulación del contenido del contrato hace referencia a la existencia de normas respecto a los efectos del contrato entre las partes contratantes”⁶³. Por su parte, “los contratos atípicos –como concepto negativo de los típicos—son aquellos cuyo contenido no tiene regulación o disciplina en la legislación”⁶⁴.

En el mismo sentido, la mayor parte de tratadistas italianos⁶⁵ y españoles⁶⁶, han entendido que son contratos típicos aquellos para los cuales existe en la ley una disciplina normativa. En efecto, la regulación del contrato típico supone la

⁶³ ARCE GARGOLLO, Javier. Contratos mercantiles atípicos. México: Editorial Trillas, 1994, p. 46.

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ Vid. BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones. Madrid: Revista del Derecho Privado, 1970, t. II, ps. 70 y ss. Traducido por DE LOS MOZOS, José Luis; BRANCA, Giuseppe. Instituciones de Derecho Privado. México D.F.: Editorial Porrúa S.R.Ltda., 1978, p. 468 y ss. Traducido por MACEDO, Pablo; BRECCIA, Umberto et al. Derecho Civil. Hechos y actos jurídicos. Santa Fe de Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1992, t. I, v. II, ps. 831 y ss. Traducido por HINESTROSA, Fernando; FUBINI, Ricardo. Contribución al estudio de los contratos complejos (Llamados mixtos). Madrid: Revista de Derecho Privado, 1931, ps. 1 y ss. Traducido por POLO, A.; MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, t. I, ps. 378 y ss. Traducido por FONTANARROSA, R. O.; SENTIS MELENDO, S. y VOLTERRA, M.; SCOGNAMIGLIO, Renato. Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004, ps. 427 y ss. Traducido por LEÓN, Leysser L.; STOLFI, Giuseppe. *Ob. cit.*, ps. 354. Traducido por SANTOS BRIZ, Jaime.

⁶⁶ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo et al. Tratado de Contratos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, t. I, ps. 108 y ss.; CHULIÀ VICENT, Eduardo y BELTRÁN ALANDETE, Teresa. Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos. Aspectos jurídicos de los contratos atípicos. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999, t. I, ps. 11 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Ob. cit.*, ps. 205 y ss.; DIAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D. Los contratos atípicos. En: Actualidad Civil. Madrid: La Ley, 1998, No. 1998-2, ps. 355 y ss.; DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. Instituciones de Derecho Civil. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, t. I, ps. 741 y ss.; GÁZQUEZ SERRANO, Laura. El Contrato de Mediación o Corretaje. Madrid: La Ley, 2007, ps. 22 y 23; GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen. *Ob. cit.*, ps. 11 y ss.; JORDANO BAREA, Juan B. Los contratos atípicos. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1953, ps. 57 y ss.; RODRÍGUEZ RUÍZ DE VILLA, D. El contrato de corretaje inmobiliario: los agentes de la propiedad inmobiliaria. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2000, ps. 201 y ss.; RUIZ SERRAMALERA, Ricardo. El negocio jurídico. Madrid: universidad Complutense, 1980, ps. 311 y ss.

reglamentación en cuanto a sus características y contenido obligacional; la regulación del contenido del contrato hace referencia a la existencia de normas respecto a los efectos del contrato entre las partes contratantes. A su turno, la doctrina tanto italiana⁶⁷ como la española⁶⁸, entiende que los contratos atípicos, son un concepto negativo de los típicos, es decir, como aquellos cuyo contenido no tiene regulación o disciplina en la legislación.

Ahora bien, algunos de los contratos atípicos, pueden tener una denominación otorgada por la doctrina o la costumbre mercantil; así como también pueden aparecer algunos usos o normas de la costumbre que los caractericen y reconozcan. A dicho fenómeno, BETTI⁶⁹ lo ha denominado como “tipicidad social”, expresión que ha sido recogida y adoptada por gran parte de la doctrina que aborda esta temática.⁷⁰

Según BETTI, “la tipicidad legislativa es la característica de los negocios y

⁶⁷ Vid. Vid. BETTI, Emilio. Ob. cit., ps. 70 y ss.; BRANCA, Giuseppe. Ob. cit., p. 468 y ss.; BRECCIA, Umberto et al. Ob. cit., ps. 831 y ss.; FUBINI, Ricardo. Ob. cit., ps. 1 y ss.; MESSINEO, Francesco. Ob. cit., ps. 378 y ss.; SCOGNAMIGLIO, Renato. Ob. cit., ps. 427 y ss.; STOLFI, Giuseppe. Ob. cit., ps. 354.

⁶⁸ Vid. Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo et al. Ob. cit., ps. 108 y ss.; CHULIÀ VICENT, Eduardo y BELTRÁN ALANDETE, Teresa. Ob. cit., ps. 11 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Ob. cit., ps. 205 y ss.; DIAZ-AMBRONA BARDAJI, M. D. Ob. cit., ps. 355 y ss.; DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. Ob. cit., ps. 741 y ss.; GÁZQUEZ SERRANO, Laura. Ob. cit., ps. 22 y 23; GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen. Ob. cit., ps. 18 y ss.; JORDANO BAREA, Juan B. Ob. cit., ps. 57 y ss.; RODRÍGUEZ RÚIZ DE VILLA, D. Ob. cit., ps. 201 y ss.; RUIZ SERRAMALERA, Ricardo. Ob. cit., ps. 311 y ss.

⁶⁹ Vid. BETTI, Emilio. Ob. cit., p. 70.

⁷⁰ Vid. ARCE GARGOLLO, Javier. Ob. cit., ps. 49 y 50; DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Madrid: Editorial Tecnos, 1979, t. I. p. 241; ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Derecho Comercial y económico. Obligaciones y contratos comerciales... ob. cit., p. 114

contratos que gozan de una particular disciplina legal”⁷¹. De acuerdo al mismo autor, la tipicidad social tiene como nota característica que “cumple, como siempre, la función de limitar y dirigir la autonomía privada pero que actúa mediante una remisión a las valoraciones de la conciencia social relativas a las manifestaciones de la autonomía privada que, en la medida en que el ordenamiento jurídico estima que responde a una función socialmente útil, son acogidas y tuteladas por él”⁷².

Así entonces, existen contratos que pueden ser legislativamente atípicos pero que atienden a nuevas necesidades ya socialmente tipificadas,⁷³ y, por lo tanto participan de la llamada tipicidad social. Su continuada celebración en la vida diaria, el reconocimiento de estos contratos en los tribunales y en la jurisprudencia y, finalmente, el estudio de la doctrina, han logrado plasmar las características básicas de estos contratos atípicos que adquieren la “tipicidad social”. Estas figuras contractuales, ya definidas en algunos de sus elementos y aspectos más sobresalientes (denominación, partes que intervienen, contenido obligacional, modalidades), puede ofrecer soluciones prácticas al problema de la interpretación y, sobre todo, sirven para complementar aquellos aspectos en que las partes pudieron ser omisas.

⁷¹ BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones... ob. cit., p. 70.

⁷² *Ibíd.*

⁷³ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Ob. cit., p. 213.

La tipicidad social, como conformación de figuras contractuales legislativamente atípicas, ofrece al intérprete de esta clase de negocios la posibilidad de acudir a otras fuentes de interpretación (usos, jurisprudencia, doctrina, derecho comparado) para buscar normas complementarias y criterios de solución.⁷⁴ Este concepto de tipicidad social también puede aplicarse a las cláusulas negociales atípicas; es decir, hay cláusulas atípicas, legislativamente consideradas, pero con tipicidad social.⁷⁵

⁷⁴ Cfr. ARCE GARGOLLO, Javier. Ob. cit., p. 49.

⁷⁵ El Tribunal Supremo español ha indicado como para interpretar un contrato atípico, “es preciso acudir para su calificación, antes que al nombre que las partes le hayan dado, al espíritu que les informa y el objeto que se propusieron aquellas, debiendo prevalecer su intención sobre todo elemento interpretativo, cuando esta se deduce racional y lógicamente. ESPAÑA, TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Civil. Sentencia del 10 de junio de 1929.

4. LOS CONTRATOS INTEREMPRESARIALES

4.1 BREVE NOCIÓN DE EMPRESA

El concepto de empresa ha sido incorporado de forma expresa en el ordenamiento jurídico colombiano. En efecto, el artículo 25 del Código de Comercio colombiano estipula que: “Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio”.

No obstante la anterior definición legal, la idea de empresa surge de la actividad económica y social del ser humano; por ello es un concepto esencialmente socioeconómico y no jurídico, teniendo en cuenta que es un fenómeno eminentemente económico y cambia conforme se va modificando la actividad económica de la persona humana.⁷⁶

En este sentido RIPPE señala que la empresa “es una noción económica por

⁷⁶ Cfr. MEZZERA ALVAREZ, Rodolfo. Curso de derecho comercial. Tercera edición. Montevideo: Editorial Medina, 1957, t. I, p. 38; RIPPE, Siegbert. Agroindustrias y Derecho Societario. Montevideo: Editorial Fundación de Cultura universitaria, 1990, p. 34; RUÍZ DE VELASCO Y DEL VALLE, Adolfo. Manual de Derecho Mercantil. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1996, p. 27; WILDE, Hugo. Contratos de la Empresa Agraria. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, 2001, p. 10.

excelencia, de difícil y discutida aprehensión para el derecho, pero de incuestionable existencia en la actual y moderna realidad de los negocios civiles y comerciales”⁷⁷

Quizás el primer intento por definir la empresa de modo completo se debe a WIELAND para quien “la empresa es aportación de fuerzas económicas –capital y trabajo—para la obtención de una ganancia ilimitada”⁷⁸. Y la mercantilización de la empresa dependerá, según el mismo tratadista,⁷⁹ de la concurrencia de los siguientes requisitos: a) soportar en forma constante un riesgo de pérdida, el cual se compensa con la expectativa –causa determinante de la creación—de obtener un beneficio ilimitado; b) contar con una organización conforme a un plan elaborado por el empresario, y c) calcular racionalmente el resultado económico perseguido, que permite calificar la mercantilización de la empresa.

FONTANARROSA, entre tanto, señala que la “empresa es una organización sistemática de actividades y de medios, apta para determinar una serie notable de relaciones jurídicas, y que tiene por objeto suministrar a otros utilidades de naturaleza variada; en el cual el empresario, asumiendo todo riesgo sobre sí, sustituye y elimina con su propio riesgo, el que traería consigo la ordinaria

⁷⁷ RIPPE, Siegbert. Ob. cit., p. 34.

⁷⁸ WIELAND. Citado por BROSETA PONT, Manuel. La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil. Madrid: editorial Tecnos, 1965, p. 90.

⁷⁹ *Ibíd.*

creación o la directa consecuencia de dichas utilidades”⁸⁰

De una manera más breve, FARINA indica que “la empresa comercial es la organización funcional y activa de medios, apta para la producción o el intercambio de bienes o servicios para el mercado, con ánimo de lucro”⁸¹.

Por su parte, WILDE enseña que la empresa “es una unidad organizada de los factores de la producción (la tierra, el capital –incluida la tecnología- y el hombre – capital humano-) que, combinados con un fin lícito y lucrativo, produce bienes y servicios dentro de una estructura social. De dicha combinación saldrá el bien producido (cosa o servicio)”⁸².

A su vez, RUÍZ DE VELASCO Y DEL VALLE, desde la perspectiva económica enseña que la empresa “es la organización de los factores de la producción con el fin de obtener una garantía ilimitada”⁸³.

Según los anteriores conceptos, para definir la empresa se necesita de la existencia de los factores de la producción y de una persona que los combine con el objeto de producir bienes y servicios.

⁸⁰ FONTANARROSA, Rodolfo O. Derecho comercial argentino. Buenos Aires: Editorial Zavalía, 1956, t. II, p. 156.

⁸¹ FARINA, Juan M. Contratos Comerciales Modernos. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999, p. 19.

⁸² WILDE, Hugo. Ob. cit., p. 10.

⁸³ RUÍZ DE VELASCO Y DEL VALLE, Adolfo. Ob. cit., p. 27.

Estos factores combinados deben insertarse dentro de una estructura socioeconómica, lo que le dará sentido a los mismos. Ciertamente, de nada sirve combinar factores de la producción y producir bienes si no son destinados a su consumo.

La empresa no es una organización económica creada para beneficiar solamente al empresario, sino que ubicada dentro de un contexto social (art. 333 de la Cons Pol.),⁸⁴ sirve para contribuir al desarrollo de la sociedad toda (que es la demandante de los bienes y servicios), como también de quienes trabajan en ella. Se impulsa el crecimiento de la tecnología (factor capital), quien recibe los beneficios que ella produce (factor humano, ingresos del empresario y del trabajador).

⁸⁴ El artículo 333 de la Constitución Política de Colombia establece:

“Artículo 333.—La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

4.2 LOS CONTRATOS INTEREMPRESARIALES

Desde hace aproximadamente tres décadas, el gran desafío del derecho mercantil finca en la comprensión del fenómeno circulatorio de bienes y servicios en un mundo influenciado por la globalización económica, la integración regional, la interrelación entre los distintos agentes económicos, el avance tecnológico, etc. Bajo dicho contexto, los emprendimientos empresariales han tenido que modificar su estructura en forma paulatina, y con ello se ha trastocado el criterio objetivo para atender al protagonismo que asume la empresa como movilizadora de la actividad comercial.⁸⁵

Una de las manifestaciones más palpables de esta nueva realidad está determinada por la vinculación contractual entre empresas, dando lugar al fenómeno conocido como la “contratación interempresaria”, a la que podemos considerar como un género que contendrá diversas especies contractuales generadas en la eclosión de la gran empresa, como por ejemplo, los contratos asociativos, los de colaboración empresaria, de concesión, de información, de licencia, de know—how, de cartas de intención, de contratos-proforma y otras formas de vinculación empresaria, etc.; y con el propósito de debatir sobre las modalidades de la gestión en los niveles directivo, funcional, técnico, comercial, financiero, contable, jurídico, de personal, de información, de investigación, etc.

⁸⁵ Cfr. GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos Civiles y Comerciales. Partes general y especial*. Cuarta edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998, t. II, p. 73.

La contratación interempresaria ha existido desde tiempos inmemoriales, pero actualmente adquiere una dimensión que impacta sobre las formas jurídicas que se adoptan, y cuyo análisis interesa para examinar los contratos. En las primeras etapas del capitalismo, la actividad económica se centró en las personas físicas, en los denominados “capitanes de industria” que transformaron su entorno con base a la audacia y la iniciativa personal. A posteriori, esas personas físicas se diluyeron en personas jurídicas que fueron alcanzando un alto grado de institucionalización y complejidad organizativa en el capitalismo tardío. Esa sofisticación generó cierta rigidez, burocratización y disminución del ritmo temporal, que fueron aptas para mantener el estado de cosas, pero no para transformarlo.⁸⁶

En la etapa actual ha habido enormes transformaciones en la economía, al alcanzar escala global, innovación tecnológica permanente, aparición de nuevos competidores, generándose un proceso de alto dinamismo, flexibilidad, y aceleración temporal.⁸⁷ Frente a ello, la organización de personas jurídicas hiperorganizadas y burocráticas muestra cierta pesadez e inadecuación. La primera razón para que ello ocurra es que aumenta la presión competitiva y el cambio, lo que hace que una empresa deba reconvertirse, diversificarse, modificarse y especializarse constantemente. El desafío no puede emprenderse en forma individual por los costos asociados y por los riesgos que representa. La

⁸⁶ Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis. Ob. cit., t. III, p. 234.

⁸⁷ Cfr. THUROW, Lester. La guerra del siglo XXI. Buenos Aires: Editorial Vergara, 1992, p. 16.

segunda razón es que la aparición constante de nuevos productos y mercados plantea la necesidad de seguir el ritmo con altísimos costos: entrar en un nuevo mercado, diseñar un nuevo producto, encarar un nuevo negocio. Esos costos son altos, pero menores que el que significa no seguir adelante y quedar paulatinamente fuera del mercado.

Además, las empresas no siempre producen por sí y para sí, sino que requieren de bienes y servicios de otras empresas, antes que sus productos lleguen al consumidor.⁸⁸

Como corolario lógico de lo expuesto, comenzaron a surgir figuras contractuales para enfrentar la economía de mayor escala⁸⁹ y para obtener mayor flexibilidad. Por estas razones, las empresas contemporáneas se basan en una compleja división del trabajo, así como en el tráfico de bienes y servicios entre empresas, fenómenos que se apoyan en una variada serie de modalidades contractuales, lo cual supone una vinculación explícita o implícita que adopta las más variadas formas jurídicas, lo que impone cada vez más la vigencia de los llamados contratos interempresariales.⁹⁰

⁸⁸ Cfr. ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Segunda edición. Bogotá D.C.: Biblioteca Jurídica Dike, 1992, p. 246.

⁸⁹ Cfr. BALLARIN, Eduard; CANALS, Jordi y FERNÁNDEZ, Pablo. Fusiones y adquisiciones de empresas. Un enfoque integrador. Madrid: Editorial Alianza, 1994, ps. 37 y ss.

⁹⁰ Cfr. RETIS AMAYA, Juan Manuel. Los contratos de empresa. Bogotá D.C.: CAUC, 2007, p. 16.

En efecto, la contratación interempresarial se ha difundido ingentemente en la empresa moderna en los últimos años “en razón a que las mismas debieron entrar a minimizar gastos y eficientizar inversiones para poder subsistir”⁹¹, puesto que las duras exigencias del acontecer económico no les permiten la elección entre vivir interrelacionadas o mantener su existencia aislada; al igual que el ser humano, las empresas se debaten entre el instinto gregario y el deseo de aislamiento. Pero, si no quieren desaparecer absorbidas en una lenta agonía solitaria y ruinosa, deben cambiar sus esquemas tradicionales de actuación en la producción o en el mercado.⁹²

Pues bien, en un sentido amplio todas las figuras contractuales sirven a las empresas para disciplinar las interacciones entre ellas; la compraventa, el suministro, el mutuo, el comodato, etc., estarían soportando ese tráfico entre empresas; incluso las sociedades entre sociedades, la fusión, la participación, poseen un rol importante en la contratación empresaria si se mira en ese marco general.⁹³

La conceptualización del género referido es bastante dificultosa en virtud de las diferentes variantes que se pueden asumir. Por tal motivo, FARINA señala que

⁹¹ WILDE, Hugo. Ob. cit., p. 36.

⁹² Cfr. GUYENOT, Jean-Pierre. Los Grupos de Interés Económico. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1973, p. 11.

⁹³ Cfr. CABANELLAS, Guillermo y KELLY, Julio Alberto. Contratos de Colaboración Empresaria. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1973, p. 11.

“hallar un concepto y una caracterización omnicomprensiva de la categoría que denominamos ‘contratos interempresarios’ puede resultar una tarea destinada al fracaso, dados los diversos matices que presenten y las diferentes finalidades que las partes persiguen con ellos; pero consideramos que este intento puede resultar descubriendo notas caracterizantes particulares y los diversos fines prácticos que las partes suelen perseguir; a la vez que todo esto nos permitirá establecer claras diferencias entre unos y otros, merecedores de tratamientos jurídicos diferenciados en un esfuerzo esclarecedor que conduzca a una más justa solución de los conflictos que pueden suscitarse”⁹⁴.

No obstante lo anterior, hay quien se ha atrevido a brindar una definición de los contratos interempresariales. Así, por ejemplo, para una primera aproximación podemos valernos de la definición suministrada por WILDE, quien sostiene que “son los contratos que se celebran entre dos o más empresas, con el objeto de facilitar distintos aspectos de su actividad”⁹⁵.

ETCHEVERRY, por su parte, expone que “se llama así a ciertos contratos agrupados en orden a su función económica: la contratación entre empresas diversas o entre sociedades”⁹⁶.

⁹⁴ FARINA, Juan M. El contrato de sociedad dentro de los contratos de colaboración. Las “sociedades” entre abogados. En: Derecho empresario actual. Homenaje al doctor Raymundo L. Fernández. Cuadernos de la Universidad Austral, No. 1, p. 317.

⁹⁵ WILDE, Hugo. Ob. cit., p. 36.

⁹⁶ ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios... ob. cit., p. 99.

Para MERCADEL y JAININ, son aquellos “acuerdos... que tienen por finalidad el desenvolvimiento de acciones conjuntas (en el sector de actividad de cada una de las empresas contratantes) en que ambas partes actúan en pie de legalidad”⁹⁷

Los contratos interempresarios, según RETIS, “son aquellas figuras negociales mediante las cuales dos o más personas jurídicas se vinculan contractualmente en procura del logro o de la realización de un negocio jurídico-económico común, destinado a facilitar diferentes aspectos de la actividad de cada una de las empresas contratantes”⁹⁸.

Teniendo en cuenta los anteriores conceptos, y para intentar una aproximación al análisis de los contratos interempresariales, resulta necesaria la resolución de dos cuestiones puntuales:

- La contratación interempresarial necesita, como partes componentes, a las empresas, concepto éste que aparece definido en nuestra normativa jurídica vigente (art. 25 del C. Co.), elemento que ya hemos destacado en atención a la realidad negocial actual.

