
Notas jurídicas sobre el contrato de *outsourcing*

Jorge Tovar Velarde
Abogado.

1 El *outsourcing* como fenómeno de gestión empresarial.

Este concepto, designado con un vocablo del idioma inglés, se conoce también, en castellano, como “tercerización de procesos”. La palabra inglesa alude a la utilización por una empresa de determinados servicios o apoyos de una fuente externa (*out* = fuera; *source* = fuente, origen, principio). Según el diccionario, significa la compra (o adquisición) de bienes fuera de la propia empresa.

Antes de entrar a su concepto legal y definir la relación contractual que se establece con este negocio entre dos empresas, haremos una breve explicación, para que se entienda a qué nos estamos refiriendo.

En la concepción tradicional de la empresa, el empresario procura organizar dentro de su empresa todos los factores o elementos que necesita para que funcione. Así, tiene un área que realiza la producción principal u objeto de la empresa, que puede ser la fabricación de algún producto o de un complejo de productos; y tiene una serie de áreas de la organización que contribuyen a ese objeto principal: una adquiere los insumos; otra vende los productos; otra se encarga de la publicidad y propaganda; otra enfrenta los problemas legales; otra atiende las relaciones con la autoridad tributaria; otra organiza un sistema de cómputo informático; otra cuida la protección ambiental; otra lleva la contabilidad; otra vigila el total de las operaciones; otra da mantenimiento y repara los equipos y máquinas; otra cuida el local y bienes para darles seguridad contra robos, asaltos o terrorismo; otra se encarga de la limpieza; otra cuida la salud del personal; otra cuida del bienestar del personal y promueve el buen trato de la empresa con sus empleados; otra se encarga de administrar el pago de planillas; y así siguiendo, pueden enumerarse varias secciones, organizadas con la idea central y original de que la empresa debe bastarse a sí misma; y debe contar con todos los elementos necesarios para conducir su actividad y negocios.

Por supuesto que la autarquía o autosuficiencia de la empresa es utópica y no se da o, en todo caso, es muy raro que se dé en la práctica. En la isla de Mallorca, comarca de Esporles, existe un antiguo establecimiento agrícola, una granja, que actualmente es un museo, en que vemos casi realizado a plenitud este concepto de la empresa autárquica. Esta antigua granja, ahora inactiva y dedicada a museo, muestra cómo en la época en que trabajaba, realizaba una serie de actividades que cubrían las necesidades de sus miembros y trabajadores casi en su integridad. Vemos allí, que, aparte de su propia producción agrícola y derivada, como la fabricación de quesos y mantequilla; o la de vinos, tenía otras secciones dedicadas a la producción para el auto abastecimiento: panadería, hilandería, tintorería, telares, zapatería, herrería, hojalatería, molino con fuerza hidráulica y otras más, que procuraban cubrir las necesidades de una población confinada en una zona rural escasamente comunicada con algún núcleo urbano. El museo exhibe la maquinaria y equipos, del siglo XIX o principios del siglo XX, que se empleaban en la explotación y en las diversas actividades integradas.

Otro ejemplo de empresas autárquicas o con tendencia a la autarquía son las grandes empresas mineras, que establecen “campamentos” de explotación en lugares remotos en la Cordillera, difícilmente accesibles; y lejanos de los centros urbanos. En estos campamentos, que Alfonso de los Heros denomina “enclaves”, la empresa proporciona prácticamente todo: alojamiento, atención médica, hospitalización, alimentación, entretenimiento, productos necesarios para la familia, etcétera. En forma similar, las explotaciones petroleras, como aquella de la IPC que dio principio a la ciudad de Talara.

Sin llegar a estos ejemplos extremos, la empresa tradicional trataba de concentrar bajo su propia gestión un complejo muy amplio de actividades y servicios, como hemos descrito en el tercer párrafo que antecede.