- En segundo término es fundamental dilucidar la vigencia de la autonomía de la voluntad en este tipo de contratación. Entendemos en este punto que, salvo los

⁹⁷ MERCADEL, Barthelemy y JANIN, Philippe. Les contrats de cooperation interentreprises. Paris. Ed. Francis Lefevre, 1974, p. 31. Citado por SIERRALTA RÍOS, Aníbal. Joint Venture Internacional. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1997, p. 59.

⁹⁸ RETIS AMAYA, Juan Manuel. Los contratos de empresa... ob. cit., p. 37.

límites impuestos expresamente por el ordenamiento constitucional y legal vigente, el orden público, las buenas costumbres y a las ideas fundamentales que inspiran una convivencia social y ordenada y constituyen el patrimonio moral de los pueblos, éste fundamental principio contractual se mantiene plenamente vigente.⁹⁹ Sin perjuicio de ello, reconocemos que en muchas oportunidades se ve limitado simplemente por la realidad económica y negocial de los distintos componentes de un proyecto contractual.

Esa amplia relación contractual permite agrupar acuerdos de distribución, de cesión de tecnología, subcontratación, entre muchos otros.

4.2.1. Distintas clases. Las diferentes variedades que se pueden presentar en los contratos interempresariales dificultan su clasificación o su sistematización. Sin perjuicio de ello, y teniendo en cuenta la inclusión en la legislación positiva vigente en Colombia, creemos que podemos ensayar el siguiente esbozo y dividir estos contratos en dos grandes categorías:

- 1- Los contratos interempresariales atípicos, es decir, aquellos que no encuentran recepción legislativa actual, en tal categoría pueden incluirse, por ejemplo, el factoring, el franchising, el leasing, el know--how, el joint venture, el outsourcing, etc.

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 13.

2- Los contratos interempresariales típicos, o sea, los que encuentran tipificación legislativa en el Derecho Positivo colombiano. En tal dirección encontramos el contrato de transporte, la compraventa, el mandato, la agencia comercial, etc.

Pese a lo expuesto, consideramos que la vigencia plena de la autonomía de la voluntad contractual en este tipo de figuras, permite que las empresas negocien entre sí con absoluta libertad y con la posibilidad de vulnerar los esquemas clásicos. Cabe destacar en este punto que las necesidades económicas y la envergadura y modalidades de los proyectos a realizar son las que determinan las cláusulas que imperan en los negocios jurídicos interempresariales y, en este sentido, resulta indudable la realización de un esfuerzo interpretativo que se basa, fundamentalmente, en la adopción de los parámetros de buena fe, “ética empresarial”, solidaridad y libertad de contratación;¹⁰⁰ solo de este modo los juristas pueden abarcar la comprensión de este fenómeno económico-empresarial y brindar un marco adecuado de interpretación, en atención a la orfandad legislativa imperante en Colombia.

4.2.2. Finalidad de los contratos interempresariales. Como razones fundamentales para celebrar los acuerdos interempresariales pueden destacarse, entre otras, las siguientes:

¹⁰⁰ BARBIERI, Pablo C. Contratos de Empresa. Buenos Aires: Editorial Universidad S.L.R., 1998, p. 258.

a) Dispersión y reducción de costos. Si una empresa quiere producir y vender efectivamente los productos básicos de su actividad, debe efectuar ciertas erogaciones e incurrir en unos costos.¹⁰¹ Así las cosas, probablemente le puede resultar más económico la práctica de transferir la planeación, administración y operación de ciertas funciones a otra empresa la realización de ciertas operaciones comerciales de carácter accesorio (por ejemplo, el contrato de outsourcing).¹⁰²

Una especialista podría distribuir los costos fijos entre servicios prestados a varias empresas y así, seguramente, podrá resultarle más favorable a la compañía.¹⁰³ Si el volumen del negocio se incrementa notablemente, ciertamente la empresa contratante se ocupará por sí misma de efectuar la negociación, siempre y cuando le reporte mejores beneficios económicos, fiscales y contables.¹⁰⁴ Por ello, las compañías están en la obligación de evaluar sus proyectos de inversión, el volumen de las operaciones comerciales, los costes y la capacidad de la empresa.

¹⁰¹ Cfr. LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. Contratos Internacionales de Transferencia de Tecnología. El Know-how. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, p. 137.

¹⁰² Cfr. ROTHERY, Brian y ROBERTSON, Ian. Outsourcing: La subcontratación. México: Editorial Limusa, S.A., 2000, p. 5.

¹⁰³ Cfr. ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Ob. cit., p. 255.

¹⁰⁴ Cfr. LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. Ob. cit., p. 138.

b) Transferencia de tecnología y de know--how. Esta operación facilita no sólo el acceso a nuevas tecnologías de punta y a secretos industriales y empresariales, sino que sirve también para reducir costos, permitiendo un perfeccionamiento de los productos que usualmente ofrece la empresa. De esta manera se adquiere un valor agregado que se traduce en una ventaja competitiva para la compañía, frente a las demás empresas que compiten con ella.¹⁰⁵

Otro argumento de sustancial importancia para transferir tecnología por medio de la contratación interempresarial, consiste en el hecho de que la empresa beneficiaria accede rápidamente a nuevas tecnologías y a secretos industriales y empresariales, de acuerdo a los últimos avances técnicos, ahorrando tiempo y esfuerzo, en caso de que por sí misma optara por desarrollar la tecnología requerida. Hay procesos de investigación en nuevas tecnologías que pueden tardar años mientras la empresa reduce su participación en el mercado.¹⁰⁶

c) Especialización de aptitudes. La concepción moderna de empresa indica que los recursos de cada compañía son producto de una singular combinación de aptitudes humanas, técnicas, administrativas y financieras. Cada compañía desarrolla unas aptitudes especiales que le permiten competir mejor en el

¹⁰⁵ Cfr. MASSAGUER. José. El Contrato de Licencia de Know—how. Barcelona: Librería Bosch, 1989, p. 57.

¹⁰⁶ Cfr. LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. Ob. cit., p. 138.

mercado. Por esto, para realizar una actividad económica específica se vale del suministro de otras piezas, productos, tecnologías, know—how, asistencia técnica y servicios, que ella misma no puede producir.¹⁰⁷

No obstante, la concesión de las licencias y otros acuerdos de voluntades son de tiempo limitado, lo que facilita que posteriormente una empresa desarrolle por sí misma una tecnología, en la medida en que sus aptitudes especiales varíen.¹⁰⁸

d) Adquisición de conocimientos. La razón que impulsa a muchas empresas para involucrarse en acuerdos interempresariales es el aprendizaje de conocimientos (know--how básicamente) específicos o el asesoramiento, por medio de asistencia técnica, con el objeto de mejorar la calidad de bienes y servicios que se ofrecen al mercado, o de alcanzar una ventaja competitiva.¹⁰⁹

f) Colaborar para sustituir la competencia. Hoy en la nueva era de la globalización económica, algunas empresas han optado por efectuar acuerdos en común, en vez de agotar sus esfuerzos compitiendo. Lo que inclusive, les ha permitido obtener ingresos superiores.¹¹⁰

¹⁰⁷ *Ibíd.*, p. 139.

¹⁰⁸ Cfr. CONSTANTIN DE NICHOLLS, Talía y TRUJILLO GARCÍA, Jaime. *El Know—how*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1986, p. 155.

¹⁰⁹ Cfr. LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. *Ob. cit.*, p. 139.

¹¹⁰ *Ibíd.*

Esta colaboración ha ocurrido, particularmente, en industrias con cambios tecnológicos frecuentes con efectos en diversos productos, por ejemplo, en el caso de los productos químicos, farmacéuticos y en la industria de los aparatos electrónicos. A esta clase de acuerdos se les denomina internacionalmente licencias cruzadas.¹¹¹

4.3 CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS INTEREMPRESARIALES

Si bien reconocimos con antelación la dificultad en la conceptualización de los contratos interempresariales debido a la cantidad de variantes que pueden asumir, podemos encontrar ciertos rasgos comunes que pueden sistematizarse del siguiente modo:

- Las partes se unen contractualmente para realizar un proyecto o negocio en común. Es por ello que mantienen su individualidad jurídica.
- Los vínculos entre sus miembros son temporales, puesto que su finalidad se agota en la consecución del negocio para el cual se conformó el acuerdo de voluntades. Sin perjuicio de ello, entre los mismos contratantes de pueden formalizar sucesivos contratos para la conformación de diversos proyectos.

¹¹¹ Ibid.

- Pueden ser bilaterales o plurilaterales, dependiendo de la cantidad de sujetos que suscriban el contrato interempresarial.

- Existen contratos típicos, regulados específicamente en las leyes de contratación. En estos supuestos, es la propia legislación en la materia la que determina las normas a aplicar y establece las pautas mínimas a las que deben sujetarse los instrumentos contractuales a suscribir, conformando ello las pautas interpretativas a seguir en el desarrollo del contrato interempresarial de que se trate.

- Asimismo, existe la posibilidad de que se suscriban válidamente otros contratos interempresariales que no se ajusten a las leyes contractuales (atípicos). Estos supuestos se rigen por los principios de la autonomía de la voluntad, buena fe¹¹², lealtad negocial y por las normas generales en cuanto sean compatibles con la finalidad y la economía del contrato. Los usos sólo son relevantes cuando se adecuan a criterios valorativos.

- En todos los supuestos, las pautas clásicas de interpretación contractual deben ser utilizadas para resolver los conflictos que se puedan plantear entre las partes, teniendo en cuenta el propósito común perseguido al suscribirse el contrato respectivo.

¹¹² Código de Comercio, artículo 863: “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”.

- Los contratos interempresariales deben ser, sin duda alguna, ubicados dentro de los llamados contratos de empresa, siéndoles aplicables la caracterización y las pautas básicas de los mismos.

5. EL CONTRATO DE OUTSOURCING

5.1 LA DENOMINACIÓN DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA - ANTECEDENTE GRAMATICAL

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, los países habla hispana han sido objeto del influjo de costumbres, conocimientos, tecnología y de lenguas extranjeras, fuerzas invasoras que son asimiladas por inercia.¹¹³

Así es como acontece, por ejemplo, con la expresión anglosajona “outsourcing”, que se trata de un término que nace en el seno de la literatura económica norteamericana, para denominar a aquel contrato cuyo objetivo es transferir a terceros la responsabilidad de proporcionar un servicio adaptado a las necesidades de una empresa.

El término “outsourcing” fue importado de la práctica de negocios y del derecho anglosajón a los países hispanoamericanos. Del análisis literal del vocablo “outsourcing” se puede concluir que la expresión no tiene fácil acomodo en nuestro vocabulario jurídico.

¹¹³ Cfr. RETIS AMAYA, Juan Manuel. El Contrato de Outsourcing. En: III CONFERENCIA SOBRE LOS CONTRATOS ATÍPICOS. (1º.: 2005: Bogotá D.C.). Acta de la III Conferencia sobre los Contratos Atípicos. Bogotá D.C.: Colegio de Abogados de la Universidad Católica de Colombia, 2005, p. 3.

En efecto, en nuestro medio jurídico, esta denominación del “contrato de outsourcing” no es fácilmente conocida, puesto que como resalta el autor español MATA, “el anglicismo ‘outsourcing’ no ha sido aún admitido por el lenguaje castellano, aunque, se puede decir que, en el comercio tiene significación propia”¹¹⁴. Por lo anterior, es técnicamente adecuado iniciar explorando el significado de dicho anglicismo, debido a que dicha expresión no tiene un concepto en nuestro idioma español.

Una traducción aproximada al idioma español del término “outsourcing”, denota literalmente “llevar la fuente fuera”.¹¹⁵ En efecto, al analizar el vocablo etimológicamente, la expresión “out” significa fuera, externa, etc.; entre tanto, el término “sourcing”, es el verbo que en los países anglosajones se utiliza para expresar el fenómeno de que alguien es “fuente”.¹¹⁶

En la mayoría de países hispanos, aún se utiliza la expresión de “outsourcing” por la ausencia de otro vocablo en español que resulte satisfactorio y que comprenda

¹¹⁴ MATA, Santiago. Outsourcing: el futuro de la empresa. Madrid: Ecopress Ediciones, 1997, p. 24.

¹¹⁵ Cfr. GAMBIER, Alfredo y CASELLA, Daniel Alejandro. El outsourcing. El outsourcing informático. Material proporcionado en el postgrado de Derecho Informático modalidad a distancia de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1999, p. 6; PABLOS HEREDERO, Carmen de *et al.* Dirección y gestión de los sistemas de información en la empresa. Segunda edición. Madrid: Esic Editorial, 2006, p. 314; RETIS AMAYA, Juan Manuel. El Contrato de Outsourcing... ob. cit., p. 3.

¹¹⁶ Cfr. GAMBIER, Alfredo y CASELLA, Daniel Alejandro. El outsourcing. El outsourcing informático. Material proporcionado en el postgrado de Derecho Informático modalidad a distancia de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1999, p. 6.

todo el fenómeno.¹¹⁷ Empero, es muy frecuente que la doctrina especializada utilice como sinónimos términos tales como “abastecimiento externo”¹¹⁸, “subcontratación de servicios”¹¹⁹, “tercerización”¹²⁰, “prestación externa de servicios”¹²¹, “externalización”¹²², “contratación de servicios a terceros”¹²³

No obstante, los esfuerzos de los diferentes doctrinantes de habla hispana por reemplazar el nomen iuris “outsourcing” por una traducción literal o teleológica al idioma español de la institución no han podido lograrse con acierto, puesto que puede observarse que, en el trance de unificar la identificación del “outsourcing” con una sola denominación en español, no se ha arribado a un resultado feliz. Por eso es que se puede apuntar, con acierto, que por más que comerciantes, juristas

¹¹⁷ Cfr. RETIS AMAYA, Juan Manuel. El Contrato de Outsourcing... ob. cit., p. 3.

¹¹⁸ Vid. MONDY, R. Wayne y NOE, Robert M. Administración de Recursos Humanos. Novena edición. México: Pearson Educación, 2005, p. 12.

¹¹⁹ Vid. AGUILAR, Joseph Antoni. La subcontratación de servicios logísticos. Barcelona: Logis Book, 2001, ps. 23 a 38; APARICIO VAQUERO, Juan Pablo. La nueva contratación informática. Introducción al outsourcing de los sistemas informáticos. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 16; MARCUCCI DÍAZ-GRANADOS, César Rafael. Panorama contextualizado del derecho laboral sustancial colombiano. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Cooperativa de Colombia, 2005, p. 293; PHILLIPS, Jack J. Invertir en el capital humano. Barcelona: Ediciones Deusto, 2006, ps. 51 a 54. Traducido por ATMETLLA, Emili.

¹²⁰ Vid. FÓRNEAS CARRO, José Ramón. Outsourcing. La Coruña: Netbiblo, 2008, p. 13; MARCUCCI DÍAZ-GRANADOS, César Rafael. Ob. cit., p. 293; PESO NAVARRO, Emilio del. Manual de Outsourcing Informático: Análisis y Contratación. Segunda edición. Madrid: Informáticos Europeos Expertos, 2003, p s. 5 y ss.; ROTHERY, Brian y ROBERTSON, Ian. Ob. cit., p. 7.

¹²¹ Vid. ESCRICHUELA MORALES, Francisco Javier. La contratación del sector público. Madrid: Editorial La Ley, 2007, p. 1427.

¹²² Vid. APARICIO PÉREZ, Juan Carlos y PEDRAJAS MORENO, Abdón. La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión Interdisciplinar. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2002, ps. 7 y ss.; BRAVARD, Jean-Louis y MORGAN, Robert. La externalización inteligente. Barcelona: Ediciones Deusto, 2007, ps. 23 y ss. Traducido por GIL SAN MILLÁN, Esther; ESCRICHUELA MORALES, Francisco Javier. Ob. cit., p. 1427; FÓRNEAS CARRO, José Ramón. Ob. cit., p. 13; MATA, Santiago. Ob. cit., ps. 42 y ss.; PABLOS HEREDERO, Carmen de *et al.* Ob. cit., ps. 314 y ss.

¹²³ Cfr. MARCUSE, Robert. Diccionario de términos financieros y bancarios. Cuarta edición. Bogotá D.C.: Ecoe ediciones, 2002, p. 47.

e intérpretes de la ley establecida por las partes contratantes han tratado de reemplazar el nombre “outsourcing” por su traducción al idioma español no han podido lograr sustituirlo con acierto.

Por tal motivo, para efectos de nuestro estudio y con el fin de evitar confusiones, seguiremos utilizando la expresión anglosajona proveniente de los textos originales “outsourcing”.

5.2 ANTECEDENTES HISTORICOS DEL CONTRATO DE OUTSOURCING

Para el jurista, el análisis histórico es siempre importante. Sus virtudes explicativas y aclaradoras de la problemática presente son muy valiosas, en cuanto el Derecho se suele considerar como fruto de la historia. Dicho lo anterior, en el caso del outsourcing, el análisis histórico se califica comúnmente de extremadamente complejo, puesto que corresponden con una realidad histórica muy imprecisa. Ciertamente, como expone RETIS, “el problema no es más que otra muestra del hecho de que el outsourcing no se presta al método analítico tradicional de los países de tradición jurídica romanogermanista”¹²⁴.

El contrato que en la actualidad se conoce con la denominación de “outsourcing” es un producto de la práctica económica y mercantil anglosajona. De este modo,

¹²⁴ RETIS AMAYA, Juan Manuel. El Contrato de Outsourcing... ob. cit., p. 4.

se ha sostenido, con acierto, que el término “outsourcing” se vincula, en su origen, con la propia historia moderna anglosajona.

En efecto, inmediatamente finalizada la Segunda Guerra Mundial, las empresas trataron de concentrar en sí mismas la mayor cantidad posible de actividades para no tener que depender de proveedores externos, algo lógico dada la incertidumbre creada por la economía de guerra y un mundo fragmentado y riesgoso. Sin embargo, este enfoque, que en principio resultaba efectivo, fue haciéndose obsoleto con el cambio en las relaciones internacionales, el avance de las comunicaciones, el desarrollo de la tecnología, la constante tendencia a la especialización.¹²⁵

Ciertamente, VEDLE¹²⁶ ubica los primeros contratos de outsourcing en la práctica comercial de norteamericana, como consecuencia del Plan para la Reconstrucción de Europa (Plan Marschall). De otro lado, en aquella época, también, el progreso técnico obligó a las empresas e industrias a una rápida renovación, lo que estaba pidiendo forzosamente un instituto nuevo que –en materia de herramientas económicas, mercantiles y jurídicas— acompañara aquel proceso.

En la década de 1960, el outsourcing cobra gran auge, cuando determinadas

¹²⁵ Cfr. SCHNEIDER, Ben. Outsourcing: La herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Norma, 2004, p. 34.

¹²⁶ Cfr. VEDLE, Stuart R. Study guide for after the trade is made: The stock market. 5a ed.. New York: J. Wiley, 1988, p. 123. Citado por GIDRÓN, Gil y RUEDA, Basilio. Ob. cit., p. 14.

empresas (tales como EDS) especializadas esencialmente en el proceso de datos en forma electrónica, encontraron un gran número de clientes entre otras muchas que no podían costearse dicha actividad por sí mismas, debido a los elevados precios de los equipos informáticos existentes en la época, ni sobrellevar la formación y altos salarios del personal experto en el manejo de los ordenadores.¹²⁷

En este nuevo contexto, terminaría por hacerse evidente que los departamentos de una empresa no podían mantenerse tan actualizados y competitivos como las agencias independientes especializadas en las mismas áreas. Fue así como irrumpió con fuerza la figura de las empresas consultoras en la década de 1970. Las empresas encontraron más eficiente y económico contratar a un consultor externo, experto en un área, que tener que desarrollar y mantener un departamento interno que desempeñara esas mismas funciones. La razón era muy sencilla: ello no solo les permitía disminuir los costos de personal que implica mantener un departamento interno dedicado a procesos ajenos a su negocio específico (core business), sino que la calidad del servicio de los asesores externos superaba a la que su propio departamento podía ofrecerles.¹²⁸

En la misma década de 1970, esta tendencia comenzó a hacerse presente con fuerza, más allá del ámbito de la consultoría, en las áreas de la tecnología de la

¹²⁷ Cfr. APARICIO VAQUERO, Juan Pablo. Ob. cit., p. 17.

¹²⁸ Cfr. SCHNEIDER, Ben. Ob. cit., ps. 34 y 35.

información. El outsourcing se utilizó sobre todo como una forma de reducir los costos relacionados con la mano de obra, el transporte o los costos generales.¹²⁹

En la década de 1980, las empresas norteamericanas dedicadas a la fabricación de automóviles comenzaron a emplear el outsourcing, con lo que obtuvieron ingentes beneficios por reducción de costes, mejora, calidad y tecnología y flexibilidad en la producción y en las plantas de personal.¹³⁰

También, por aquel entonces, el desarrollo de los computadores personales ejerció de elemento facilitador, permitiendo a las empresas como IBM, el subcontratar empresas como Intel para la fabricación de partes hardware o a Microsoft System para el diseño del software de los equipos de computador.

Asimismo, en aquella época se extendió la aplicación del outsourcing a otros servicios susceptibles de ser prestados por terceros ajenos a la empresa, verbigracia, limpieza, seguridad, asesoramiento legal, contabilidad, funciones administrativo--financieras, etc.¹³¹ Además, el outsourcing, adquirió, luego, trascendencia económica en los países de Europa Occidental.

La difusión de la figura, o por lo menos su interés en los países Latinoamericanos, como por ejemplo, en Brasil, Argentina, México y Venezuela, puede situarse a

¹²⁹ Cfr. RETIS AMAYA, Juan Manuel. El Contrato de Outsourcing... ob. cit., p. 5; SCHNEIDER, Ben. Ob. cit., ps. 34 y 35.

¹³⁰ Cfr. DEL PESO NAVARRO, Emilio. Ob. cit., p. 8.

¹³¹ Cfr. APARICIO VAQUERO, Juan Pablo. Ob. cit., p. 17.

mediados de la década de 1980, que es el período en que también comienza a estudiarse la figura en Colombia, y a mencionarse tíbiamente por la doctrina económica.¹³²

La década de 1990, trajo consigo una nueva filosofía empresarial que no se había conocido nunca en la historia de los negocios: el cese de decenas de miles de trabajadores para sanear la plantilla y para ver subir las cotizaciones de las acciones. En casos extremos, el outsourcing ha conducido a lo que se ha dado en llamar “anorexia organizativa”. Este fenómeno ha consistido en una sustancial destrucción de conocimiento por parte de la empresa al sacar de la misma a personal valioso en este sentido, con una reducción de costos que en muchos casos no compensa este efecto.¹³³

Asimismo, la evolución de las tecnologías de la información ha ejercido de elemento facilitador, permitiendo a las empresas contratar bajo el outsourcing funciones que antes había realizado internamente por temor a la pérdida de control sobre dichas actividades. Efectivamente, los sistemas de información han sido también objeto de outsourcing en diversas empresas. Esta práctica se popularizó durante la década de 1990, lo que hizo surgir gran número de especialistas en outsourcing de sistemas de información. Han contribuido a su

¹³² Cfr. GRANDA, F. E. y SMOLJE, A. R. Outsourcing: herramientas para el análisis económico y estratégico. En: *Costos y Gestión*, lapuco, No. 25 (septiembre de 1997); p. 59.

¹³³ Cfr. PABLOS HEREDERO, Carmen de *et al.* Dirección y gestión de los sistemas de información en la empresa. Segunda edición. Madrid: Esic Editorial, 2006, p. 316.

expansión el incremento de complejidad de los sistemas de información, que han aconsejado la colaboración con empresas especializadas; un ascenso de la utilización del outsourcing a los niveles estratégicos de la empresa; y una consideración de que los sistemas de información tienen áreas cuyo alcance no es definitivo para la estrategia de creación de valor de la empresa, y que, pueden ser desarrollados por un agente externo.¹³⁴

De este modo, para 1999 el outsourcing alcanzó un momento de apogeo y generalización en las empresas europeas y estadounidenses, convirtiéndose en una tarea relevante para las diferentes compañías. Así, se pueden encontrar bastantes ejemplos de outsourcing, como los adelantados por multinacionales como Reebok y Nike, las cuales están prácticamente centradas en las actividades de diseño y marketing. Igualmente, Coca-Cola que en muchos países simplemente suministra el concentrado en que se basa esta bebida, dejando su fabricación, embotellado, distribución y venta a otras empresas.

Otros ejemplos se pueden encontrar en las empresas prestadoras de servicio público, que deben realizar, dentro de su actividad comercial, la lectura de medidores, el corte y reconexión por falta de pago del abonado, la impresión y el reparto de facturas, el levantamiento de información sobre pérdidas o hurtos y el manejo de call centres y de oficinas estratégicamente ubicadas para recibir los

¹³⁴ *Ibíd.*

reclamos o realizar los trámites relacionados. Todas estas actividades que conforman la gestión comercial de las empresas prestadoras de servicios públicos, son entregadas en outsourcing.

En los inicios del siglo XXI, caracterizado por la internacionalización creciente de la producción de conocimientos, la interconexión del aprendizaje económico, la globalización económica, el desarrollo tecnológico altamente competitivo, etc., el outsourcing se ha presentado como una herramienta que facilita la gestión gerencial, puesto que se crean continuamente oportunidades para reestructurar la distribución de la mano de obra en los servicios,¹³⁵ y aunque la reducción de costos sigue siendo un factor principal, el deseo de muchas empresas de enfocarse únicamente en sus negocios centrales (core business) y no tomar parte en procesos importantes pero no inherentes a sus actividades distintivas. Esta tendencia ha sido alentada por innovaciones organizativas que llevan a las corporaciones a centrar la atención en sus competencias esenciales y externalizar actividades para proveedores especializados. Así, se han dividido los procesos de producción de muchos servicios en componentes discretos, algunos de los cuales son “descargables” y procesados por los grupos de especialistas calificados.¹³⁶

Gracias a lo anterior, en los últimos años, el outsourcing se ha convertido en una

¹³⁵ Cfr. BASTO TIGRE, Paulo *et al.* Outsourcing y clusters de software en Argentina y Brasil. México: Centro internacional de Investigaciones para el desarrollo, 2009, p. 15.

¹³⁶ *Ibíd.*, p. 15.

alternativa difundida y cada vez más popular que se utiliza en todas las áreas de negocios, incluyendo los recursos humanos, la contabilidad, auditoría, la programación de software, la tecnología de la información, la asesoría jurídica, gestión de procesamiento de cuentas (Catering), servicios de correo, gestión de la relación con los clientes (call center y telemarketing), gestión de documentos, gestión gráfica y de diseño, relaciones públicas, servicios de seguridad, servicios de limpieza, etc., entre otras muchas actividades.

De este modo, en muchas industrias globales, la tendencia hacia el outsourcing ha tomado una marcha acelerada. En efecto, en los últimos años, el outsourcing ha sido una de las estrategias más seguidas, ya que muchas empresas han reducido su tamaño a base de ir realizando menos actividades. Esta tendencia está en línea con otra de similares características, como lo es la del “downsizing”, es decir, el desprenderse de todo lo que no sea el negocio básico de la empresa.¹³⁷

5.3 CONCEPTO DE CONTRATO DE OUTSOURCING

Una vez efectuado el estudio de los antecedentes históricos y de la denominación de la institución, podemos abordar el estudio del concepto del contrato de outsourcing.

¹³⁷ Cfr. GIMBERT, Xavier. El enfoque estratégico de la empresa: Principios y esquemas básicos. Bilbao: Ediciones Deusto, 2003, p. 138.

Pues bien, por tratarse de una institución relativamente nueva en Colombia, como en el resto de Latinoamérica, se requiere esclarecer el concepto del contrato de outsourcing, para lo cual es necesario acudir a algunas opiniones nacionales y foráneas que faciliten su entendimiento. “Cualquiera que sea la interpretación que se le dé, es aceptado por prácticamente todos los que encaran el estudio de la figura, el hecho de que el término ‘outsourcing’ no tiene ninguna significación jurídica precisa”¹³⁸. Aparecen ciertas diferencias en las definiciones de outsourcing en relación a diversos tipos de acuerdos comerciales. Sin embargo, la mayoría de las definiciones propuestas coinciden en que esta institución presenta rasgos comunes en los distintos países en que se práctica.¹³⁹

Así, por ejemplo, dentro de la doctrina anglosajona, P. NEAL, ex director de negocios de la ISL de IBM, describe el outsourcing “como la práctica de transferir la planeación, administración y operación de ciertas funciones a un tercero independiente”¹⁴⁰.

ROTHERY y ROBERTSON sostienen que el outsourcing es “la acción de recurrir a una agencia exterior para operar una función que anteriormente se realizaba dentro de la compañía”¹⁴¹, es decir, que describe “la práctica de transferir la planeación, administración y operación de ciertas funciones a una tercera parte

¹³⁸ RETIS AMAYA, Juan Manuel. El Contrato de Outsourcing... ob. cit., p. 6.

¹³⁹ *Ibíd.*

¹⁴⁰ NEAL, Paul. Citado por MARCUCCI DÍAZ-GRANADOS, César Rafael. Ob. cit., p. 293.

¹⁴¹ ROTHERY, Brian y ROBERTSON, Ian. Ob. cit., p. 5.

independiente”¹⁴².

Para MONDY y NOE el negocio jurídico bajo estudio “es el proceso que consiste en transferir la responsabilidad de un área de servicio y sus objetivos a un proveedor externo”¹⁴³

Entre tanto, el estadounidense DEAN MEYER, entiende dicha institución jurídica como “el procedimiento a través del cual las empresas desprenden alguna actividad, que no forme parte de sus tareas principales, a un tercero especializado. Por tareas principales se entienden todas aquellas actividades que forman el negocio medular de la empresa y en las que se tienen ventajas comparativas con respecto a la competencia”¹⁴⁴.

Según BRIAN HEYWOOD, el outsourcing es “la transferencia de una función o funciones comerciales internas, más cualquier activo asociado, a un proveedor externo o proveedor de servicios que ofrece un servicio definido durante un período específico de tiempo a un precio acordado, si bien probablemente limitado”¹⁴⁵.

¹⁴² *Ibíd.*

¹⁴³ MONDY, R. Wayne y NOE, Robert M. *Ob. cit.*, p. 12.

¹⁴⁴ MEYER, Dean N. A sensible approach to outsourcing. *The Economic Fundamentals. Information Systems Management*, 1994, p. 16. Citado por GRANDA, F. E. y SMOIJE, A. R. *Ob. cit.*, p. 62.

¹⁴⁵ BRIAN HEYWOOD, J. El dilema del outsourcing. *La búsqueda de la competitividad*. Madrid: Prentice Hall, 2002, p. 27.

Para SCHNEIDER, el outsourcing consiste en “una herramienta de gestión a través de la cual una organización puede optar por concentrarse únicamente en su core business y no tomar parte en procesos importantes pero no inherentes a sus actividades distintivas. Para dichos procesos, existe la posibilidad de contratar a un proveedor de servicios especializado y eficiente que, a la larga, se convierta en un valioso socio de negocios”¹⁴⁶. En síntesis, dicho autor señala que el outsourcing reside en “la delegación total o parcial de un proceso interno a un especialista contratado. Esta posibilidad les permite a las empresas ser más flexibles en su estructura organizacional y optimizar su estructura de costos operativos”¹⁴⁷.

A su turno, la jurisprudencia estadounidense, ha entendido el outsourcing como “la gestión de recurrir a una empresa externa para operar una función que anteriormente se realizaba dentro de la compañía”¹⁴⁸.

Por su parte, dentro de la doctrina hispanohablante, ESCRICHUELA MORALES entiende el outsourcing como “el proceso mediante el cual un organismo contrata con empresas especializadas la prestación de determinados servicios, convirtiéndose éstas en prestatarias externas de servicios, a veces con

¹⁴⁶ SCHNEIDER, Ben. Ob. cit., p. 31.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 33.

¹⁴⁸ CORPUS JURIS SECUNDUM (C.J.N.). The American Law Book Co, Brooklyn, New York, 1976, v. 68, ps. 587 y ss. Citado por BRIAN HEYWOOD, J. Ob. cit., p. 26.

deslocalización de la prestación”¹⁴⁹.

BASTO TIGRE, define dicho negocio jurídico como “la práctica de delegar la planeación, administración y operación de ciertas funciones a una tercera parte independiente, bajo los términos de un contrato de servicios formalizado”¹⁵⁰.

Para GRANDA y SMOIJE, el outsourcing se puede definir como “la externalización de determinadas áreas funcionales, no sólo las informáticas de una empresa, cediendo su gestión a sociedades de servicios externos”¹⁵¹.

El outsourcing, según JARILLO, es el contrato por “el que una empresa deja de realizar una operación y la subcontrata a alguien que con frecuencia se hace cargo de al menos parte del personal y los activos; hasta el simple cerrar unidades y proveerse en el exterior”¹⁵².

Para CASANOVAS “es la operación mediante la que una empresa confía a otra el procedimiento de ejecutar para ella, y según unas determinadas indicaciones preestablecidas, una parte de sus procesos de producción o de servicios, conservando la empresa contratista la responsabilidad económica, de calidad y de

¹⁴⁹ ESCRICHUELA MORALES, Francisco Javier. Ob. cit., p. 1427.

¹⁵⁰ BASTO TIGRE, Paulo. Ob. cit., p. 25.

¹⁵¹ GRANDA, F. E. y SMOIJE, A. R. Ob. cit., p. 63.

¹⁵² JARILLO, José Carlos. La lógica estratégica. Bilbao: Ediciones Deusto, 2002, p. 140.

servicio”¹⁵³.

Según APARICIO VAQUERO, el contrato de outsourcing consiste en “la obtención de bienes o servicios mediante su contratación con un proveedor externo, ajeno, en principio, a la actividad propia de la empresa que los demanda”¹⁵⁴

Entre tanto, la doctrina especializada nacional también ha suministrado distintos conceptos de la institución jurídica que se estudia. De tal forma, ALJURE SEFAIR, “es una alianza estratégica entre dos empresas e la cual una subcontrata a otra para que le preste servicios en un actividad –que aunque necesaria, no es crítica para la empresa contratante—creando una relación basada en la confianza, con la cual se busca el beneficio para ambas partes”¹⁵⁵.

Según enseña ASPRILLA MOSQUERA, el outsourcing es “la subcontratación de una o algunas de las actividades que no se consideran centrales o neurálgicas de la empresa, es decir, aquellas en donde la empresa tiene ventajas comparativas frente a su competencia”¹⁵⁶.

¹⁵³ CASANOVAS, August. Estrategias avanzadas de compras y aprovisionamientos. Lean Buying y Outsourcing. Profit Editorial, 2011, p. 77.

¹⁵⁴ APARICIO VAQUERO, Juan Pablo. Ob. cit., p. 15.

¹⁵⁵ ALJURE SEFAIR, Sandra. Diseño y aplicación de la Metodología de Outsourcing para el Proceso de Compras en Suits 101 Park House. Tesis de Grado. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, 1999, p. 29.

¹⁵⁶ ASPRILLA MOSQUERA, Franklin. El outsourcing en la comercialización. Bogotá: Editorial Tercer Mundo Editores, 2005, p. 23.

RETIS, a su vez, explica que dicho negocio jurídico “es una técnica de gestión empresarial, de naturaleza mercantil, cuyo objeto es la contratación de determinados servicios por parte de una organización externa. Esta técnica se fundamenta en un proceso de gestión que implica cambios estructurales de la empresa en aspectos fundamentales tales como la cultura, procedimientos, sistemas, controles y tecnología cuyo objetivo es obtener mejores resultados concentrando todos los esfuerzos y energía de la empresa que los contrata en su actividad principal”¹⁵⁷.

Para PÉREZ GARCÍA y ARAGÓN DE PÉREZ, finalmente, es “la acción de acudir a una agencia exterior para operar una función que anteriormente se realizaba dentro de la compañía, la cual en definitiva contrata un servicio o producto final sin que tenga responsabilidad alguna en la administración o manejo de la prestación del servicio, la cual actúa con plena autonomía e independencia para atender diversos usuarios”¹⁵⁸.

En síntesis, revisando los diferentes conceptos encontramos que, probablemente sin querer, se convierten en la repetición de la repetición, que cada definición se trabaja sobre un concepto que recoge lo más general y sufre adaptaciones según la sociedad en la que se aplique y practique este tipo de contrato. Así las cosas,

¹⁵⁷ RETIS AMAYA, Juan Manuel. El Contrato de Outsourcing...ob. cit., p. 8.

¹⁵⁸ PÉREZ GARCÍA, Miguel y ARAGÓN DE PÉREZ, Victoria. Flexibilización Laboral y Outsourcing. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1999, p. 91.

en definitiva, podemos decir que el outsourcing es, por sí mismo, un concepto jurídico que define un modo o método de operar en las actividades de las empresas que por razones financieras, de calidad o de rendimiento, buscan reducir costos y obtener competitividad y resultados tangibles en los procesos productivos para el cumplimiento eficiente de los objetos sociales de las compañías, a través de la subcontratación con terceros especializados en servicios, cometidos o áreas funcionales, que anteriormente se realizaban dentro de la empresa, de modo que ésta se centra en lo que le es propio, con el propósito de reducir costos y obtener competitividad y resultados tangibles, lo cual, afecta al pliego de intereses y de relaciones en las que se mueve cualquier compañía. Esto supone de inmediato un incremento de la flexibilidad en las empresas, por cuanto se sacan de la estructura organizativa aquellas partes que no añadían valor directo sobre los productos finales, al menos cuando formaban parte de la organización. De ello deriva una transformación de costos fijos en costos variables, con la consiguiente flexibilidad financiera.

5.4 ELEMENTOS DEL CONTRATO DE OUTSOURCING

El artículo 1501 del Código Civil colombiano, aplicable al contrato de outsourcing por remisión expresa del artículo 822 del Código de Comercio colombiano, estipula textualmente:

“Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son

de su naturaleza, y las puramente accidentales.

Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

Dentro de tal contexto, podemos decir que los elementos esenciales de este contrato son:

- Las partes
- El objeto
- El precio
- El plazo de duración del contrato

5.4.1 Las partes. Las partes involucradas en el contrato de outsourcing son “cliente” o “usuario” y el “proveedor” u “outsourcer”, como entidades jurídicas diferenciadas.¹⁵⁹ El “cliente” o “usuario”, que va a ser la empresa que, por regla general, identifica y determina sus necesidades y escoge la clase de servicios,

¹⁵⁹ Cfr. BASTO TIGRE, Paulo. Ob. cit., p. 25.

cometidos o áreas funcionales que subcontratará, al reconocer que hay especialistas sobresalientes en algunas áreas o funciones empresariales. El “proveedor” u “outsourcer”, mientras tanto, es la empresa que aparece como prestadora del servicio, cometido o área funcional que el cliente o usuario subcontrata, y se caracteriza por tener un conocimiento detallado de todos los aspectos del servicio, cometido o área funcional para el que es contratado.¹⁶⁰ Para los tratadistas norteamericanos ROTHERY y ROBERTSON el “proveedor” u “outsourcer” podría definirse “como un servicio exterior a la compañía y que actúa como una extensión de los negocios de la misma, pero que es responsable de su propia administración, en tanto que outsourcing como la acción de recurrir a una agencia exterior para operar una función que anteriormente se realizaba dentro de una compañía”¹⁶¹.

5.4.2 El objeto. El objeto sobre el cual recae el outsourcing son los servicios, cometidos o áreas funcionales que la empresa “cliente” o “usuaria” subcontratará o externalizará al “proveedor” u “outsourcer”. Dichos servicios, cometidos o áreas funcionales son aquellos que no se consideren claves para el negocio central de la empresa cliente o usuaria o no formen parte de su core business,¹⁶² explicado en otros términos, son procesos importantes pero no inherentes a las actividades principales o distintivas de la empresa cliente o usuaria.

¹⁶⁰ Cfr. RETIS AMAYA, Juan Manuel. El Contrato de Outsourcing...ob. cit., p. 9.

¹⁶¹ ROTHERY Brian y ROBERTSON Ian. Ob. cit., p. 5

¹⁶² Cfr. SCHNEIDER, Ben. Ob. cit., p. 34.

Pues bien, para determinar cuales son los servicios, cometidos o áreas funcionales objeto del contrato de outsourcing, es menester precisar cuales son las actividades principales o centrales (core business) de la empresa cliente o usuaria. Según RETIS, las habilidades principales o centrales “son todas aquellas actividades, habilidades o conocimientos que forman el negocio central de la empresa y en las que se tiene ventaja comparativa respecto a la competencia”¹⁶³.

De acuerdo con SCHNAIDER¹⁶⁴, las actividades distintivas pueden tener una o varias de las siguientes características:

- Son un conjunto de habilidades y conocimientos, no productos.
- Son flexibles, están enfocadas al largo plazo y son capaces de adaptarse a nuevas condiciones.
- Son limitadas en número, puesto que muchas empresas se fijan como objetivo dos o tres actividades centrales, percibidas como cruciales para obtener éxito en el futuro, al interior de su cadena de valor.
- Se trata de fuentes únicas de manejo en la cadena de valor, toda vez que el planeamiento estratégico está dedicado a identificar oportunidades de posicionamiento, como las imperfecciones del mercado o las brechas en el conocimiento acerca de un rubro determinado.
- Son áreas de dominio exclusivo de la empresa.