Por supuesto que lo normal es que estas empresas, aun cuando traten de concentrar o integrar al máximo

las actividades y servicios que necesitan, siempre tengan que recurrir a fuentes externas de abastecimiento o insumos. Hay una serie de productos necesarios para su propia producción o administración que no dudan en adquirirlos a terceros. Por ejemplo, por muy absorbente que sea, el empresario no pretenderá fabricar el papel que necesita para su correspondencia, aunque sí es posible que decida comprar papel en resmas y cortarlo o fabricar sus sobres impresos y sus membretes dentro de su propia organización. De hecho, muchos insumos los tiene que comprar normalmente a terceros, lo que no implica que ello esté incluido en el fenómeno de la “tercerización de procesos”.

El fenómeno del *outsourcing* surge cuando ciertos empresarios advierten que algunas de las tareas que realizan con su propia organización, y que tradicionalmente son tareas propias de la gestión o administración de la empresa, podrían ser efectuadas a menor costo y con mayor eficiencia si se extraen de la propia empresa y se confían a un tercer empresario, que se especializa en esa clase de tareas. No nos referimos a la simple compra de insumos o materiales necesarios; sino al desempeño de tareas de la administración o, incluso, de la producción y ventas de la empresa⁽¹⁾.

Un ejemplo sencillo es la contratación del servicio de seguridad. Un banco, por ejemplo, puede optar por contratar a uno o más oficiales retirados de la policía o de las fuerzas armadas, expertos en cuestiones de inteligencia y seguridad, para que organicen internamente un departamento de seguridad. Estos expertos diseñarán la organización y los métodos de seguridad y reclutarán un personal de guardianes, vigilantes, investigadores, etcétera; probablemente ex policías, para establecer el sistema de seguridad y protección del banco. Pero existe otra solución: contratar a una empresa de seguridad, externa y ajena a la propia empresa. Es probable que con esta alternativa el banco obtenga mayor protección a menor costo y con más eficiencia.

La contratación de terceros para la realización de tareas específicas de la gestión empresarial se aplica de preferencia a labores o procesos complejos que requieren especialización y uso de tecnología avanzada. Las áreas más propicias para este tipo de solución son la informática; la contabilidad; la asesoría jurídica; los

archivos; el procesamiento de datos y documentos. Estas son sólo algunas, pues la empresa puede decidir confiar a un tercero incluso una etapa o rubro del proceso de producción⁽²⁾. El empresario, en estos casos, elimina o reduce al mínimo las secciones internas de su organización dedicadas a estas labores; y contrata un *outsourcing*, es decir una empresa especializada que le descargue de ellas.

2 El *outsourcing* como contrato especial.

La relación entre la empresa que requiere el apoyo externo, a la que llamaremos la **empresa cliente o usuaria**; y la empresa especializada que se hace cargo de las tareas, a la que podemos llamar la **empresa contratada, empresa contratista o empresa de outsourcing**, es sin duda una relación consensual contractual, que se sustenta en un contrato celebrado entre ambas, ya sea tal contrato formal, mediante un documento así denominado; ora convenido mediante intercambio de correspondencia por cualquier medio; ora, incluso, aceptado en forma verbal. Lo cierto es que se establece un contrato entre la empresa contratista y la empresa cliente o usuaria.

No existe en nuestro derecho una figura regulada por la ley que se denomine “contrato de *outsourcing*” o nombre similar. A diferencia de contratos como el fideicomiso, y el *leasing*, que sí cuentan con regulación legal, el *outsourcing* no ha sido materia de atención directa del legislador.

Esto no significa que no pueda, en la práctica, prepararse y celebrarse un contrato especial que se denomine así. Lo único que significa es que tal tipo de contrato no encaja en alguno de los previstos en el Código Civil o en leyes especiales.

Para quienes no han estudiado Derecho, es conveniente aquí una aclaración.

Hay un grupo de contratos que la doctrina, la historia, la costumbre y las legislaciones han diseñado y que habitualmente son configurados y regulados en los códigos y leyes. Estos contratos se llaman **contratos nominados** y también contratos típicos. Son de esta clase la compra venta, el arrendamiento, el mandato, la permuta, la fianza y otros más, cuyas características y reglas están en la legislación.