¹⁶³ RETIS AMAYA, Juan Manuel. El Contrato de Outsourcing...ob. cit., p. 10.

¹⁶⁴ Cfr. SCHNEIDER, Ben. Ob. cit., ps. 58 a 68.

- Están relacionadas con aquellos elementos que resultan importantes para los consumidores en el largo plazo.
- Forman parte constitutiva de los sistemas de la empresa.

Una vez distinguidas y seleccionadas las actividades distintivas como los ejes rectores de la estrategia de la empresa, esta debe asegurarse de mantener un predominio absoluto de sus actividades distintivas. Ello requiere que la empresa desarrolle a conciencia sus habilidades distintivas y atesore el conocimiento adquirido de manera tal que este no salga de la organización y no se filtre a la competencia. Fuera de esas actividades, podrán realizar outsourcing para cualquier actividad o proceso, por más importante que sea, que no consideren como crítico para un producto. Por ello, resulta indispensable y de la mayor importancia que la empresa usuaria pondere cuidadosamente cuáles de las actividades de la organización son realmente aquellas que le permiten a esta crear un valor único. Poder reconocer las actividades distintivas es, por ese motivo, el primer paso, y uno fundamental, para poder llevar a cabo un contrato de outsourcing.

Así las cosas, el outsourcing es un contrato que se puede extender, entre otras muchas actividades, a la subcontratación de las siguientes áreas de servicios: Recursos humanos, Sistemas informáticos, Tecnologías de la información, Producción, diseño y desarrollo de productos, funciones administrativo-financieras, auditorías, asesorías jurídicas y contables, logística, marketing, gestión de

procesamiento de cuentas (Catering), servicios de correo, gestión de la relación con los clientes (call center y telemarketing), gestión de documentos, gestión gráfica y de diseño, relaciones públicas, servicios de seguridad, servicios de limpieza, etc.

5.4.3 El precio. En materia comercial no existen actos a título gratuito. De este modo, sin precio que se obligue a apagar el cliente o usuario al proveedor u outsourcer, no puede haber outsourcing. De suerte que, el precio constituye uno de los elementos esenciales del contrato de outsourcing, de suerte que si él falta no hay contrato de outsourcing o degenera en uno distinto. El precio es la prestación que debe pagar el cliente o usuario al proveedor u outsourcer. Para que exista contrato de outsourcing, pues, es necesario que el precio se estipule en dinero; sin embargo, no lo es que efectivamente se pague en dinero, toda vez que en virtud de una convención posterior las partes pueden acordar una *datio in solutum* (dación en pago) en virtud de la cual quede facultado el cliente o usuario para pagar no en dinero sino con cosa distinta al proveedor u outsourcer.

El precio en el contrato de outsourcing debe reunir los siguientes requisitos:

- Debe ser cierto, debido a que debe ser una cantidad de dinero determinada o determinable que cubra el valor de la prestación del servicio por parte del outsourcer. En relación con la determinación del precio, la regla general es que sean los contratantes mismos quienes la hagan. Ellos pueden hacer esa

determinación de dos maneras: o señalando exactamente su valor, en cuyo caso el precio será determinado; o indicando las bases con arreglo a las cuales haya de hacerse dicha determinación, o sea, precisando los medios o procedimientos para indicar la suma que debe pagar el cliente o usuario al proveedor u outsourcer, en cuyo caso el precio es determinable. Sin embargo, las partes pueden abstenerse de fijar ellas mismas el precio, dejando que su determinación la realice un tercero en quien se convengan. En el contrato de outsourcing, por lo general, se pacta el pago del precio de forma periódica.

- Debe ser serio, por oposición al precio irrisorio. El precio es irrisorio cuando entre él y el valor del servicio que se subcontrata existe una manifiesta desproporción, tanta que el precio aparece a simple vista como ridículo.

- Debe ser real, es decir, debe estipularse con la intención de ser exigido por el proveedor u outsourcer al cliente o usuario. Al precio real se opone el precio aparente o simulado, que es el que no se exige, o se condona en el mismo contrato, o se da por recibido sin ser ello cierto.

5.4.4 El plazo de duración del contrato. El plazo se refiere, por regla general, a la duración del contrato o, en el caso específico, el término durante el cual las partes en razón del contrato de outsourcing se obligan recíprocamente. El outsourcing es uno de los contratos en los cuales el plazo juega un papel fundamental pues su determinación consulta y obedece al interés de ambas

partes, puesto que si los contratantes señalan un término para el cumplimiento de las prestaciones, dicho lapso no podrá ser modificado por iniciativa de una sola parte. Se presume que el plazo se establece en beneficio de ambos contratantes.

El tiempo de duración del contrato de outsourcing, es el período inicial o irrevocable en el cual ninguna de las partes puede rescindir el contrato. La prestación de los servicios, cometidos o áreas funcionales por parte del “proveedor” u “outsoruce”, ha de ser de carácter temporal y a plazo forzoso; ello se debe a la necesidad de salvaguardar la vigencia del contrato y justificar la remuneración recibida por la prestación de los servicios.¹⁶⁵ “Si no se hubiere fijado un plazo, cada una de las partes serán libres de rescindir el contrato cuando quieran”¹⁶⁶.

En efecto, es usual convenir un plazo de duración agregando que a su vencimiento el contrato se prorrogará automáticamente, por períodos iguales, salvo que alguna de las partes ejerza la opción de no prorrogarlo y notifique a la otra parte su determinación con la antelación prevista en la cláusula que sobre el tema indique el contrato. Mediante el preaviso de varios meses –que es una cláusula de estilo—el contratante que ejerce la opción advierte al otro sobre la llegada del plazo sin lugar a prórroga automática y con efecto extintivo de la

¹⁶⁵ Cfr. RETIS AMAYA, Juan Manuel. El Contrato de Outsourcing...ob. cit., p. 11.

¹⁶⁶ BELTRÁN, José Manuel de Carlos. El outsourcing como técnica de gestión alternativa y su regulación contractual. En: Derecho de los Negocios. Madrid, No. 32 (febrero de 1998), p. 76.

relación obligatoria, para que las partes puedan adoptar con tiempo las medidas necesarias en orden a la liquidación del contrato de outsourcing y pueda precaverse de todas sus consecuencias.

5.5 CARACTERÍSTICAS

Habiendo ya estudiado los antecedentes históricos y gramaticales del contrato de outsourcing, de la forma como se puede definir y los elementos que lo constituyen; podemos hacer un listado de las características de este contrato. De este modo, encontramos las siguientes características del negocio jurídico bajo estudio:

- Autónomo, debido a que el outsourcing se caracteriza por ser “sui generis”, valga decir, no es similar con ninguna de las posibilidades contractuales existentes, ni en su estructura ni en su ejercicio, además, se encuentra revestido de naturaleza jurídica propia que tiene sus lineamientos definidos en el derecho comercial comparado.¹⁶⁷

- Principal, puesto que el contrato de outsourcing “existe sin la presencia o coadyuvancia de otro contrato o convención”¹⁶⁸. Por consiguiente, el outsourcing es un contrato que existe por sí mismo, no necesita de ningún otro convenio u obligación para su subsistencia. En términos generales, el contrato objeto de estudio, no depende de ningún otro para su existencia y validez, se vale de sí

¹⁶⁷ RETIS AMAYA, Juan Manuel. El Contrato de Outsourcing...ob. cit., p. 13.

¹⁶⁸ *Ibíd.*

mismo y sus elementos para adquirir vida jurídica.

- Innominado y atípico. En Colombia, el outsourcing es un contrato innominado y atípico, porque carece de una tipicidad jurídica o designación y regulación expresa, completa y unitaria en el ordenamiento jurídico. Resulta de lo expuesto, siguiendo la terminología clásica, que desde el punto de vista del derecho positivo es un contrato atípico, aunque con tipicidad social (o consuetudinaria).

- Bilateral, toda vez que crea de por sí relaciones jurídicas entre las partes, estableciendo derechos y obligaciones recíprocas desde su nacimiento. Ciertamente, el outsourcer deberá prestar los servicios propios del contrato, aportando para ello, los recursos, tecnología, tiempo, personal y esfuerzo para integrarse de manera total al proceso de su cliente; así, éste puede concentrarse exclusivamente en sus actividades distintivas y puede confiar en que su relación con el proveedor le permitirá incrementar el valor de su oferta gracias a una estructura de costos competitiva. Por su parte, el usuario o cliente en contraprestación, debe pagar la remuneración al outsourcer por los servicios prestados.

- De ejecución sucesiva, debido a que el contrato de outsourcing no se agota con el simple intercambio de prestaciones, sino que la relación deviene continua por cuanto durante su vigencia las obligaciones asumidas por cada parte se cumplen a cada instante, periódica y continuamente. Estos actos repetidos y recíprocos se

sirven mutuamente de causa y la falta de uno de ellos significa ipso jure la cesación del otro. En efecto, el proveedor u outsourcer, verbigracia, presta periódicamente los servicios, cometidos o áreas funcionales por los cuales ha sido contratado por la empresa cliente, en tanto esta remunera o paga tales servicios, cometidos o áreas funcionales al proveedor por períodos de tiempo (semanas, quincenas, meses, años).

- Interempresario y de colaboración empresarial, puesto que el outsourcing implica, básicamente, un método de colaboración entre empresas distintas e independientes, pues se requiere la acción común de las partes para lograr la eficacia, desarrollo y ampliación de los negocios en sus respectivas empresas. La condición ideal para ello está en la colaboración sobre la base de un equilibrio de poderes y de ganancias entre las partes.

- Oneroso, toda vez que contrato de outsourcing debe tener una expectativa de beneficio o lucro económico. En la realización de un contrato de outsourcing debe haber ánimo de lucro, condición sine quanon de toda actividad mercantil.¹⁶⁹

- Es *intuito personae*. El outsourcing es un contrato *intuito personae* pues se desarrolla en consideración a las cualidades personales de los contratantes.

¹⁶⁹ BELTRÁN, José Manuel de Carlos. Ob. cit., p. 78.

- Consensual, pues se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, es decir, para que sus efectos propios se produzcan es necesario que los contratantes manifiesten recíprocamente su consentimiento. En otras palabras, se establece distancia respecto de un contrato real, aquel que para su perfeccionamiento requiere de la entrega de la cosa objeto del contrato.

- De libre discusión. Dentro de la libre expresión de la autonomía de la voluntad, el contrato de outsourcing es por naturaleza de libre discusión, debido a que las partes se colocan en la posición de discutir libremente las condiciones contractuales. Así, éste contrato se caracteriza por la manifiesta libertad de las partes para la discusión de los alcances, formas, condiciones, prestaciones y cargas contractuales; por consiguiente, cada operación de outsourcing, es el resultado de largas negociaciones entre quienes lo suscriben.

- No formal. “Por tratarse de un contrato atípico no ha previsto la ley ninguna formalidad para su celebración y por tanto, campea libremente el principio de la libertad de forma al momento de su perfeccionamiento”¹⁷⁰. De este modo, el outsourcing nace de un contrato que no requiere de formalidad alguna, simplemente de voluntad de las partes. “De lo expuesto se desprende, obviamente, su condición de ‘no formal’, pudiendo --a falta de instrumento escrito-- acreditarse demostrando que su existencia se desprende en modo

¹⁷⁰ RETIS AMAYA, Juan Manuel. El Contrato de Outsourcing...ob. cit., p. 14

implícito de la conducta de las partes”¹⁷¹. No obstante, en la práctica se impone que exista un acuerdo jurídicamente vinculante por escrito, puesto que las partes establecen pormenorizadamente sus derechos y obligaciones, así como las características, elementos y detalles del contrato.

- Consensual, toda vez que queda concluido para producir sus efectos propios en el mismo acto de arribarse al acuerdo de voluntades entre el outsourcer y el usuario. Ambas partes deben garantizar que no haya ningún punto que haga que peligre el éxito del acuerdo. Lo anterior no quiere decir, según aclaran los autores argentinos SIMONE y NIETO, “que el contrato no pueda celebrarse llenado determinados requisitos, como son hacerlo constar por escrito, sino que simplemente basta el acuerdo de voluntades sobre la identidad de las partes, las condiciones de prestación del correspondiente servicio, la forma y el monto de remuneración del mismo, etc., para que tal acuerdo se considere valido”¹⁷².

- Conmutativo, debido a que las partes, desde la celebración misma del contrato, conocen el real alcance de las prestaciones surgidas. Dicho en otras palabras, “las partes conocen ‘ab initio’ los resultados económicos o la existencia de contraprestaciones equivalentes”¹⁷³. En efecto, el acuerdo alcanzado debe ser

¹⁷¹ Ibíd.

¹⁷² SIMONE, Juan Sebastián y NIETO, Marcelo. Outsourcing: perspectiva jurídica. Buenos Aires: Editorial Zavalía, 1998, p. 65.

¹⁷³ RETIS AMAYA, Juan Manuel. El Contrato de Outsourcing... ob. cit., p. 15.

favorable para ambas partes, ya que si la balanza de recompensas no se percibe como equilibrada para los contratantes habrá fricciones inevitables en el futuro.

5.6 MODALIDADES DEL CONTRATO DE OUTSOURCING

De la costumbre y práctica mercantil se han reconocido diferentes modalidades del contrato de outsourcing. De este modo, desde la perspectiva del modelo de gestión el outsourcing puede ser global o total y selectivo o parcial. De este modo, el outsourcing será global o total, cuando una empresa subcontrata, transfiere o se desprende de todas las actividades y servicios que hacen parte de su área funcional trasladando la responsabilidad de los resultados a un tercero, normalmente especializado.¹⁷⁴ Por su parte, el outsourcing será selectivo o parcial, cuando sólo se subcontratan, transfieren o externalizan algunos de los servicios o actividades de la empresa contratista, sin llegar a subcontratar la totalidad de la actividad de un área funcional.¹⁷⁵

A su turno, el outsourcing global o total puede resultar en un “cosourcing”, modalidad que supone la integración total del outsourcer en el tejido de la empresa a la que presta el servicio.¹⁷⁶ Por su parte, el outsourcing parcial o selectivo puede derivar en un outsourcing de gestión de aplicaciones, modalidad

¹⁷⁴ Cfr. ASPRILLA MOSQUERA, Franklin. Ob. cit., p. 21; DE PABLOS HEREDERO, Carmen *et al.* Ob. cit., p. 260; DEL PESO NAVARRO, Emilio. Ob. cit., p. 18;

¹⁷⁵ ASPRILLA MOSQUERA, Franklin. Ob. cit., p. 21.

¹⁷⁶ Cfr. DEL PESO NAVARRO, Emilio. Ob. cit., p. 18.

en la cual el outsourcer se encarga de la gestión de una o varias aplicaciones dentro de la empresa cliente, pudiendo aquél encargarse de dicha aplicación desde alguno de sus centros y proporcionar a la empresa cliente expertos que se encarguen de la gestión en las propias instalaciones del usuario.¹⁷⁷

Ahora bien, desde el ámbito territorial el outsourcing puede ser, en primer lugar, nacional, cuando dicho contrato es celebrado entre empresas de una misma nacionalidad, destinado a la subcontratación, externalización, transferencia o desprendimiento de todas o parte de las actividades que hacen parte del área funcional trasladando la responsabilidad de los resultados a un tercero, normalmente especializado. En segundo lugar, y como consecuencia de las grandes diferencias de salarios y el avance y reducción de costos de las comunicaciones el outsourcing puede ser extraterritorial; en efecto, en la actualidad se pueden encontrar buenos prestadores de servicios especializados en otros países con condiciones socioeconómicas empobrecidas que pueden realizar los trabajos con un costo muy inferior al que habría que pagarse en los países con mejores condiciones socioeconómicas.¹⁷⁸ En último lugar, desde este ámbito, el outsourcing puede ser internacional, modalidad que se presente cuando el acuerdo empresario se realiza con participación de empresas de distintas nacionalidades; el éxito del contrato de outsourcing en el ámbito internacional, como bien lo expone RETIS, “se ha debido en gran parte, a la posibilidad de una

¹⁷⁷ Cfr. DE PABLOS HEREDERO, Carmen *et al.* Ob. cit., p. 259.

¹⁷⁸ Cfr. DEL PESO NAVARRO, Emilio. Ob. cit., p. 20.

continua adaptación a la regulación negocial, a la peculiaridad del contrato, sin la consideración de límites inderogables, puestos a la manifestación de la voluntad negocial de los contrayentes”¹⁷⁹.

Entre tanto, desde el punto de vista funcional el outsourcing puede ser, de valor añadido, de coaprovisionamiento y de multiaprovisionamiento. De esta suerte, el outsourcing será de valor añadido, cuando los contratantes se implican a la vez en el desarrollo de algún producto demandado por el mercado que incorpora valor añadido al negocio jurídico.¹⁸⁰ A su vez, el outsourcing será de coaprovisionamiento, cuando el “proveedor” u “outsourcer” se compromete en el proceso de la empresa cliente, procurando reducir el proceso de desarrollo y terminación de los productos dependiendo su remuneración del éxito obtenido.¹⁸¹ Finalmente, desde el contexto funcional, el outsourcing puede ser de multiaprovisionamiento, que se presenta cuando la empresa cliente contrata en cada área con un outsourcer distinto para evitar el riesgo de un solo proveedor; esta modalidad de outsourcing presenta el inconveniente de que se precisa controlar la gestión con varios proveedores.

A su turno, desde el contexto temporal, el outsourcing puede ser permanente o de transición. El outsourcing permanente, surge cuando una empresa subcontrata o

¹⁷⁹ RETIS AMAYA, Juan Manuel. El Contrato de Outsourcing... ob. cit., p. 19.

¹⁸⁰ Cfr. DEL PESO NAVARRO, Emilio. Ob. cit., p. 20.

¹⁸¹ *Ibid.*

externaliza, de manera constante o perdurable, todas o parte de sus actividades y servicios con el mismo outsourcer. Por su parte, el outsourcing de transición, el cual es una de las tendencias que más éxito ha conseguido en los últimos tiempos, se presente para solucionar un problema temporal, como lo es la transición de una determinada área de servicios de la empresa cliente.¹⁸²

Por último, es menester hacer mención de la modalidad de outsourcing denominada “pseudo outsourcing”. Esta modalidad de outsourcing se viene realizando por algunos grupos empresariales, y consiste en crear nuevas empresas proveedoras, dedicadas específicamente a gestionar una determinada área de servicios a todas las empresas del grupo, convirtiéndose en una empresa que suministra servicio a esa organización integrándose como una más en el grupo de empresas.¹⁸³ La empresa proveedora depende totalmente del grupo empresarial al cual le suministra los servicios; con lo cual, lo que se ha hecho en realidad es simplemente un traslado de funciones dentro de la operatoria de la organización del grupo empresarial. En gran número de ocasiones con este procedimiento lo que se pretende es deshacerse del personal de determinada área de servicios trasladándolo desde grandes empresas, con un alto prestigio, a otras en las que es más fácil flexibilizar la planta de personal sin grandes

¹⁸² *Ibíd.*

¹⁸³ Cfr. DEL PESO NAVARRO, Emilio. *Ob. cit.*, p. 20; RETIS AMAYA, Juan Manuel. *El Contrato de Outsourcing... ob. cit.*, p. 26.

escándalos y perjuicios de imagen.¹⁸⁴ En algunos eventos esta nueva empresa también suministra servicios a otras empresas que no hacen parte del grupo empresarial.

5.7 DESCRIPCIÓN DE LA OPERACIÓN

Una pregunta recurrente entre directivos, administradores y asesores jurídicos de empresas, es qué y cómo efectuar una operación de outsourcing. “La metodología para entregar un proceso de outsourcing puede resultar compleja debido a los diversos procesos involucrados en su realización. Esta complejidad hace necesaria una planificación que, partiendo de un análisis y diagnóstico inicial, permita la ejecución adecuada y eficiente del proceso. De hecho, desde el momento en que un ejecutivo tiene la audacia de proponer su realización hasta que esta se hace efectiva, son varias las etapas dinámicas que deben ser superadas”¹⁸⁵

En efecto, existen diversos aspectos del outsourcing que provocan que su ejecución sea un procedimiento complejo, exigiendo nuevas estructuras de costos y de gestión. Factores como la confiabilidad en el proveedor a ser contratado, capacitación, definición de criterios de propiedad intelectual, entre otros aspectos, son fundamentales cuando se subcontratan actividades más intensivas en

¹⁸⁴ Cfr. DEL PESO NAVARRO, Emilio. Ob. cit., ps. 20 y 21.

¹⁸⁵ SCHNEIDER, Ben. Ob. cit., p. 79.

conocimiento, implicando activos específicos de la empresa contratante. Esto explica la importancia de distinguir los tipos de actividades de las cuales se tratan. En ese sentido, se diferencian los servicios más sencillos de las empresas que ofrecen servicios volcados en el core business de las empresas clientes.

De este modo, para resolver los interrogantes de qué y cómo efectuar una operación de outsourcing, se puede trazar un esquema simplificado del proceso de dicho contrato, conforme se destaca a continuación:

- Fase de decisión de entregar un proceso interno en outsourcing
- Fase de planificación de la entrega del proceso en outsourcing.
- Fase de diagnóstico integral
- Fase de selección del outsourcer
- Fase contractual
- Fase de ejecución del contrato
- Fase de ejecución del contrato

5.7.1 Fase de decisión de entregar un proceso interno en outsourcing. El proceso de outsourcing se inicia con la decisión de qué se va a subcontratar o externalizar ciertas actividades o servicios dentro de la empresa, examinando la factibilidad del outsourcing; definiendo el alcance y los límites de la operación e informando en qué grado el proyecto satisface los criterios establecidos por la empresa.

En efecto, la decisión de entregar un proceso interno en outsourcing debe ser consustancial al planteamiento estratégico integral de la empresa, es decir, no debe realizarse si su implementación no se articula de manera consistente con las metas y objetivos estratégicos definidos por la organización.¹⁸⁶

De este modo, una vez decidido el outsourcing, es menester planificar su aplicación en la empresa. Para tal efecto, las empresas deben de disponer de mecanismos adecuados que les permita conocer cuáles son los resultados finales de la subcontratación;¹⁸⁷ para ello, se ha de tener muy claro qué se espera del outsourcing, y cuál es la situación real respecto de las áreas que se desean externalizar. También se deben estudiar los beneficios similares con medios propios y asimismo si existen otras opciones.

En síntesis, la principal razón por la cual algunas áreas de negocio se consideran especialmente aptas para el outsourcing es porque son distintas. Es decir, se trata de operaciones que no siendo actividades esenciales en un negocio, sí lo son para otras organizaciones.¹⁸⁸

A su vez, las razones que pueden impulsar a una empresa a decidirse por contratar outsourcing varían de unas a otras pero, en general, pueden ser, entre otras, las siguientes:

¹⁸⁶ *Ibíd.*, p. 80.

¹⁸⁷ DE PABLOS HEREDERO, Carmen *et al.* Ob. cit., p. 258.

¹⁸⁸ Cfr. DEL PESO NAVARRO, Emilio. Ob. cit., p. 35.

- Falta de recursos internos, personal o experiencia.
- Necesidad de centrar los esfuerzos de la dirección en los aspectos estratégicos del negocio y de disponer de una estructura flexible que se adapte a las necesidades cambiantes del mercado.
- Una mayor eficacia en la aplicación de los presupuestos con reducción de costos y mejora del servicio.
- Reducir el riesgo de la rotación de personal e incremento de costos.
- Requerir mayor nivel de servicio.

5.7.2 Fase de planificación de la entrega del proceso en outsourcing.

Cumplida la fase de decisión de entregar un proceso interno en outsourcing, se debe seleccionar un equipo de trabajo que se encargue de todas las actividades preliminares indispensables para una apropiada planificación de la entrega del proceso de outsourcing. La función principal de este equipo debe ser la elaboración de un plan que describa, con precisión, el alcance del proceso que se quiere someter a esta operación, e incluya, por lo menos, los siguientes aspectos:¹⁸⁹

- Tareas a realizar y plazos para las siguientes actividades de la fase de planificación.

¹⁸⁹ Cfr. SCHNEIDER, Ben. Ob. cit., p. 81.

- Recursos necesarios para las tareas a realizar.
- Roles y responsabilidades de los involucrados
- Criterios que se utilizarán para la toma de decisiones.
- Puntos críticos para la toma de decisiones.
- Aspectos administrativos del proyecto.

Las tareas indicadas tienen un carácter perentorio, es decir, deben realizarse en lapsos muy cortos y con el máximo de compromiso de toda la empresa. Este requerimiento hace necesario que la organización asigne los recursos necesarios para el cumplimiento rápido y efectivo de esta fase.

5.7.3 Fase de diagnóstico integral. Después de la fase de planificación, debe realizarse un diagnóstico integral de la entrega del proceso en outsourcing. Este resulta de una evaluación meticulosa de la factibilidad del proyecto, y eso involucra una precisión de sus alcances y límites. La información recopilada en esta etapa es trascendental, toda vez que servirá para adoptar la decisión de continuar con el proyecto o descartarlo.¹⁹⁰

5.7.4 Fase de selección del outsourcer. Elaborado el diagnóstico integral, deviene la delicada tarea que supone la selección de las mejores cualidades existentes en el mercado. En la decisión de subcontratación, la selección de los

¹⁹⁰ *Ibíd.*, p. 82.

proveedores es trascendente. En efecto, esta fase supone una evaluación detallada de la compatibilidad entre los requerimientos y características de la empresa contratante, y las posibilidades y características de la empresa proveedora. Ciertamente, se trata de seleccionar al proveedor que mejores opciones pueda presentar a las necesidades de subcontratación de la empresa en cada momento. De la misma forma que es ingente que la empresa cliente tenga claro lo que busca en un proveedor, es importante valorar hasta qué punto el proveedor comprende los objetivos de la empresa cliente.¹⁹¹

Las empresas, al momento de seleccionar a un proveedor de outsourcing, suelen valorarlos por las siguientes razones:¹⁹²

- Capacidad comercial para vender el concepto, lo que significa, propuestas técnica y propuesta económica.
- Solvencia financiera
- Comprensión del negocio
- Política y cultura de la empresa
- Competencia en infraestructura técnica, lo que significa contar con experiencia, personal preparado y herramientas y equipos.

¹⁹¹ Cfr. DE PABLOS HEREDERO, Carmen *et al.* Ob. cit., p. 257; SCHNEIDER, Ben. Ob. cit., p. 103.

¹⁹² Cfr. DEL PESO NAVARRO, Emilio. Ob. cit., ps. 35 y 43.

5.7.5. Fase contractual

5.7.5.1. Fase de negociación La negociación previa al establecimiento de un outsourcing “incluye aspectos generales y jurídicos de gestión, gerencia comercial, financiera, técnica y de personal, así como acuerdos de confidencialidad”¹⁹³.

Esta fase se encuentra referida al establecimiento de las condiciones y acuerdos que constituirán el contrato de outsourcing. Cada contrato de outsourcing es el resultado de largas negociaciones entre quienes lo suscriben, entendiéndose por ello que cada contrato es diferente, atendiendo a lo acordado por quienes lo celebran.¹⁹⁴ En vista de ello, “existe consenso de que la negociación del acuerdo básico de outsourcing debe ser confiada a especialistas que estén familiarizados con las exigencias legales de cada parte involucrada”¹⁹⁵.

En el momento de preparar la negociación de un contrato de outsourcing, DEL PESO NAVARRO¹⁹⁶ sostiene que es conveniente tener en cuenta los siguientes extremos:

- Definir de la forma más clara y precisa posible los servicios y actividades que se pretende contratar.

¹⁹³ RETIS AMAYA, Juan Manuel. El Contrato de Outsourcing... ob. cit., p. 31.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 32.

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ DEL PESO NAVARRO, Emilio. Ob. cit., ps. 50.

- Definir, aunque sólo sea de forma general, los niveles de servicios actuales y su medida.
- Obtener la medida del costo actual de dichos servicios y evaluar las posibles mejoras que se prevean.
- Realizar el análisis y la descripción de los diferentes procesos que dan soporte al servicio y estudiar posibles formas de mejorarlos.
- Determinar el costo interno actual.

El objetivo final de la negociación debe ser lograr el mayor beneficio sin perjuicio de ninguna de las partes. Dicho fin solo se logra con la conciencia de que el contrato supone que ambas partes se verán beneficiadas al expandir sus ventajas en el mercado. Si esta conciencia existe, la negociación tiene un alto porcentaje de éxito.

5.7.5.2. Acuerdo matriz de outsourcing. El contrato de outsourcing nace de un “acuerdo matriz”. “La redacción de un acuerdo base es labor ardua, amplia y difícil, entendiéndose por ello que cada contrato es diferente, atendiendo a lo acordado por quienes lo celebran”¹⁹⁷.

El “acuerdo matriz” registra los convenios derivados de largas y laboriosas negociaciones, a propósito de la celebración del outsourcing. Así, el “acuerdo

¹⁹⁷ RETIS AMAYA, Juan Manuel. El Contrato de Outsourcing... ob. cit., p. 32.

matriz” establece los elementos básicos que regirán el contrato, actuando como una norma orientadora de las relaciones entre los contratantes. De este modo, el “acuerdo matriz” debe dejar claramente definido los aspectos jurídicos, administrativos, financieros, técnicos, tributarios, etc., que van a regir el contrato de outsourcing.¹⁹⁸

El “acuerdo matriz” nace sin cualquier formalidad, simplemente por voluntad de las partes, y expresa el deseo de un negocio común. En efecto, “por tratarse de un contrato atípico no existe norma positiva alguna que exija formalidades predeterminadas para la celebración del contrato de outsourcing, y por tanto, campea libremente el principio de la libertad de forma al momento de su perfeccionamiento. Luego, su existencia podrá demostrarse por cualquiera de los medios probatorios reconocidos en la ley”¹⁹⁹.

No obstante lo anterior, el contrato escrito supone una garantía de que finalmente se van a cumplir las expectativas y se van a tratar de evitar conflictos entre las partes. En este sentido, el contrato ha de ser lo más completo posible, y debe incluir las obligaciones por parte de los contratantes, el costo, la duración y las condiciones. Estos aspectos son trascendentales, toda vez que un contrato

¹⁹⁸ *Ibíd.*

¹⁹⁹ *Ibíd.*

ambiguo o con carencias legales puede ser herramienta poderosa para facilitar los comportamientos oportunistas.²⁰⁰

De este modo, es muy importante incluir en los contratos de outsourcing, entre otras, las siguientes cláusulas y puntos:

- Preámbulo o considerandos.
- Identificación de las partes contratantes y de las personas que, en representación de ellos, suscriben el contrato.
- Objeto del contrato, es decir, la descripción de los servicios y actividades contratados.

- Duración del outsourcing
- Lugar de prestación del servicio.
- Indicador del nivel de calidad del servicio.
- Objetivos generales, económicos y sociales.
- Medidas que se aplicarán para optimizar el proceso.
- Obligaciones de las partes.
- Referencia a acuerdos complementarios (exportación, patentes, asistencia técnica).
- Solución de conflictos entre las partes contratantes.

²⁰⁰ Cfr. DE PABLOS HEREDERO, Carmen *et al.* Ob. cit., p. 262.

- Otros principios: No competencia, lealtad y aspectos tributarios.
- La penalización en caso de incumplimiento.
- Causales de terminación del contrato
- La reversibilidad del servicio a la empresa cliente.

5.7.6 Fase de ejecución del contrato. Una vez suscrito el acuerdo matriz de outsourcing, el mismo entra en ejecución y tiene como plazo el estipulado en el acuerdo básico. Durante esta etapa, el contratista tiene la misión de proveer el servicio conforme los indicadores de gestión, e incluso superando las expectativas, con el objetivo de ser evaluado en forma positiva por la empresa cliente y, de esta manera, lograr una extensión del contrato.²⁰¹

Así las cosas, existen una serie de normas que conviene seguir si se quiere que el outsourcing resulte una operación segura para los contratantes:

- Almacenar una copia de los datos.
- Efectuar periódicamente supervisiones al rendimiento obtenido y el cumplimiento de las especificaciones que figuren en el contrato. Estas supervisiones podrán ser realizadas por la empresa cliente o una firma independiente contratada por ella.
- Desarrollar una especificación de requerimientos de carácter global.

²⁰¹ Cfr. SCHNEIDER, Ben. Ob. cit., p. 250.

- Controlar los cambios que se produzcan en las especificaciones de requerimientos.

5.7.7 Finalización del contrato. El outsourcing es un contrato de tracto sucesivo y la terminación del contrato puede determinarse en el contrato o ser indefinida. Si no se pacta término para la duración, cualquiera de las partes puede separarse de él, dando aviso en el término pactado en el contrato; si no hay término pactado, en el que indique la costumbre y si no hay costumbre con una anticipación acorde con la naturaleza del outsourcing.

Ahora bien, los múltiples factores de riesgo que rodean el complejo acuerdo de outsourcing implican que hay varias razones válidas para la ruptura durante la ejecución del negocio jurídico o al final del mismo, y no todas están relacionadas con el rendimiento según lo estipulado en el documento.

Puede que ambas partes sean capaces de prever un punto en el que el contrato llegue a un final natural. Podría deberse a un fallo en la relación o a la decisión de recuperar la función o las funciones externalizadas por parte de la empresa cliente o transferirlas a un nuevo outsourcer por un cambio de los requisitos del cliente o cambios por parte del proveedor.

De este modo, la finalización del contrato de outsourcing puede establecerse de diversas maneras, entre las que pueden destacarse las siguientes:

- Por el tiempo que requiere el proyecto específico a realizarse.
- Por la llegada del plazo convenido para su realización.
- Por la muerte o liquidación de uno de los contratantes, sin embargo, puede pactarse algo diferente.
- Por incumplimiento de cualquiera de los contratantes de las obligaciones emanadas del contrato de outsourcing.
- Por la imposibilidad de realizar la operación u operaciones objeto de outsourcing.
- De mutuo disenso de los contratantes.

5.8 OBLIGACIONES DE LAS PARTES

De la definición del contrato de outsourcing, de la descripción de la operación y de las características del contrato de outsourcing, pueden enunciarse las obligaciones centrales que surgen para cada una de las partes contratantes en dicho negocio jurídico. En el presente estudio se observaran de manera separada a saber:

5.8.1 Obligaciones del outsourcer. Sentado el principio de la autonomía de la voluntad, cabe señalar las principales obligaciones que este contrato crea a cargo del outsourcer, obligaciones que nacen de la necesidad que las partes las pacten expresamente, por tratarse de un contrato sui generis y atípico. Pues bien, se pueden citar como obligaciones del outsourcer las siguientes:

- La prestación del servicio, lo cual lleva aparejados unos deberes de diligencia, ciertos mecanismos de control establecidos contractualmente y sanciones económicas ante posibles deficiencias en el mismo.
- Actuación en interés de la empresa cliente. Pese a la autonomía que caracteriza su desempeño, el outsourcer debe actuar siempre en interés de la empresa cliente, tratando de obtener la mayor ventaja para ésta.
- Actuar con buena fe para con la empresa cliente.
- Colaboración, consiste especialmente en la obligación que tiene el outsourcer de actuar conforme a las instrucciones dadas por la empresa cliente; suministrar a ésta todas las informaciones sobre la actividad o el servicio subcontratado que puedan interesar para la marcha de las actividades o servicios encomendados, y advertirle inmediatamente en el caso de que no pudiese ocuparse de las actividades externalizadas.

Refiriéndose al deber de colaboración que toma el outsourcer sobre sí, y en especial a su obligación de actuar conforme a las instrucciones dadas por la empresa cliente, observa RETIS²⁰² que tales directivas no deberán constituir aspiraciones imposibles, sino que deben consistir en aquello que es

²⁰² RETIS AMAYA, Juan Manuel. El Contrato de Outsourcing... ob. cit., p. 44.

normalmente previsible y humanamente posible; no deberá exigirse al outsourcer una diligencia excepcional superior a la media, con relación a la naturaleza de la actividad profesional y a la específica actividad económica que él debe desarrollar. La diligencia que se exige al outsourcer no es abstracta, sino que debe aplicarse en relación al contrato de que se trata para obtener una buena ejecución.

- Fidelidad, la cual resulta esencial a este contrato, en el sentido de la confianza que la empresa cliente deposita en el outsourcer.
- El outsourcer, además, está obligado a rendir al comitente cuenta detallada y justificada, en los plazos establecidos, de todos los servicios y actividades subcontratados.
- A la terminación del contrato, retransmitir los servicios a la empresa cliente.

5.8.2 Obligaciones de la empresa cliente. Las obligaciones a cargo de la empresa cliente emergentes del contrato de outsourcing son las siguientes:

- Pagar los servicios prestados por el outsourcer.
- Enviar en tiempo oportuno las instrucciones al outsourcer, en caso de no recibirlas en tiempo, éste podrá ejecutar el outsourcing obrando como lo haría en negocio propio y conforme al uso del comercio en casos semejantes.

- Transferir los equipos y personal si así se ha estipulado (que suele ser lo más habitual), implicando garantías y responsabilidades en relación a los servicios subcontratados.
- Actuar de buena fe para con el outsourcer.
- Actuar con buena fe para con la empresa cliente.

5.9 VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL CONTRATO DE OUTSOURCING

5.9.1. Ventajas. El contrato de outsourcing ofrece múltiples ventajas, entre las que pueden destacarse las siguientes:

- Ventajas estratégicas, puesto que es un medio para que las empresas se concentren en sus verdaderas áreas de trabajo, es decir, centrarse en su negocio principal, y puedan acceder, de una manera operativamente eficaz, a otras especialidades, desconocidas para ellas, a través de personal externo experto en dichos temas. Este modo de gestión se armoniza, plenamente, con la tendencia actual de la transición empresarial hacia la era del conocimiento o de la información, que está acelerando la “virtualización” de la empresas, un fenómeno que a grandes rasgos, consiste en la externalización de todas las

áreas de la compañía que no se consideren claves para el negocio o no forman parte de su core business.²⁰³

Igualmente, permite a los ejecutivos de la empresa cliente la concentración necesaria para dirigir las partes críticas de la actividad empresarial, ya que les libera de tiempo y pueden focalizarse en asuntos y procedimientos más importantes.²⁰⁴

- Ventajas económicas, toda vez que las empresas que utilizan esta figura contractual constatan la reducción y el control de los costos laborales totales en comparación con los que habría incurrido si siguieran cubriendo la función internamente. A través de un contrato de outsourcing no sólo se reducen los costos laborales directos, sino que a menudo también se pueden disminuir el número de trabajadores;²⁰⁵ por ejemplo, si la empresa está produciendo internamente un servicio o artículo con horizonte de largo plazo, debe revisar su decisión tomando en consideración sus costos de investigación y desarrollo, de capacitación del personal e inversión en infraestructura. También hay que incluir en la lista los costos de supervisión y administración constante que deben realizarse internamente sobre todas las actividades.²⁰⁶

²⁰³ Cfr. SCHNEIDER, Ben. Ob. cit., p. 34.

²⁰⁴ Cfr. PHILLIPS, Jack. Ob. cit., p. 53.

²⁰⁵ Cfr. CASANOVAS, August. Ob. cit., p. 79; PHILLIPS, Jack. Ob. cit., p. 53.

²⁰⁶ Cfr. SCHNEIDER, Ben. Ob. cit., p. 50.

Asimismo, como ventaja económica se encuentra que la empresa puede desarrollar la capacidad para utilizar la experiencia y las economías de escala necesarias en la gestión de sus recursos humanos y tecnológicos a través de un proveedor de servicios.²⁰⁷

- Ventajas tecnológicas, debido a que permite el acceso a habilidades de clase mundial, puesto que las empresas pueden contratar a proveedores de servicios cuya especialización en el nicho correspondiente de la cadena de valor permitirá a la organización obtener la mejor aplicación de la tecnología y niveles de servicios y tarifas realmente competitivas. Este hecho se produce porque al contratar un proveedor especializado en determinado proceso, este brinda la garantía de que la operación externalizada a través de él tendrá los mejores estándares de calidad.

Al respecto, el profesor SCHNEIDER²⁰⁸ sintetiza en dos las razones que explican esta ventaja; en primer lugar, la empresa proveedora es especialista en su rama y compite con otras del mismo ámbito en términos de calidad de servicio y tarifa, y, en segundo lugar, la empresa que la contrata puede usar su conocimiento y, al mismo tiempo, ahorrar los costos que supondría adquirir, ella misma, dicho conocimiento.

²⁰⁷ Cfr. DE PABLOS HEREDERO, Carmen *et al.* Ob. cit., p. 256.

²⁰⁸ Cfr. SCHNEIDER, Ben. Ob. cit., p. 52.

De este modo, la empresa no invierte tiempo ni dinero en buscar calidad en operaciones que carecen de un carácter distintivo para el servicio o producto que ofrece,²⁰⁹ y evita el riesgo de utilizar tecnologías obsoletas.

- Ventajas comerciales, puesto que la empresa, al tener que alimentar una menor cantidad de capacidades, aumenta su probabilidad de obtener una ventaja competitiva, pues no se extiende demasiado.. Además, cuando subcontrata actividades en las que no es competente, se puede concentrar de lleno en los campos donde si puede crear valor.²¹⁰

Ciertamente, el outsourcing es un medio idóneo para conseguir estructuras organizacionales ágiles y que permitan a las empresas adaptarse a las nuevas exigencias de los mercados. Y esa agilidad se traduce en términos económicos, en la posibilidad de sacar de la empresa todas aquellas funciones que pueden ser realizadas por especialistas y a un costo más bajo, hecho que redundará no solo en la calidad sino en la eficiencia.