(1) Ben Schneider dice en su reciente libro: “(...) es lógico pensar que uno de los obstáculos más grandes para el despegue de una organización, de cualquier tipo o tamaño, lo constituyen el cúmulo de funciones ajenas a su verdadero objetivo.” SCHNEIDER, Ben. *Outsourcing. Compartiendo el conocimiento*. Lima: Apoyo, 2002. p. 32.

(2) Peter Bendor-Samuel dice que “el *outsourcing* se da cuando una organización transfiere la propiedad de uno de sus procesos a un tercero”. Peter Bendor-Samuel citado por SCHNEIDER, Ben. Op. cit.: p. 33.

Pero nuestro derecho consagra la plena libertad de contratación. Las partes contratantes pueden diseñar sus contratos tales como ellas los deseen, sin que tengan que darle un nombre ni ceñirse a alguna de las figuras contractuales establecidas en los códigos y leyes. Estos contratos especiales, hechos a la medida de las necesidades de las partes, son los **contratos innominados** o atípicos. Son tan válidos como los nominados, siempre que sus estipulaciones no violen alguna norma legal de orden público, es decir alguna prohibición o alguna obligación expresa de la ley. Para ser más exactos, el contrato es innominado cuando ni la ley ni las partes le han puesto nombre; y es atípico cuando no encaja en alguna de las figuras legisladas por el código o por leyes especiales. En rigor, entonces, el contrato de *outsourcing* sería un contrato nominado pero atípico.

Entonces, para establecer las relaciones contractuales entre la empresa usuaria y la empresa contratista o contratada, para la realización de una labor de *outsourcing*, puede seguirse dos posibles vías:

- a) Acogerse a alguna figura de **contrato nominado y típico** que exista en el código; o
- b) Diseñar un contrato especial, a la medida de los requerimientos de las partes; no previsto en el código y, por tanto, un **contrato atípico**, aun cuando podría resultar nominado si las partes lo designan en el documento como “contrato de *outsourcing*”.

3 El *outsourcing* como contrato nominado de prestación de servicios.

En mi opinión, la relación contractual que sustenta un *outsourcing* puede ser encuadrada perfectamente dentro de alguna de las figuras de contratos nominados que forman el grupo de los contratos de prestación de servicios.

La definición genérica del contrato de prestación de servicios, en el artículo 1755 del Código Civil, puede expresarse en la forma que sigue:

“Contrato por el cual una parte, denominada comitente, conviene con otra, llamada prestador, que le proporcione ciertos servicios o su resultado”.

Este es el concepto amplio del contrato de prestación de servicios. Dentro de este género se han diseñado algunas modalidades o especies del mismo, que son clases especiales de contratos de prestación de servicios, con un contenido más concreto. De estas clases, nos interesan, en particular, dos tipos de contratos nominados y típicos: la locación de servicios; y el contrato de obra o locación de obra.

En efecto, según el Código Civil, hay dos clases principales de contratos de prestaciones de servicios. En la **locación de servicios**, el contratado presta su trabajo por un tiempo o para una labor determinada, a cambio de una retribución. El contratado o locador, en este caso, no ofrece ni se compromete a lograr un determinado resultado tangible; sólo se compromete a trabajar en forma adecuada y eficiente, pero no se obliga a un determinado producto de su trabajo. En el **contrato de obra**, también llamado de locación de obra, en cambio, el contratado o contratista se compromete a realizar y terminar una obra determinada (por ejemplo, construir una casa con ciertas características y de acuerdo a determinados planos y especificaciones; o realizar un retrato al óleo del contratante; o escribir su biografía).

En la **locación de servicios** la obligación del prestador o contratado (que en este contrato se denomina más concretamente locador) es realizar una determinada labor para el cliente (que aquí se llama comitente), durante un tiempo o para un determinado objeto, pero sin que el resultado de la tarea sea un compromiso pactado.