- Ventajas logísticas, debido a que las empresas que externalizan sus servicios suelen obtener eficacia, pues las funciones realizadas por empresas externas frecuentemente se practican con mejores resultados, ya que dichas empresas suelen ser expertas en el campo para el que se las contrata. En efecto, el

²⁰⁹ *Ibíd*, p. 51.

²¹⁰ Cfr. HITT, Michael A. *et al.* *Ob. cit.*, p. 97.

outsourcing otorga un alto grado de efectividad en áreas en las que la empresa no desea distraerse o en la que le resultaría muy costoso involucrarse. Asimismo, le permite a la empresa cliente acceder a personal adecuadamente cualificado.

Adicionalmente, hay menos problemas referentes a los trabajadores y asuntos de los que ocuparse, puesto que los asuntos referentes a los trabajadores pueden demandar una ingente cantidad de tiempo, incluso a niveles directivos. La provisión del apoyo y procedimientos necesarios para tratar eficazmente estos asuntos va más allá de lo que algunas empresas están dispuestas a invertir. La mayor parte de esta inversión puede evitarse mediante un acuerdo de outsourcing.

También proporciona garantía de servicio, debido a que durante la celebración del contrato de outsourcing, se especifican las expectativas de calidad del servicio en el llamado acuerdo del nivel de servicio. Este acuerdo identifica quién es el responsable por la comprobación de la calidad y qué debe de ser medido y evaluado en el control de la misma. Se trata de una garantía de calidad que probablemente no exista en la empresa antes de celebrar el outsourcing.²¹¹

²¹¹ Cfr. SCHNEIDER, Ben. Ob. cit., p. 54.

5.9.2. Desventajas. De la celebración de contratos de outsourcing pueden representarse, entre otras, las siguientes desventajas:

- Riesgo de pérdida de control del servicio y pérdida del conocimiento interno, como consecuencia del desconocimiento que la empresa cliente tiene de las personas que prestan los servicios externalizados, así como por el desconocimiento que el empleado tiene de la empresa contratante de los servicios de outsourcing, sus políticas y su personal.
- Una desventaja potencial es el deterioro de la lealtad del personal subcontratado, puesto que estos reciben salarios y prestaciones sociales de parte del outsourcer.
- Dependencia del outsourcer.
- Pérdida de experiencia y conocimientos, puesto que evidentemente cualquier externalización de un proceso supone la pérdida, en la mayoría de las ocasiones, del control total de este, lo que supondría que el conocimiento que se tenía acumulado se vaya perdiendo a medida que vaya pasando el tiempo y este producto vaya evolucionando.²¹²

²¹² Cfr. CASANOVAS, August. Ob. cit., p. 80.

- Mayor costo de la logística de planificación, toda vez que planificar la producción de un proceso que se lleva a cabo entre varias empresas proveedoras es mucho más complejo que hacerlo en el interior de la compañía contratante o trabajando únicamente con un outsourcer.²¹³

- Una empresa que subcontrata sistemáticamente “hacia arriba” (es decir, compra todos sus componentes) puede verse privada de un contacto directo con la tecnología de base de los productos que comercializa.²¹⁴

- Análogamente, una empresa que subcontrate todo “hacia abajo”, es decir, que no haga el esfuerzo por llegar a sus clientes finales o intermedios y contrate todo a través de unos cuantos distribuidores, puede encontrarse alejada del consumidor y tendrá que limitarse a fabricar los productos que le indiquen sus distribuidores, sin ser capaz verdaderamente de fabricar algo que el consumidor final pueda considerar diferente.²¹⁵

- En casos extremos, el outsourcing ha conducido a lo que se ha dado en llamar “anorexia organizativa”. Este fenómeno ha consistido en una sustancial destrucción de conocimiento por parte de la empresa al sacar de la misma a

²¹³ *Ibíd.*, p. 81.

²¹⁴ Cfr. JARILLO, José Carlos. *Ob. cit.*, p. 142.

²¹⁵ *Ibíd.*

personal valioso en este sentido, con una reducción de costes que en muchos casos no compensa este efecto.²¹⁶

- Es posible que los servicios prestados por el outsourcer no estén al mismo nivel que el logrado al interior de la empresa.
- Es posible también que el outsourcer no tenga en mente en todo momento el interés de la organización ni esté comprometido a ofrecer la calidad del servicio por la que la organización es conocida.
- En el outsourcing el control es menor, aún cuando la prestación del servicio esté en marcha, a la empresa contratante le puede faltar control sobre el outsourcer y ser incapaz de tomar acciones correctoras con rapidez.²¹⁷

²¹⁶ Cfr. PABLOS HEREDERO, Carmen de *et al.* Ob. cit., p. 316.

²¹⁷ Cfr. PHILLIPS, Jack. Ob. cit., p. 53.

6. EL CONTRATO DE OUTSOURCING EN COLOMBIA

6.1 MARCO ECONÓMICO Y SOCIAL DEL OUTSOURCING EN COLOMBIA

Importado de la práctica mercantil y del derecho anglosajón, en Colombia se viene utilizando con cierta recurrencia desde hace aproximadamente siete lustros la figura del outsourcing, como consecuencia, entre otros factores, de la regionalización, la globalización y una economía de libre mercado, que en dichas circunstancias producen tres fenómenos muy particulares: el de la especialización, el de la modernización tecnológica y externalización de las empresas.

Para estas situaciones comienza a tornarse vital el contrato de outsourcing, como nueva fórmula de la colaboración empresarial que apunta a mejorar la competitividad y la eficiencia en la asignación de recursos.

En Colombia, el outsourcing ha pasado por diferentes etapas. La primera fue aquella en la que existía un desconocimiento absoluto y, de cierta manera, una confusión sobre lo que era el outsourcing.

Posteriormente, se paso por una etapa de curiosidad por los directores generales. Seguidamente, se ingreso en una etapa de miedo. En la actualidad nos encontramos en una etapa de crecimiento, lento pero continuo. En efecto, el

outsourcing se está imponiendo en muchas de las empresas colombianas como una forma eficaz de mejorar su eficiencia y asegurar su supervivencia en un entorno cada vez más competitivo. Este fenómeno viene motivado por decisiones de tipo estratégico (especialización en competencias esenciales), financiero (conversión de costos fijos en variables) y de control tecnológico (cada vez más problemático debido al desenfrenado ritmo de aparición y evolución de las tecnologías de la información y las comunicaciones).

Asimismo, las empresas nacionales, aun las pequeñas y medianas, también han optado, para no correr el riesgo de desaparecer del mercado, acceder al contrato de outsourcing, para perfeccionar su perfil competitivo.

De este modo, en la actual coyuntura económica, las empresas colombianas visualizan dicha figura contractual, como una oportunidad para alcanzar eficiencia y reducciones de costos significativos.²¹⁸

De este modo, se puede apreciar en la prensa especializada como aparecen noticias sobre la firma de contratos de outsourcing, muchos parciales pero también algunos totales, por medio de los cuales se externalizan funciones que hasta ahora eran desarrolladas por las propias empresas.

²¹⁸ Cfr. PÉREZ GARCÍA, Miguel y ARAGÓN DE PÉREZ, Victoria. Ob. cit., p. 91.

6.2 MARCO JURÍDICO-LEGAL DEL OUTSOURCING EN COLOMBIA

No existe en el derecho positivo colombiano una disciplina orgánica que regule el contrato de outsourcing. El trato que el ordenamiento jurídico colombiano le ha dispensado a esta figura trasluce de su parte sentimientos encontrados: aprehensión y respeto ante costumbres extranjeras, acompañado de un irrefrenable deseo por penetrar en su arcano y extenderle ciegamente carta de naturaleza

De este modo, en Colombia el outsourcing es uno de aquellos de los denominados “contratos atípicos”, es decir, de aquellos que representan un concepto negativo de los denominados “contratos típicos”, o sea, que no estando definidos por la legislación positiva están reconocidos por la realidad social y en ocasiones por leyes especiales, basándose en la libertad contractual y en la autonomía de la voluntad, rigiéndose por los principios generales de las obligaciones y contratos y subsidiariamente por los principios generales del Derecho.²¹⁹

En efecto, en términos generales, el contrato de outsourcing está regido en Colombia, en este orden: 1) Por la voluntad de las partes en los límites establecidos por el orden público; 2) Por las normas generales imperativas sobre negocios jurídicos y obligaciones; 3) Por las normas generales supletorias sobre

²¹⁹ Cfr. CHULIÁ VICENT, Eduardo y BELTRÁN ALANDETE, Teresa. Ob. cit., t. I, p. 12.

negocios jurídicos y obligaciones; 4) Por las disposiciones correspondientes a los negocios jurídicos típicos afines que sean compatibles con la economía y la finalidad del contrato de outsourcing; 5) La doctrina constitucional y los principios generales de derecho.²²⁰

De esta suerte, nos encontramos frente a una figura negocial dada en la práctica, como una de tantas que el postulado de la autonomía de la voluntad privada permite realizar, para satisfacer necesidades concretas y materializar expectativas fijadas por los actores que dieron paso a su desarrollo, y en consecuencia, son aceptadas por las normas civiles y mercantiles colombianas, precisamente para proporcionar a las empresas una alternativa para dedicar su fuerza productiva y derivar su subsistencia y progreso por fuera de la rigidez y exigencia legal.

Pues bien, la autonomía de la voluntad privada es uno de los principios fundamentales que inspiran la legislación colombiana, y que en materia contractual alcanza expresión legislativa en el artículo 1602 del Código Civil, que asigna a los contratos legalmente celebrados el carácter de ley para las partes, al punto que no pueden ser invalidados sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

²²⁰ Cfr. COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 31 de mayo de 1938. En: Gaceta Judicial, t. XLVII, p. 570; OSPINA FERNADEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del contrato y del negocio jurídico... ob. cit., p. 51.

De esta suerte, el outsourcing, como todo negocio jurídico, está subordinado a la presencia de un conjunto de condiciones esenciales indispensables para su existencia y validez, sin ellas, este contrato no puede nacer, no existe, no es nada frente al derecho. Por consiguiente, el contrato de outsourcing no tiene, entonces, ningún requisito específico de validez y existencia, sino los generales de todo negocio jurídico.

6.2.1 Condiciones de existencia y validez del contrato de outsourcing. El artículo 1º del Código de Comercio estipula que: “Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas”.

Igualmente, dicho estatuto dispone en su artículo segundo que: “En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil”.

A su vez, el artículo 22 del mismo cuerpo normativo establece que: “Si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial”.

Así pues, los requisitos de existencia del contrato de outsourcing son: 1) voluntad o consentimiento (ordinal 2º del art. 1502, C.C.); 2) objeto genérico o específico de las obligaciones que está destinado a crear (art. 1517, C.C.); 3) causa (inciso

segundo del artículo 1524, C.C.); 4) solemnidades (art. 1500, C.C.). Sin la voluntad manifestada, o sin el consentimiento no hay contrato. Lo propio ocurre cuando falta la determinación del objeto, porque por definición, la voluntad que constituye la sustancia del contrato de outsourcing debe encaminarse a un objeto jurídico. La falta de dichas condiciones obstaculiza la formación de tal contrato y conduce a que este contrato no pueda existir como tal.

Ahora bien, la existencia del contrato de outsourcing no determina la validez de él y de sus efectos. De este modo, además de las condiciones de existencia, concurren otras que ya no se refieren a la existencia misma del contrato de outsourcing, sino que tocan con su validez. El negocio jurídico puede haber surgido a la vida jurídica, pero afectado de un vicio dirimente que inexorablemente lo condena a muerte o que puede producir esta, es decir, que puede llegar a suceder que dicho contrato, existiendo jurídicamente, sea inválido por adolecer de un vicio que afecte su viabilidad y lo condene a su fallecimiento.

En concreto, para el contrato de outsourcing tales condiciones de validez son: 1) consentimiento no viciado por error, fuerza o dolo (ordinal 2º Ibíd.); 2) capacidad legal de los contratantes (ordinal 1º del art. 1502, C.C.); 3) objeto lícito (ordinal 3º Ibíd.); 4) causa lícita (ordinal 4º Ibíd.); 5) algunas formalidades no esenciales para la existencia del negocio (art. 1500, C.C.). Dándose estas condiciones, el contrato de outsourcing existe y produce sus efectos; faltando ellas, el contrato no se

perfecciona ni produce efecto alguno. Así, por ejemplo, puede ocurrir que uno de los contratantes esté legalmente incapacitado para actuar por sí mismo en el comercio jurídico; o que su voluntad se encuentre viciada por error, fuerza o dolo; o que el objeto o la causa sean falsos o ilícitos, etc. En estos eventos, el contrato deviene absoluta o relativamente nulo. Existe y produce efectos jurídicos mientras su nulidad no sea judicialmente declarada, pudiendo ocurrir que el contrato sobreviva a sus vicios y defectos, si no es atacado dentro de los términos de prescripción de las correspondientes acciones de nulidad.²²¹

Ya en este terreno de la validez del contrato de outsourcing, se han distinguido dos clases de nulidades que sancionan la falta de las condiciones para dicha validez: absolutas y relativas.²²²

El criterio de la distinción entre la nulidad absoluta y la relativa reside en la importancia de la norma violada.²²³ Si esta es de interés general, la nulidad es absoluta; si es de aquellas que tutelan el interés particular de las personas, la

²²¹ Cfr. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Cuarta edición. Bogotá: Editorial Temis, 1987, ps. 520 y 521. TAMAYO LOMBANA, Alberto. Ob. cit., ps. 233 y ss.

²²² El artículo 1740 del Código Civil colombiano establece: “Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.

La nulidad puede ser absoluta o relativa”.

²²³ El artículo 1741 del Código civil colombiano dispone: “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”.

nulidad es relativa.²²⁴

De lo anterior se sigue que en el contrato de outsourcing, generan nulidad absoluta: incapacidad absoluta de alguno de los contratantes, es decir, de la que están afectados los dementes, los sordomudos que no se pueden dar a entender por escrito, y los impúberes;²²⁵ la ilicitud del objeto²²⁶ o de la causa²²⁷, como por ejemplo, cuando en desarrollo del outsourcing se vinculan las partes con el objeto de realizar una actividad consiste en desarrollar y comercializar una fórmula o procedimiento para el desarrollo de armas químicas de destrucción masiva.

Cualquier otra especie de vicio distinto de los mencionados produce nulidad

²²⁴ Cfr. TAMAYO LOMBANA, Alberto. Ob. cit., ps. 233 y ss.

²²⁵ El artículo 1504 del Código Civil colombiano estipula: “Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución”.

²²⁶ Los artículos 1518 y 1519 del Código Civil colombiano, respectivamente, establecen: “Artículo 1518.- No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género.

La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”.

“Artículo 1519.— Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto”.

²²⁷ El artículo 1524 del Código Civil colombiano preceptúa: “No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita”.

relativa y da derecho a la rescisión del contrato. Los vicios así determinados son, pues: la incapacidad relativa a los menores adultos y los disipadores en interdicción judicial; el error, la fuerza y el dolo sufridos por uno de los contratantes.

Luego, si la nulidad tiene por fin proteger el interés general, el orden público, es una nulidad absoluta. Entre tanto, cuando las causales que originan la nulidad son menos graves y conciernen tan solo al interés particular, la nulidad es relativa.

En síntesis, la falta de los requisitos de existencia del negocio jurídico conllevan a su “inexistencia”, y la falta de requisitos de validez conducen a la “nulidad del negocio”, la cual puede ser absoluta o relativa según el caso (art. 1740 y ss. del C.C.).

6.3 EL OUTSOURCING EN LA PRÁCTICA JURÍDICA COLOMBIANA

En Colombia la legislación ha permitido la formación de empresas que se dedican a conseguir y proporcionar personal a diferentes empresas. Entre las figuras más frecuentadas del outsourcing se pueden destacar las llamadas “empresas de servicios temporales”, las “Cooperativas de Trabajo Asociado”, “las empresas de servicios complementarios” más conocidas como services, las “Empresas asociativas de Trabajo” y los “contratistas independientes”.

6.3.1 Las empresas de servicios temporales. Las empresas de servicios temporales surgieron en Colombia hacia mediados de la década de 1970 en ejercicio de la libertad de empresa.

La ley 50 de 1990 vino a ocuparse de reglamentar dichas empresas con el objeto de que esta actividad tuviera un marco legal adecuado.

De acuerdo con el artículo 71 de la ley 50 de 1990, "es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas, el carácter de empleador".

Los trabajadores vinculados a las empresas de servicios temporales son de dos categorías: Trabajadores de planta y trabajadores en misión. Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas de servicios temporales. Trabajadores en misión son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos (art. 74, ley 50 de 1990).

El artículo 72 de la ley 50 de 1990 establece que las empresas de servicios temporales deberán constituirse como personas jurídicas y tendrán como único

objeto el previsto en el artículo 71 del mismo cuerpo normativo. Además, dichas empresas deben inscribirse en el registro mercantil de la Cámara de Comercio; obtener autorización de funcionamiento del Ministerio del Trabajo; tener un capital social no inferior a 300 veces el salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de la constitución de la sociedad; su reglamento interno de trabajo debe incluir cláusulas especiales para los trabajadores en misión; deben constituir una póliza de garantía no inferior a 500 veces el salario mínimo legal mensual vigente para asegurar el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de los trabajadores en misión, en caso de iliquidez de la empresa, y depositarla ante el Ministerio del Trabajo; presentar informes periódicos estadísticos.

Asimismo, son responsables de la salud ocupacional de los trabajadores en misión; les está prohibido prestar servicios a empresas usuarias con las que tengan vinculación económica, y están obligadas a afiliar a sus trabajadores en misión y pagar las cotizaciones para el sistema general de seguridad social en pensiones, salud y riesgos profesionales de sus trabajadores, así como asumir la responsabilidad por el pago de aportes parafiscales, subsidio familiar, bienestar familiar y servicio de aprendizaje (art. 4º, decreto 24 de 1998) .

De la reglamentación sobre empresas de servicios temporales, están excluidas aquellas que tengan objeto social diverso al previsto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990; las que no estén debidamente autorizadas por el Ministerio del Trabajo para el desempeño de esa labor, tales como las dedicadas al suministro de

alimentación, realización de labores de aseo, servicio de vigilancia y mantenimiento; tampoco la podrán realizar las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, las Empresas Asociativas de Trabajo y los Fondos Mutuales o similares (art. 94, ley 50 de 1990 y art. 10, decreto 4369 de 2006).

En concordancia con lo anterior, el artículo 8 del decreto 4369 de 2006 advierte que: “los contratos que celebren la Empresa de Servicios Temporales y la usuaria deben suscribirse siempre por escrito y en ellos se hará constar que las Empresas de Servicios Temporales se sujetará a lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo para efecto del pago de los salarios, prestaciones sociales y demás derechos de los trabajadores. Igualmente, deberá indicar el nombre de la compañía aseguradora, número de la póliza, vigencia y monto de la misma con la cual se garantizan las obligaciones laborales de los trabajadores en misión.

Las empresas de servicios temporales desarrollan su objeto social enviando trabajadores en misión a las empresas que requieran atender actividades transitorias, accidentales o temporales (art. 77, ley 50 de 1990). Sin embargo, solamente en tres casos se pueden contratar con una empresa de servicios temporales: En primer lugar, en las labores señaladas por el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo, que son: trabajo ocasional, accidental o transitorio, los de corta duración no mayor a un mes, diferentes a las actividades normales del patrono. En segunda medida, cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad. En

tercer lugar, para atender incrementos en la producción, el transporte, la venta de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de 6 meses prorrogables hasta por seis meses más.

Las empresas de servicios temporales se limitan a proporcionar personal por tiempo limitado para cubrir necesidades temporales de las empresas clientes (arts. 77, ley 50 de 1990 y art. 6, decreto 4369 de 2006). Sobre el tema, la Corte Constitucional²²⁸ señaló que el artículo 77 de la ley 50 de 1990 trazó un marco general de temporalidad a la vinculación de los trabajadores en misión, preservando la garantía de estabilidad de los trabajadores permanentes, en razón a que se circunscribe a incrementos temporales o reemplazos temporales de personal permanente o a términos de seis meses prorrogables únicamente por otros seis meses la vinculación de trabajadores en misión en la prestación de servicios. Al respecto también la Corte Suprema de Justicia²²⁹ ha advertido que la superación del término de contratación de trabajadores en misión (de seis meses prorrogables hasta por seis meses más) genera una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el empleador directo del trabajador y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales.

²²⁸ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-330 de 1995. M.P. Dr. JORGE ARANGO MEJÍA.

²²⁹ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 21 de febrero de 2006, radicación No. 25.717.

6.3.2. Cooperativas de Trabajo Asociado. El artículo primero del decreto 468 de 1990 definía las cooperativas de trabajo asociado como “empresas asociativas sin ánimo de lucro que vinculan el trabajo personal de sus asociados y sus aportes económicos para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, debiendo por lo tanto participar activamente en las decisiones de la empresa”. En ellas, los asociados desarrollan personalmente las actividades propias de su objeto social, a fin de atender las obligaciones comerciales de las cooperativas con sus clientes, en los ámbitos de la producción de bienes, la ejecución de obras o la prestación de servicios, según sea el caso, generando trabajo permanente. El desarrollo de las actividades debe hacerse de manera autogestionaria, buscando un ingreso digno y justo en beneficio de los asociados.