El artículo 1764 del Código Civil define esta modalidad de la prestación de servicios en la forma siguiente:

“Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución.”

Dos son las características de este contrato.

De una parte, el código recalca la carencia de subordinación o dependencia del locador o contratado, respecto del cliente o comitente. Esta característica distingue este contrato de los contratos laborales o de trabajo, en los cuales el contratado, que también en cierta forma es un locador de sus servicios, o sea que “alquila” sus servicios, queda sometido para realizar la prestación de ellos a las órdenes que le den el empleador o las personas que el empleador ha designado como jefes del empleado contratado.

En la locación de servicios, en cambio, se conviene en el contrato acerca de qué servicios, labores o tareas debe desempeñar el locador contratado; pero luego es el locador el que, bajo su propia responsabilidad y sin someterse a las órdenes de su contratante, cumple su obligación: es decir, realiza los trabajos, labores o tareas especificadas en el contrato, durante el tiempo establecido o mientras exista una tarea contratada pendiente. Por supuesto, se exige al contratado una determinada calidad y eficiencia en su trabajo. El

comitente puede reservarse el derecho de resolver el contrato si el desempeño del locador es deficiente. Pero no puede ordenarle que haga otra cosa que los trabajos contratados; tampoco le puede dar órdenes o instrucciones sobre la forma de cumplir su obligación. Sólo le puede observar u objetar si advierte que las labores son defectuosas. Ahora bien, no obstante esta distinción teórica, a veces puede ser difícil distinguir si hay o no subordinación del locador al comitente. Podría haber en algunos casos, contratos de locación de servicios que sean contratos laborales disimulados o disfrazados.

La segunda característica de este contrato, que lo distingue del de locación de obra, es que en el contrato de locación de servicios se pacta la prestación de labores o tareas por el locador, sin exigir un resultado concreto y tangible. Por ejemplo, un técnico en equipos de cómputo o una empresa técnica de este ramo pueden ser contratados, como técnicos independientes, sin subordinarse al comitente o cliente, para que revisen y reparen todos los desperfectos y solucionen todos los problemas técnicos que se presenten en los servidores, ordenadores o computadoras de una determinada empresa u oficina, recibiendo a cambio una retribución mensual fija o variable de acuerdo a ciertos indicadores. Los técnicos quedan obligados a prestar sus servicios con eficiencia, pero no se obligan a un determinado rendimiento o producto. No tienen nada que entregar como resultado o producto de su labor.

Este contrato es de carácter personal, en el sentido de que la prestación de los servicios la debe realizar el locador contratado y no otra persona. Pero el propio Código admite que el locador pueda realizar los trabajos valiéndose de auxiliares o ayudantes y sustitutos, si el contrato lo permite. De otro lado, el locador contratado

no necesariamente es una persona natural; puede ser una empresa constituida como persona jurídica, en cuyo caso la prestación personal se realiza por medio de los técnicos de tal empresa. Es perfectamente posible, por tanto, aplicar este contrato a las relaciones entre una empresa cliente o empresa usuaria; y una empresa de *outsourcing*. Esta última es el **locador** de servicios; mientras que su cliente es la empresa **comitente**.

El Código Civil es muy amplio y flexible en la regulación de este contrato. Las partes pueden pactar el contenido de las obligaciones del locador; y la forma de la retribución, sin salirse del molde del contrato de locación de servicios. Sólo hay que tener en cuenta que el plazo máximo del contrato es de seis años para servicios profesionales; y de tres años para otra clase de servicios. Pero si se pactan plazos mayores, sólo el locador o prestador de los servicios puede exigir que se reduzca el plazo al máximo permitido por la ley. El cliente debe respetar el plazo, aunque exceda el máximo indicado.

Considero que muchas de las relaciones del *outsourcing* pueden encuadrarse perfectamente en esta figura contractual.

La otra modalidad es el **contrato de obra o locación de obra**. La definición que da el artículo 1771 del Código Civil es la que sigue:

“Por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución.”

Como se ve, en este caso al locador o prestador del servicio se le denomina **contratista**; mientras que el cliente se sigue llamando **comitente**.

Aunque la definición no recalca en este caso la independencia o carencia de subordinación del contratista, ella es sin duda una de las notas de este contrato. El contratista es un empresario que se obliga a cumplir determinadas tareas, como en el caso del locador de servicios, manteniendo su autonomía empresarial; y sin subordinarse a su contratante, más que por los vínculos del contrato. En algunas legislaciones, como la de España y la de Brasil, se denomina a este contrato un contrato de empresa.

Como define Max Arias Schreiber Pezet, este contrato “es aquel por el cual dos partes se obligan en forma recíproca de modo tal que en tanto una de ellas se compromete a efectuar una obra, material o inmaterial, la otra está obligada a pagarle el precio convenido o que se determine, a satisfacerse en dinero”.

Considero que este es un contrato que encaja dentro de los contratos posiblemente aplicables en un *outsourcing*: el contrato de obra o de locación de obra.

El fenómeno del *outsourcing* surge cuando ciertos empresarios advierten que algunas de las tareas que realizan con su propia organización (...) podrían ser efectuadas a menor costo y con mayor eficiencia si se extraen de la propia empresa y se confían a un tercer empresario

también llamado de empresa o de industria, es un contrato, conforme al artículo 1771 del Código Civil y a la doctrina de la materia, en el que lo que el cliente o comitente solicita del contratista no es la mera realización de un trabajo, sino un determinado producto o resultado, con determinadas características, vale decir una **obra**. En otras palabras, determinados “entregables” o productos.

La “obra” puede ser un objeto concreto, como un edificio, o una fábrica industrial; o un retrato al óleo; pero también puede estar constituida por un complejo de bienes de varias clases: por ejemplo, determinados equipos de cómputo (bienes muebles físicos); programas informáticos originales: programas informáticos aplicados, desarrollados por el contratista (bienes de naturaleza intelectual entregados en un soporte físico, como el disco duro de un servidor); instalaciones, líneas y enlaces de telecomunicaciones; etcétera. El conjunto, diseñado, organizado, implantado, y puesto a punto de funcionamiento por el contratista, es la obra contratada.

De acuerdo con las características que deseen pactarse para los servicios del *outsourcing*, podría emplearse una u otra de las modalidades contractuales descritas de la prestación de servicios: ora el contrato de locación de servicios; ora el contrato de obra o de locación de obra. Este último es el pertinente cuando el locador o contratista se obliga a entregar determinado y concreto resultado, simple o complejo, que pueda ser considerado como una obra. Si no se prevé o exige un producto o resultado tangible y mensurable, el contrato será de locación de servicios.

Si por alguna razón, la relación que se desea establecer en el *outsourcing* escapa de la configuración típica de estas dos modalidades de contratos nominados; o bien se desea combinar ambas figuras para trazar un modelo mixto o ecléctico, pasamos a la alternativa siguiente.

3 El *outsourcing* como contrato innominado de prestación de servicios.

El artículo 1757 del Código Civil establece que también son contratos de prestación de servicios y se rigen por sus reglas generales los contratos innominados de “doy para que hagas” (*do ut facias*) y “hago para que des” (*facio ut des*).

Básicamente, ambos contratos son iguales; en el primer caso, una de las partes da a la otra determinado bien a cambio de que la otra parte ejecute un servicio u obra, o una combinación de ambos. En el segundo caso, la relación es igual, pero vista del lado del locador o

contratista: esta parte hace algo (una obra, un trabajo) para que la otra parte le entregue algún bien.