Las cooperativas de trabajo asociado tienen una reglamentación especial a través de la ley 79 de 1988; la ley 454 de 1998; el decreto 468 de 1990; el decreto 4588 de 2006, que derogó el 468 de 1990, con el que se llenaron algunos vacíos y se reforzaron conceptos, particularmente en cuanto a la naturaleza, características, objeto social y prohibiciones de estas cooperativas, con el fin de restringir su uso indebido por parte de terceros; la ley 1233 de 2008, que incluyó un régimen de derechos mínimos irrenunciables para los trabajadores asociados, como la compensación mínima mensual, la protección a la maternidad y al menor trabajador, y realizó algunas precisiones referentes a la seguridad social integral, acogiendo en estos aspectos la propuesta hecha por el gremio cooperativo, como alternativa al pago de parafiscales; el decreto 3553 de 2008, reglamentario de la

Ley 1233, definió las compensaciones ordinarias y extraordinarias, para efectos del pago de los aportes con destino al Sena, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- y a las cajas de compensación, así como a la seguridad social.

Las cooperativas de trabajo asociado se enmarcan entre las llamadas integrales, debido a que, en la práctica, han venido incursionando en el envío de trabajadores en misión a terceros beneficiarios, inmiscuyéndose en el objeto social propio de las empresas de servicios temporales.²³⁰ Sin embargo, no pueden actuar como intermediarias laborales enviando trabajadores en misión pues desnaturalizan la actividad empresarial cooperativa de trabajo asociado, además de no estar autorizada para ello se requiere cumplir con las normas establecidas en la legislación laboral y tener objeto social único y exclusivo (art. 71 y 72, ley 50 de 1990)

La vinculación del trabajo personal y la forma autogestionaria caracterizan a estas cooperativas para la producción de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios. Los asociados se integran voluntariamente en el desarrollo del acuerdo cooperativo, regulando su estatus de cooperado, para lograr los objetivos de la cooperativa jugando un rol en el que se ejecutan obras materiales o intelectuales producidas por la misma cooperativa; trabajan en forma personal de conformidad

²³⁰ Cfr. MARCUCCI DÍAZ-GRANADOS, César Rafael. Ob. cit., p. 294.

con sus actitudes, capacidades y requerimientos de los cargos.²³¹

6.3.3 Las empresas de servicios complementarios. Las empresas de servicios complementarios prestan servicios determinados a sus clientes destacando equipos de trabajadores que se hacen cargo de labores específicas que, para el cliente, tienen carácter complementario. Este tipo de empresas suelen ofrecer principalmente servicios de mantenimiento, limpieza y vigilancia. En esencia, se trata de labores menores en las que no se asume responsabilidad total sobre un determinado proceso.²³² Dentro de dichas empresas pueden citarse las encargadas de servicios de seguridad y vigilancia privada, y las de aseo, entre otras.

6.3.4. Empresas asociativas de Trabajo. Las empresas asociativas de trabajo son organizaciones económicas productivas, organizada como unidad económica, conformada por personas que aportan su capacidad laboral, por tiempo indefinido y algunos además entregan al servicio de la organización un conocimiento tecnológico o destreza, u otros activos necesarios, cuyo fin común es la producción, procesamiento y distribución de bienes o servicios (art. 1º, ley 10 de 1991). Son entes jurídicos con capacidad legal para desarrollar actividades establecidas tales como “la producción, comercialización y distribución de bienes

²³¹ Cfr. CARDOZO CUENCA, Hernán. Cooperativas de trabajo asociado. Aspectos jurídicos, contables y estadísticos. Bogotá D.C.: Ecoe Ediciones, 2005, ps. 6 y ss.

²³² Cfr. SCHNEIDER, Ben. Ob. cit., p. 32.

básicos de consumo familiar o la prestación de servicios individuales o conjunto de sus miembros” (art. 3º ibídem) y generar excedentes líquidos para distribuir entre los asociados en proporción al aporte de cada uno.

Son organizaciones de carácter comercial. Por tanto sus aportes de carácter laboral no se rigen por las disposiciones del Código Sustantivo de Trabajo sino por las normas del derecho comercial (arts. 4 y 27, ley 10 de 1991); asimismo, tiene utilidades susceptibles de repartición (capítulos 3 y 4 ibidem). En conclusión son empresas con ánimo de lucro.

En citado artículo 4 de la ley 10 de 1991, estipula que las relaciones de trabajo así como de los asociados de las empresas asociativas de trabajo de carácter laboral no se rigen por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, sino por las normas del Derecho Comercial.

6.3.5. Contratistas Independientes. De acuerdo con el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, “son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será

solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores”.

Según ha manifestado la Corte Suprema de Justicia²³³, dos relaciones jurídicas contempla la norma transcrita, a saber: a) Una entre la persona que encarga la ejecución de una obra o labor y la persona que la realiza; y b) Otra entre quien cumple el trabajo y los colaboradores que para tal fin utiliza. La primera origina un contrato de obra entre el artífice y su beneficiario y exige la concurrencia de estos requisitos: que el contratista se obligue a ejecutar la obra o labor con libertad, autonomía técnica y directiva, empleando en ella sus propios medios y asumiendo los riesgos del negocio, y de parte del beneficiario, que se obligue a pagar por el trabajo un precio determinado. La segunda relación requiere el lleno de las condiciones de todo contrato de trabajo, que detalla el artículo 23 del estatuto laboral sustantivo.

El primer contrato ofrece dos modalidades así: 1ª La obra o labor es extraña a las actividades normales de quien encargó su ejecución; y 2ª Pertenece ella al giro ordinario de los negocios del beneficiario del trabajo. En el primer caso el contrato de obra sólo produce efectos entre los contratantes; en el segundo entre éstos y

²³³ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 8 de mayo de 1961. En: Gaceta Judicial, t. 2240, p. 1032.

los trabajadores del contratista independiente.

Según lo expuesto, para los fines del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, no basta que el ejecutor sea un contratista independiente, sino que entre el contrato de obra y el de trabajo medie una relación de causalidad, la cual consiste en que la obra o labor pertenezca a las actividades normales o corrientes de quien encargó su ejecución, pues si es ajena a ella, los trabajadores del contratista independiente no tienen contra el beneficiario del trabajo, la acción solidaria que consagra el nombrado texto legal.

Quien se presente, pues, a reclamar en juicio obligaciones a cargo del beneficiario, emanadas de un contrato laboral celebrado con el contratista independiente, debe probar: el contrato de trabajo con éste; el de obra entre el beneficiario del trabajo y el contratista independiente; y la relación de causalidad entre los dos contratos en la forma ya explicada. Son estos los presupuestos de derecho que en favor del trabajador establece la disposición legal en examen.

Por otra parte, el sector público, puede como sucede con el sector privado, acudir a este negocio jurídico como medio de resolver determinados problemas que plantean, de un lado, la imposibilidad de establecer áreas de alta especialización, por los costos desproporcionados en relación con las finalidades a cumplir.²³⁴

²³⁴ Cfr. ESCRICHUELA MORALES, Francisco Javier. Ob. cit., p. 1429.

El ejemplo más común en el sector público es el de la implantación de las tecnologías de la comunicación en su propia organización, para superar la barrera que, para las entidades contratantes, supone la necesidad de adquirir equipos y sistemas, con la prestación añadida de mantenimiento, actualización y formación especializada, en determinadas prestaciones para las que podrían utilizarse con mejor eficiencia, servicios externos de empresas especializadas.

En todo caso, el contrato podría referirse a programación de software, sistemas de información en internet, alojamientos de servicios web, o servicios remotos de explotación o control, que pueden servir a la administración electrónica y en los que deberán observarse, en todo caso las normas de contratación pública establecidas en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.

Asimismo, un ejemplo común en el sector público es el de los contratistas de defensa jurídica y judicial, negocio jurídico que tendrá una duración precisa para atender adecuadamente las necesidades que demande la propia actuación. No se trata de una actuación indeterminada, sino fijada en relación con las exigencias del propio procedimiento o de las actuaciones, de acuerdo siempre con la naturaleza de las prestaciones, conforme señalan los artículos 2142 a 2156 del Código Civil y 1262 a 1286 del Código de Comercio.

6.4 RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El ideal en un contrato es que nunca se tenga que hacer uso de él, lo que significaría que las partes del mismo lo han cumplido escrupulosamente. Pero esto es una utopía, desgraciadamente la realidad nos muestra que demasiadas veces hay que recurrir a exigir a la otra parte el cumplimiento de las condiciones pactadas.

Si esto no pasa a mayores, es por las dificultades que se nos presentan dentro de la sociedad actual cuando tratamos de ejercer nuestros derechos.

Indudablemente que las partes pueden acudir a los Tribunales de Justicia en reclamación de sus pretensiones contractuales, pero nos encontramos con que el derecho a acudir a la Justicia se presenta como una vía excesivamente costosa, lenta y desgraciadamente en muchas ocasiones, inapropiada para solventar unos problemas que por su carácter técnico y peculiar precisan no sólo unos conocimientos específicos, sino una solución cuya celeridad se puede valorar en una importante cantidad de dinero.

Ante estas dificultades deben buscarse otras vías alternativas que en nuestro caso pueden ser: el arbitraje y la amigable composición.

6.4.1 Responsabilidad Contractual. El Código Civil establece en el artículo 1546 que “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado... Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

Asimismo, el Código Civil en el artículo 1602 establece consagra que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Por su parte, el Código de Comercio dispone en el artículo 870 que “En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios”.

El contrato que reúne todos los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo, adquiere perfección y su destino es el de causar las consecuencias que por su medio buscaron los contratantes.

De tal forma, de la suscripción de un contrato bilateral emanan obligaciones recíprocas e interdependientes para los contratantes. Cada uno de ellos es a su vez acreedor y deudor del otro, no obstante las obligaciones no siempre deban ejecutarse coetáneamente.

La reciprocidad de derechos y obligaciones en el contrato de outsourcing es base, o bien, de la acción de cumplimiento de contrato, o bien, de la acción resolutoria en el caso de que una de las partes deje de cumplir lo pactado, si la otra lo ha cumplido o se allana a cumplirlo.²³⁵

6.4.2. Mecanismos alternativos de resolución de controversias

6.4.2.1. El Arbitraje. La composición de un conflicto se puede obtener también con medios distintos del proceso judicial. De este modo, es frecuente que las partes pacten el arbitraje como forma de solución de los conflictos que se susciten durante el transcurso de su vinculación comercial.²³⁶

La Constitución Política dispone en el inciso 4º del artículo 116 que "Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley". Entre tanto, el artículo 8 de la ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), consagra que "La ley podrá establecer mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre

²³⁵ Cfr. RETIS AMAYA, Juan Manuel. Conflictos derivados de la celebración de contratos atípicos. En: CONFERENCIA SOBRE LOS CONTRATOS ATÍPICOS. (7º.: 2003: Bogotá D.C.). Acta de la Conferencia sobre los Contratos Atípicos. Bogotá D.C.: Colegio de Abogados de la Universidad Católica de Colombia, 2003, p. 13.

²³⁶ Cfr. RETIS AMAYA, Juan Manuel. Conflictos derivados de la celebración de contratos atípicos...ob. cit., p. 15.

los asociados y señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de honorarios por éstos servicios”; además, el artículo 13 numeral 3º dispone que “Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política:... 3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas...”.

Ahora bien, el arbitraje es regulado en Colombia por la ley 446 de 1998 y por el decreto 1818 de 1998. Dichos cuerpos normativos en sus artículos 111 y 115, respectivamente, definen el arbitraje como “un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral”.

Dicha institución puede ser en derecho, equidad o técnico (art. 115 decreto 1818 de 1998). El arbitraje en derecho es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente, en este evento el árbitro deberá ser abogado inscrito. En equidad, aquel en que los árbitros resuelven según el sentido común y la equidad. Técnico, cuando los árbitros pronuncian su laudo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio.

El arbitraje podrá ser independiente, institucional o legal (art. 116 ibidem). El arbitraje independiente es aquel en que las partes acuerdan autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la resolución de su conflicto. El arbitraje institucional, por su parte, es aquel en que las partes se someten a un procedimiento establecido por el Centro de Arbitraje. Entre tanto, el arbitraje legal, se presentan cuando a falta de dicho acuerdo, se adelante conforme a las disposiciones legales vigentes (art. 112 ley 446 de 1998).

Pues bien, el arbitraje es una institución cuyo fundamento de obligatoriedad para quienes de ella se sirven con el fin de eliminar una incertidumbre motivada por controversias pretéritas, presentes o futuras, irrumpe del denominado “negocio jurídico compromisorio” que en el ordenamiento positivo colombiano asume la forma de un genuino “compromiso”, diferenciación que de conformidad con el artículo 2º del decreto-ley 2279 de 1989, atiende en lo esencial al tiempo en que acuerdos de esta índole son celebrados, respecto del momento en que cobra actualidad el conflicto entre las partes, y al modo como ellos se ponen de manifiesto frente al contrato en el que dicho conflicto encuentra su origen. De tal forma, cuando este último ya ha irrumpido, el acuerdo que las partes celebran para someterlo al conocimiento y resolución de árbitros recibe la denominación de “compromiso arbitral”. Entre tanto, si lo que sucede es que, habiendo celebrado determinado contrato las partes acuerdan anticipadamente que, de llegarse a presentar controversias futuras acerca de la inteligencia o la aplicación de dicho contrato, las mismas serán conocidas y dirimidas por árbitros, el acuerdo así

concertado y accesorio por definición a una negociación principal, se denomina “cláusula compromisoria”. De manera que el arbitraje es objeto de un convenio entre las partes interesadas, cuya finalidad es la de someter a la decisión de terceros llamados árbitros, las diferencias que expresamente se señalen en tal convenio.

En síntesis, se denomina arbitraje, propiamente dicho, a la jurisdicción que en virtud del compromiso se confiere a los árbitros para decidir las controversias que expresamente se les señalen; por compromiso, por su parte, se entiende el convenio o contrato por el cual dos o más personas acuerdan someter a la decisión de árbitros, designados en la forma que a bien tengan, las controversias mencionadas; y denomínase procedimiento arbitral el que observan los árbitros para decidir la controversia objeto del arbitraje.

6.4.2.2 Amigable composición. En los mismos casos, en que procede el arbitraje, podrán los interesados someter sus diferencias a amigables componedores, cuya declaración tiene valor contractual entre ellos, pero no produce efectos de laudo arbitral. Se trata de que dos personas que tienen una diferencia de las que podrían ser objeto de arbitramento o sea cuestiones declarativas y no ejecutivas, en vez de celebrar un compromiso resuelven, de común acuerdo, someterla a otra u otras personas, y se obligan a aceptar su decisión, que no proviniendo del deudor, en su caso jamás puede ser título

ejecutivo.²³⁷

“No es entonces un tribunal sino, como su nombre lo indica, la composición de la diferencia por terceros no investidos de jurisdicción, por la cual su fallo carece de fuerza jurisdiccional y sólo obliga a las partes contractualmente, vale decir que éstas pueden cumplirlo o no, y su incumplimiento sólo acarrea la indemnización de perjuicios, pues a la decisión no puede hacerse producir efectos ante la justicia ordinaria. Por tanto, en este caso la cuestión litigiosa queda viva, y podrá plantearse ante los jueces comunes o ante un tribunal de arbitramento legalmente constituido, no obstante la vigencia de la amigable composición, pues ésta no es proceso”²³⁸.

La amigable composición es definida por el artículo 130 de la Ley 446 de 1998 como “un mecanismo de solución de conflictos, por medio del cual dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante para ellas, el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular”.

Los amigables componedores son autónomos para oír a las partes en la forma que lo consideren adecuado, y si fuere el caso para recibir las pruebas que ellas

²³⁷ Cfr. MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal civil. Parte General. Octava edición, Bogotá: Editorial ABC, 1983, t. I, p. 64.

²³⁸ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-090 de febrero 2 de 2000. M.P. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

les presenten; también pueden resolver de plano la diferencia y hacerles saber a las partes lo decidido por escrito, para que éstas conozcan la solución. Los amigables componedores no requieren ser colombiano, ni abogados aunque la cuestión fuere de puro derecho. Y para decidir no los obliga sino la equidad.²³⁹

La Ley 446 de 1998, en esta materia de la amigable composición reitera que tal institución es un mecanismo de solución de conflictos cuyas características, siguiendo los artículos 130 a 132, pueden tipificarse así: “delegación que hacen dos o más particulares (ii) en un tercero, denominado amigable componedor -que podrá ser singular o plural-, (iii) de la facultad de precisar con fuerza vinculante para ellas y con los efectos legales de la transacción, (iv) el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular. Las partes (v) pueden hacer la designación del amigable componedor directamente o delegarla en un tercero, que puede ser persona natural o jurídica”²⁴⁰.

²³⁹ Cfr. MORALES MOLINA, Hernando. Ob. cit., p. 64.

²⁴⁰ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-090 de febrero 2 de 2000. M.P. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

CONCLUSIONES

Un gran desafío del actual derecho mercantil finca en la comprensión del fenómeno circulatorio de bienes y servicios, en el cual la empresa constituye de modo incontrastable uno de los términos de cada relación jurídica que lo compone. Y con ello se trastoca el criterio objetivo para atender al protagonismo que asume la empresa como movilizadora de la actividad comercial.

A lo largo de ésta investigación se encontró como los emprendimientos empresariales van modificando su estructura en forma paulatina. Fenómenos como la globalización económica, la integración regional, la interrelación entre los distintos agentes económicos, etc., van determinando nuevas pautas de negociación y de contratación que causan honda influencia dentro del marco jurídico regulatorio.

El fenómeno de la contratación interempresarial, obedece a razones y necesidades prácticas, como la de crear circunstancias favorables para una mayor producción y distribución de bienes y servicios en el mercado, que por una parte ayuda al desarrollo empresarial y, por otro, beneficia a los usuarios.

Dentro de tal contexto se encuentra el contrato de outsourcing, que ha sido una creación fáctica de los empresarios, que han buscado una forma de expresar la

voluntad de organizar una empresa según las circunstancias que en cada caso se enfrentan.

El outsourcing ha surgido como estrategia de gestión para mejorar la competitividad y constituye un excelente recurso para la empresa moderna, ya sea del sector público o privado. En efecto, el outsourcing se está imponiendo en la mayoría de empresas como una forma eficaz de mejorar su eficiencia en un entorno cada vez más competitivo. Este fenómeno viene motivado por decisiones de tipo estratégico (especialización en competencias esenciales), financiero (conversión de costos fijos en variables) y de control tecnológico (cada vez más problemático debido al desenfrenado ritmo de aparición y evolución de las tecnologías de la información y las comunicaciones).

El contrato de outsourcing es una figura que presenta amplias formas y contenidos que facilitan su adaptación y utilización en diversos negocios y sectores, esto lo hace un negocio jurídico atractivo para operar en un mercado de continua expansión. Ciertamente, se presenta como una alternativa simple y flexible para obtener mejores y más económicos y eficientes beneficios permitiendo la concentración de los esfuerzos en las actividades esenciales de la empresa a fin de obtener competitividad y resultados tangibles, mediante la externalización de sectores como el de las telecomunicaciones, las asesorías jurídicas, contables, etc., para con ello poder competir eficientemente en un mercado de apertura, desregulación y libre competencia.

Así entonces, el contrato de outsourcing es hoy en día un negocio global, y son indudables los beneficios que esta práctica ha traído y traerá al mundo comercial. Por ejemplo, se reducirán y compartirán los riesgos gracias a un mayor flujo de información; se crearán nuevas oportunidades de crecimiento para los empleados; y, mejorará el estado de la economía, pues las compañías estarán dispuestas a pagar por servicios más especializados.

Sin embargo, el outsourcing es sin lugar a dudas un tema controversial; de hecho, se le considera la causa de la mudanza de empleos de un empleador a otro e inclusive de un país a otro.

En Colombia no existe una regulación legislativa de la figura. El derecho positivo nacional reconoce la libertad contractual, que supone la posibilidad de celebrar contratos, ya sea que estén estructurados y regulados por el orden legal, o que sean contratos en los que las partes determinan libremente su contenido. De este modo, podemos hablar de contratos típicos y de contratos atípicos.

Sin perjuicio de lo anterior, destacamos la orfandad legislativa de nuestro derecho positivo, exigiendo su reforma, tendiente a la incorporación de esta moderna, pero masiva forma de contratación a fin de terminar con el debate consignado.

Asimismo, el outsourcing ha sido una figura contractual, poco estudiada por la jurisprudencia y la doctrina nacional, salvo algunos intentos reseñados en este trabajo.