Además, acorde con la ya mencionada libertad de contratación, las partes del *outsourcing* pueden optar por diseñar y pactar un contrato *sui generis*, al que no tienen necesidad de darle un nombre (de allí que se conocen como contratos **innominados**) ni es preciso que encuadren o siquiera se parezcan a alguno de los contratos típicos que existen en el código; por lo cual son **atípicos**. El artículo 1354 del Código Civil establece que las partes pueden determinar libremente el contenido de los contratos, siempre que no se opongan a alguna norma legal imperativa.

Sin embargo, dada la naturaleza de las relaciones del *outsourcing* considero que es difícil que el contrato, por más atípico y especial que sea, no tenga una afinidad y semejanza esencial o bien con el contrato de locación de servicios; o bien con el contrato de obra.

Por ello, pienso que siempre que se redacte algún proyecto de contrato para regular las relaciones empresariales de *outsourcing*, debe tenerse en cuenta las normas generales del contrato de prestación de servicios; así como las de los referidos contratos nominados de locación de servicios y de obra.

4 El *outsourcing* como contrato nominado de intermediación laboral.

Hay cierto riesgo de que los contratos de *outsourcing* puedan ser interpretados y calificados como actos de “intermediación laboral”. Por ello, se requiere sumo cuidado en su diseño y efectiva realización.

El legislador peruano se muestra muy celoso y vigilante en materia de protección de los derechos de los trabajadores. Para ello, mira con ojos escrutadores y desconfiados los contratos en que, por una u otra modalidad, grupos de trabajadores desplazados de una tercera empresa realizan parte de las tareas de la empresa usuaria de sus servicios.

En la nueva Ley de Intermediación Laboral, que oficialmente se llama Ley que Regula la Actividad de las Empresas Especiales de Servicios y de las Cooperativas de Trabajadores, Ley No. 27626, se define las únicas modalidades permitidas de intermediación laboral; y se rechaza las otras. Cualquier violación de estas normas tiene como consecuencia principal que los trabajadores desplazados desde la empresa tercera (empresa especial) se considere que son en realidad trabajadores estables de la empresa usuaria.

De otro lado, queda prohibido que las labores que constituyen la actividad principal de la empresa usuaria

sean realizadas en forma permanente por personal destacado de las empresas de intermediación laboral o empresas especiales. La infracción determina que los trabajadores destacados pueden solicitar se les considere integrados como trabajadores permanentes en la empresa usuaria.

La Ley sólo permite tres clases de empresas especiales para la prestación de servicios de intermediación laboral (sin tomar en cuenta aquí las cooperativas de trabajadores, que no vienen al caso).

Las empresas especiales que realizan intermediación laboral son:

Las **empresas de servicios temporales**, destacan trabajadores a las empresas usuarias para situaciones coyunturales, de naturaleza ocasional, o para suplencias, tales como reemplazar trabajadores de vacaciones o enfermos o en descanso pre y post natal. No son de interés para nuestro tema.

Las **empresas de servicios complementarios**, destacan su personal a las empresas usuarias para labores o actividades accesorias o no vinculadas al giro del negocio de la usuaria. Tradicionalmente se ha considerado aquí a los servicios de seguridad y vigilancia; y de limpieza.

Las que nos interesan son las **empresas de servicios especializados**.

Según la Ley:

“Son aquellas personas jurídicas que brindan servicios de alta especialización en relación a la empresa usuaria que las contrata. En este supuesto, la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios especializados”.

Con esta definición y en el contexto de esta Ley de Intermediación Laboral, existe el peligro de confundir cualquier contrato de *outsourcing* (prestación de servicios) con la intermediación laboral.

Sin embargo, a mi juicio, hay diferencias o distinciones esenciales, que permiten que se sigan pactando contratos de *outsourcing* sin que ellos impliquen la realización de intermediación laboral.

En esta última figura -es decir en la intermediación laboral- la intervención de la empresa especial (empresa de intermediación laboral) se limita a destacar un grupo de trabajadores, que constituyen un equipo organizado y especializado de trabajo, en que se incluye personal operativo, de control, técnico y directivo, de tal modo que funcione para el cumplimiento de la labor contratada (por ejemplo, llevar el centro de cómputo; o la contabilidad), sin sujetarse a las directivas, órdenes o instrucciones de la gerencia de la empresa usuaria.