Desde el punto de vista de la práctica mercantil, esta modalidad comercial es reciente en nuestro país; sin embargo, sus variedades según los sujetos contratantes, el objeto de la operación, los servicios contratados, se van multiplicando. Empero, no olvidemos que el outsourcing es un contrato producto de la experiencia del common law que contiene principios tan distantes para nuestro uso habitual de las instituciones. Por lo tanto, la intención y sentido que desean las partes cuando celebran el contrato, hace que sea imperiosamente necesario colocar cláusulas que expliquen cuál es la motivación de los contratantes, toda vez que ello sirve más adelante para que el juez o el árbitro interpreten el contrato.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, Joseph Antoni. La subcontratación de servicios logísticos. Barcelona: Logis Book, 2001.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Curso de Derecho civil. De las Obligaciones. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1951, t. III.

ALJURE SEFAIR, Sandra. Diseño y aplicación de la Metodología de Outsourcing para el Proceso de Compras en Suits 101 Park House. Tesis de Grado. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, 1999.

APARICIO PÉREZ, Juan Carlos y PEDRAJAS MORENO, Abdón. La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión Interdisciplinar. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2002.

APARICIO VAQUERO, Juan Pablo. La nueva contratación informática. Introducción al outsourcing de los sistemas informáticos. Granada: Editorial Comares, 2002.

ARCE GARGOLLO, Javier. Contratos mercantiles atípicos. México: Editorial Trillas, 1994.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Segunda edición. Bogotá D.C.: Biblioteca Jurídica Dike, 1992.

ASPRILLA MOSQUERA, Franklin. El outsourcing en la comercialización. Bogotá: Editorial Tercer Mundo Editores, 2005.

BALLARIN, Eduard; CANALS, Jordi y FERNÁNDEZ, Pablo. Fusiones y adquisiciones de empresas. Un enfoque integrador. Madrid: Editorial Alianza, 1994.

BARRERA GRAF, Jorge. Las sociedades en derecho mexicano. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.

BARBERO, Domenico. Sistema del derecho privado. Buenos Aires: Editorial Ejea, 1967, v. 1. Traducido por SENTIS MELENDO, Santiago.

BARBIERI, Pablo C. Contratos de Empresa. Buenos Aires: Editorial Universidad S.L.R., 1998.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo et al. Tratado de Contratos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, t. I.

BASTO TIGRE, Paulo *et al.* Outsourcing y clusters de software en Argentina y Brasil. México: Centro internacional de Investigaciones para el desarrollo, 2009.

BELTRÁN, José Manuel de Carlos. El outsourcing como técnica de gestión alternativa y su regulación contractual. En: Derecho de los Negocios. Madrid, No. 32 (febrero de 1998).

BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones. Madrid: Revista del Derecho Privado, 1970. Traducido por DE LOS MOZOS, José Luis.

----- . Teoría General del negocio jurídico. Madrid: Editorial Comares, 2001. Traducido por MARTÍNEZ PÉREZ, Antonio.

BORJA SORIANO, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Décimo sexta edición. México: Editorial Porrúa, 1998.

BRANCA, Giuseppe. Instituciones de Derecho Privado. México D.F.: Editorial Porrúa S.R.Ltda., 1978. Traducido por MACEDO, Pablo.

BRAVARD, Jean-Louis y MORGAN, Robert. La externalización inteligente. Barcelona: Ediciones Deusto, 2007. Traducido por GIL SAN MILLÁN, Esther.

BRECCIA, Umberto et al. Derecho Civil. Hechos y actos jurídicos. Santa Fe de Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1992, t. I, v. II. Traducido por HINESTROSA, Fernando.

BRIAN HEYWOOD, J. El dilema del outsourcing. La búsqueda de la competitividad. Madrid: Prentice Hall, 2002.

BROSETA PONT, Manuel. La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil. Madrid: editorial Tecnos, 1965.

BUERES, Alberto J. y HIGHTON, Elena I. Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Buenos Aires: Editorial Hammura, t. 1-2B, 1998.

CABANELLAS, Guillermo y KELLY, Julio Alberto. Contratos de Colaboración Empresaria. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1973.

CARDOZO CUENCA, Hernán. Cooperativas de trabajo asociado. Aspectos jurídicos, contables y estadísticos. Bogotá D.C.: Ecoe Ediciones, 2005

CASANOVAS, August. Estrategias avanzadas de compras y aprovisionamientos. Lean Buying y Outsourcing. Profit Editorial, 2011.

CHULIÀ VICENT, Eduardo y BELTRÁN ALANDETE, Teresa. Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos. Aspectos jurídicos de los contratos atípicos. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999, t. I.

COMPAGNUCCI DE CASO, Ruben H. El negocio jurídico. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 31 de mayo de 1938. En: Gaceta Judicial, t. XLVII, p. 570.

----- . Sala de Casación Civil. Sentencia de octubre 18 de 1972.

----- . Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de octubre de 2001, M.P. Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

----- . Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de diciembre de 2002, M.P. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

----- . Sala de Casación Laboral. Sentencia de 8 de mayo de 1961. En: Gaceta Judicial, t. 2240, p. 1032.

----- . Sala de Casación Laboral. Sentencia del 21 de febrero de 2006, radicación No. 25.717.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-338 de 24 de agosto de 1993. M.P. Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

----- . Sentencia C-330 de 1995. M.P. Dr. JORGE ARANGO MEJÍA.

----- . Sentencia SU-090 de febrero 2 de 2000. M.P. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

CONSTANTIN DE NICHOLLS, Talia y TRUJILLO GARCÍA, Jaime. El Know—how. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1986.

DE BUEN LOZANO, Néstor. La decadencia del contrato. México: universidad Autónoma de México, 1965.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. El negocio jurídico. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

DIAZ-AMBRONA BARDAJI, M. D. Los contratos atípicos. En: Actualidad Civil. Madrid: La Ley, 1998, No. 1998-2.

DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Madrid: Editorial Tecnos, 1979, t. I.

DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. Instituciones de Derecho Civil. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, t. I.

ESCRICHUELA MORALES, Francisco Javier. La contratación del sector público. Madrid: Editorial La Ley, 2007.

ESPAÑA, TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Civil. Sentencia del 10 de junio de 1929.

----- . Sentencia del 11 de diciembre de 1960.

----- . Sentencia del 11 de marzo de 1965.

----- . Sentencia del 10 de abril de 1985.

----- . Sentencia del 22 de diciembre de 1992.

----- . Sentencia del 21 de mayo de 1992.

----- . Sentencia del 2 de octubre de 1999.

----- . Sentencia del 2 de junio de 2000.

----- . Sentencia del 10 de noviembre de 2008.

ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005.

----- . Derecho Comercial y económico. Obligaciones y contratos comerciales. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005.

FARINA, Juan M. Contratos Comerciales Modernos. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999.

FARINA, Juan M. El contrato de sociedad dentro de los contratos de colaboración. Las “sociedades” entre abogados. En: Derecho empresario actual. Homenaje al doctor Raymundo L. Fernández. Cuadernos de la Universidad Austral, No. 1.

FERRARA, Cariota. El negocio jurídico. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956. Traducido por ALBALADEJO, Manuel.

FERRI, Luigi. La autonomía privada. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. Traducido por SANCHO, Miguel.

FLORIS MARGADANT, Guillermo. El derecho privado romano. Quinta edición. México: Esfinge, 1974.

FONTANARROSA, Rodolfo O. Derecho comercial argentino. Buenos Aires: Editorial Zavalía, 1956, t. II.

FÓRNEAS CARRO, José Ramón. Outsourcing. La Coruña: Netbiblo, 2008.

FUBINI, Ricardo. Contribución al estudio de los contratos complejos (Llamados mixtos). Madrid: Revista de Derecho Privado, 1931. Traducido por POLO, A.

GAMBIER, Alfredo y CASELLA, Daniel Alejandro. El outsourcing. El outsourcing informático. Material proporcionado en el postgrado de Derecho Informático modalidad a distancia de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1999.

GÁZQUEZ SERRANO, Laura. El Contrato de Mediación o Corretaje. Madrid: La Ley, 2007.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen. Estructura y función del tipo contractual. Barcelona: Editorial Bosch, 1979.

GHERSI, Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Partes general y especial. Cuarta edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998, t. II.

GIDRÓN, Gil y RUEDA, Basilio. Nuevos modelos de gestión empresarial. Madrid: Círculo de Empresarios, 1998.

GIMBERT, Xavier. El enfoque estratégico de la empresa: Principios y esquemas básicos. Bilbao: Ediciones Deusto, 2003.

GRANDA, F. E. y SMOLJE, A. R. Outsourcing: herramientas para el análisis económico y estratégico. En: Costos y Gestión, Iapuco, No. 25 (septiembre de 1997).

GUYENOT, Jean-Pierre. Los Grupos de Interés Económico. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1973.

HINESTROSA, Fernando. Derecho Civil. Obligaciones. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

------. Función, límites y cargas de la autonomía privada. En: Estudios de Derecho Privado. Homenaje al Externado en su Centenario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1986.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, t. I.

JARILLO, José Carlos. La lógica estratégica. Bilbao: Ediciones Deusto, 2002.

JORDANO BAREA, Juan B. Los contratos atípicos. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1953.

KUMMEROV, Gert. Algunos problemas fundamentales del contrato por adhesión en el derecho privado. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1955.

LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil. Parte General. Décimo séptima edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001, t. II.

LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. Contratos Internacionales de Transferencia de Tecnología. El Know-how. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. Teoría de los contratos. Parte general. Buenos Aires: Zavalía, 1981.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores, 1999, t. I.

LOZANO NORIEGA, Francisco. Cuarto Curso de derecho civil. México: Asociación Nacional del Notariado, México, 1984.

MARCUCCI DÍAZ-GRANADOS, César Rafael. Panorama contextualizado del derecho laboral sustancial colombiano. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Cooperativa de Colombia, 2005.

MARCUSE, Robert. Diccionario de términos financieros y bancarios. Cuarta edición. Bogotá D.C.: Ecoe ediciones, 2002.

MASSAGUER. José. El Contrato de Licencia de Know—how. Barcelona: Librería Bosch, 1989.

MATA, Santiago. Outsourcing: el futuro de la empresa. Madrid: Ecopress Ediciones, 1997.

MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, t. I. Traducido por FONTANARROSA, R. O.

MEZZERA ALVAREZ, Rodolfo. Curso de derecho comercial. Tercera edición. Montevideo: Editorial Medina, 1957, t. I

MONDY, R. Wayne y NOE, Robert M. Administración de Recursos Humanos. Novena edición. México: Pearson Educación, 2005.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al Derecho. Sexta edición. Bogotá: Editorial Temis, 1983.

MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal civil. Parte General. Octava edición, Bogotá: Editorial ABC, 1983, t. I.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1995.

ORGAZ, Alfredo. Hechos y actos o negocios jurídicos. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia Editor, 1963.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Cuarta edición. Bogotá: Editorial Temis, 1987.

OSPINA FERNADEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del contrato y del negocio jurídico. Sexta edición. Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2000.

PABLOS HEREDERO, Carmen de *et al.* Dirección y gestión de los sistemas de información en la empresa. Segunda edición. Madrid: Esic Editorial, 2006.

PÉREZ GARCÍA, Miguel y ARAGÓN DE PÉREZ, Victoria. Flexibilización Laboral y Outsourcing. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1999.

PESO NAVARRO, Emilio del. Manual de Outsourcing Informático: Análisis y Contratación. Segunda edición. Madrid: Informáticos Europeos Expertos, 2003.

PHILLIPS, Jack J. Invertir en el capital humano. Barcelona: Ediciones Deusto, 2006. Traducido por ATMETLLA, Emili.

RETIS AMAYA, Juan Manuel. Conflictos derivados de la celebración de contratos atípicos. En: CONFERENCIA SOBRE LOS CONTRATOS ATÍPICOS. (7º.: 2003: Bogotá D.C.). Acta de la Conferencia sobre los Contratos Atípicos. Bogotá D.C.: Colegio de Abogados de la Universidad Católica de Colombia, 2003

----- . El Contrato de Outsourcing. En: III CONFERENCIA SOBRE LOS CONTRATOS ATÍPICOS. (1º.: 2005: Bogotá D.C.). Acta de la III Conferencia sobre los Contratos Atípicos. Bogotá D.C.: Colegio de Abogados de la Universidad Católica de Colombia, 2005.

----- . Los contratos de empresa. Bogotá D.C.: CAUC, 2007.

RIPPE, Siegbert. Agroindustrias y Derecho Societario. Montevideo: Editorial Fundación de Cultura universitaria, 1990.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos Bancarios: Su Significación en América Latina. Tercera edición. Bogotá: Biblioteca Felaban, 1985.

RODRÍGUEZ RUÍZ DE VILLA, D. El contrato de corretaje inmobiliario: los agentes de la propiedad inmobiliaria. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2000.

ROTHERY, Brian y ROBERTSON, Ian. Outsourcing: La subcontratación. México: Editorial Limusa, S.A., 2000.

RUÍZ DE VELASCO Y DEL VALLE, Adolfo. Manual de Derecho Mercantil. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1996.

RUIZ SERRAMALERA, Ricardo. El negocio jurídico. Madrid: universidad Complutense, 1980.

SALERNO, Marcelo. Contratos civiles y comerciales. México: Oxford University Press, 2002.

SENTIS MELENDO, S. y VOLTERRA, M.; SCOGNAMIGLIO, Renato. Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004. Traducido por LEÓN, Leysser L.

SIERRALTA RÍOS, Aníbal. Joint Venture Internacional. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1997.

SIMONE, Juan Sebastián y NIETO, Marcelo. Outsourcing: perspectiva jurídica. Buenos Aires: Editorial Zavalía, 1998.

SCHNEIDER, Ben. Outsourcing: La herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Norma, 2004.

STOLFI, Giuseppe. Teoría del Negocio Jurídico. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. Traducido por SANTOS BRIZ, Jaime.

TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones. Teoría del acto jurídico y otras fuentes. Cuarta edición. Santa Fe de Bogotá D.C.: Editorial Temis, 1994.

THUROW, Lester. La guerra del siglo XXI. Buenos Aires: Editorial Vergara, 1992.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Parte General y Personas. Décima Edición. Bogotá: Editorial Temis, 1984, t. I.

WILDE, Hugo. Contratos de la Empresa Agraria. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, 2001.

WINDSCHEID, B. y KIPP, Theodor. Tratado de Derecho Civil alemán, (Derecho de Pandectas). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1976, t. I. Traducido por HINESTROSA, Fernando.

ANEXO 1
CARTA DE ENTREGA Y AUTORIZACIÓN DE LOS AUTORES PARA LA CONSULTA, LA REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO DE TESIS Y TRABAJOS DE GRADO

Barranquilla, Fecha

Marque con una X

Tesis Trabajo de Grado

Yo **MERY NICOLASA MARTINEZ SUAREZ**, identificado con C.C. No. 30.562.647, actuando en nombre propio y como autor de la tesis y/o trabajo de grado titulado **EL CONTRATO DE OUTSOURCING EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA** presentado y aprobado en el año 2013 como requisito para optar al título de ABOGADO; hago entrega del ejemplar respectivo y de sus anexos de ser el caso, en formato digital o electrónico (DVD) y autorizo a la **UNIVERSIDAD DE LA COSTA, CUC**, para que en los términos establecidos en la Ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993, Decisión Andina 351 de 1993, Decreto 460 de 1995 y demás normas generales sobre la materia, utilice y use en todas sus formas, los derechos patrimoniales de reproducción, comunicación pública, transformación y distribución (alquiler, préstamo público e importación) que me corresponden como creador de la obra objeto del presente documento.

Y autorizo a la Unidad de información, para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad de la Costa, CUC, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera:

Los usuarios puedan consultar el contenido de este trabajo de grado en la página Web de la Facultad, de la Unidad de información, en el repositorio institucional y en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la institución y Permita la consulta, la reproducción, a los usuarios interesados en el contenido de este trabajo, para todos los usos que tengan finalidad académica, ya sea en formato DVD o digital desde Internet, Intranet, etc., y en general para cualquier formato conocido o por conocer.

EL AUTOR - ESTUDIANTES, manifiesta que la obra objeto de la presente autorización es original y la realizó sin violar o usurpar derechos de autor de terceros, por lo tanto la obra es de su exclusiva autoría y detenta la titularidad ante la misma. **PARÁGRAFO:** En caso de presentarse cualquier reclamación o acción por parte de un tercero en cuanto a los derechos de autor sobre la obra en cuestión, **EL ESTUDIANTE - AUTOR**, asumirá toda la responsabilidad, y saldrá en defensa de los derechos aquí autorizados; para todos los efectos, la Universidad actúa como un tercero de buena fe.

Para constancia se firma el presente documento en dos (02) ejemplares del mismo valor y tenor, en Barranquilla D.E.I.P., a los 21 días del mes de **MARZO** de Dos Mil **TRECE** 2013

EL AUTOR - ESTUDIANTE. _____

FIRMA

ANEXO 2
FORMULARIO DE LA DESCRIPCIÓN DE LA TESIS O DEL TRABAJO DE GRADO

TÍTULO COMPLETO DE LA TESIS O TRABAJO DE GRADO:

EL CONTRATO DE OUTSOURCING EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

SUBTÍTULO, SI LO TIENE:

AUTOR AUTORES

Apellidos Completos	Nombres Completos
MARTINEZ SUÁREZ	MERY NICOLASA

DIRECTOR (ES)

Apellidos Completos	Nombres Completos
PEÑA SALOM	ALFREDO

JURADO (S)

Apellidos Completos	Nombres Completos
ALVAREZ PERTUZ	ALICIA
PEÑA SALOM	ALFREDO

ASESOR (ES) O CODIRECTOR

Apellidos Completos	Nombres Completos
ROMERO BARRAZA	FRANCISCO

TRABAJO PARA OPTAR AL TÍTULO DE: **ABOGADO**

FACULTAD: DERECHO

PROGRAMA: Pregrado Especialización _____

NOMBRE DEL PROGRAMA : DERECHO

CIUDAD: Barranquilla AÑO DE PRESENTACIÓN DEL TRABAJO DE GRADO: 2013

NÚMERO DE PÁGINAS - 167

TIPO DE ILUSTRACIONES:

 Ilustraciones
 Láminas
 Retratos
 Tablas, gráficos y diagramas

 Planos
 Mapas
 Fotografías

MATERIAL ANEXO (Vídeo, audio, multimedia o producción electrónica):

Duración del audiovisual: _____ minutos.

Número de casetes de vídeo: _____ Formato: VHS ___ Beta Max ___ ¾ ___ Beta Cam ___ Mini DV ___

DV Cam ___ DVC Pro ___ Vídeo 8 ___ Hi 8 ___

Otro. Cuál? _____

Sistema: Americano NTSC _____ Europeo PAL _____ SECAM _____

Número de casetes de audio: _____

Número de archivos dentro del DVD (En caso de incluirse un DVD diferente al trabajo de grado):

PREMIO O DISTINCIÓN (*En caso de ser LAUREADAS o tener una mención especial*):

DESCRIPTORES O PALABRAS CLAVES EN ESPAÑOL E INGLÉS: Son los términos que definen los temas que identifican el contenido. (*En caso de duda para designar estos descriptores, se recomienda consultar con la Unidad de Procesos Técnicos de la Unidad de información en el correo biblioteca@cuc.edu.co, donde se les orientará.*)

ESPAÑOL

OUTSOURCING
RECURSOS
EMPRESA
EFICIENCIA
COMPETITIVIDAD
ESTRATEGIA
COMPETENCIAS

INGLÉS

OUTSOURCING
RESOURCES
COMPANY
EFFICIENCY
COMPETTIVENESS
STRATEGY
COMPETIONS

RESUMEN DEL CONTENIDO EN ESPAÑOL E INGLÉS:(Máximo 250 palabras-1530 caracteres):

El outsourcing ha surgido como estrategia de gestión para mejorar la competitividad y constituye un excelente recurso para la empresa moderna, ya sea del sector público o privado. En efecto, el outsourcing se está imponiendo en la mayoría de empresas como una forma eficaz de mejorar su eficiencia en un entorno cada vez más competitivo. Este fenómeno viene motivado por decisiones

de tipo estratégico (especialización en competencias esenciales), financiero (conversión de costos fijos en variables) y de control tecnológico (cada vez más problemático debido al desenfrenado ritmo de aparición y evolución de las tecnologías de la información y las comunicaciones).

ABSTRACT

The outsourcing has emerged as a management strategy to improve the competitiveness and it constitutes an excellent resource for the modern company, either of the public sector or private. Indeed, the outsourcing is imposing in most of companies like an effective form of improving its efficiency in a more and more competitive environment. This phenomenon comes motivated by decisions of strategic type (specialization in essential competitions), financial (conversion of fixed costs in variables) and of technological control (more and more problematic due to the wild appearance rhythm and evolution of the technologies of the information and the communications).

Key words: Outsourcing, Resources, Company, Efficiency, Competitiveness, Strategy, Competitions.