Si un determinado *outsourcing* se limitara a lo dicho, sería considerado una intermediación laboral. Por tanto, no podría realizarlo una empresa de servicios normal, sino que tendría que hacerlo una **empresa de servicios especializados**, inscrita y autorizada por el Ministerio de Trabajo, con una serie de requisitos; y con el objeto exclusivo de prestar esta clase de servicios.

Pero, a mi juicio, en el *outsourcing* hay algo más que simple destaque de personal especializado. La empresa prestadora de los servicios no se limita a enviar su personal para que labore en la empresa usuaria, sino que es la propia empresa prestadora la que realiza la labor contratada; para lo cual -y esto es importante como elemento o factor de distinción con la simple intermediación laboral- pone una serie de elementos que se agregan al personal; en especial pone los programas (*software*) e incluso los equipos (*hardware*) y otros diversos factores de la producción. Esto es especialmente patente en los contratos asimilados al contrato de obra; pero también pueden serlo en los de locación de servicios, siempre que el papel del locador no se limite a enviar personal técnico para que trabaje en la empresa usuaria.

En estos casos, aparte de las cláusulas del contrato, es esencial el examen de la realidad efectiva en el cumplimiento de las tareas. Es necesario que se den reales factores que distingan el *outsourcing* de la intermediación laboral, no simples formalismos contractuales, toda vez que la ley da la prioridad al principio de la primacía de la realidad, sobre la simple formulación de las cláusulas del contrato.

En mi opinión, esta distinción auténtica se puede dar en casos reales, de tal modo que es posible continuar realizando auténtico *outsourcing* empresarial que no se limite a un destaque de personal y que no pueda ser tachado como una disimulada intermediación laboral ilegal.

Estos contratos pueden hacerse al amparo del principio constitucional de la libertad de contratación y de empresa. Toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no contravenga normas de orden público (artículo 2, inciso 14 de la Constitución). El artículo 58 consagra la libertad de la iniciativa privada, dentro de una economía social de mercado. No hay razones que permitan al Estado interferir en la libre organización de las empresas y sus contratos. Sólo poderosas razones de orden público pueden restringir la libertad de contratar; y cuando la ley establezca estas restricciones, como ocurre con toda norma restrictiva, debe ser interpretada en sentido limitado, exclusivamente de acuerdo con su texto; sin extenderlo a otros supuestos o situaciones no previstas en la norma.

En el caso que nos ocupa, lo prohibido es la intermediación laboral que se realice fuera de la regulación de la ley. Pero cuando no se trata de intermediación laboral sino de algo distinto, dentro de la función empresarial del *outsourcing*, no debe considerarse prohibida ni comprendida en la legislación laboral.

El Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral ha venido a aclarar sin lugar a dudas esta situación. El artículo 4 del Decreto Supremo No. 003-2002-TR, trata de la tercerización de servicios, a la que excluye expresamente de las normas de la intermediación laboral. Los define como “contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa”. Y señala los elementos que sirven para identificar estos contratos y distinguirlos de la intermediación laboral.

5 El *outsourcing* y la Ley de Contrataciones del Estado.

El *outsourcing* es una modalidad de contratación de servicios integrales que encaja perfectamente en las normas de esta ley, Ley No. 26850, cuyo Texto Único Ordenado es el aprobado por el Decreto Supremo No. 012-2001-PCM.

Administrativamente, se encuadra dentro de las modalidades de la contratación de servicios (artículos 14 y 16 de la Ley y 14 del Reglamento), lo que no impide que las bases diseñen las obligaciones del contratista exigiéndole resultados concretos; ni que sea el contratista el que proporcione todos los elementos necesarios para la realización de los servicios. Incluso, es posible estipular que los bienes de activo fijo utilizados queden al final del contrato en beneficio de la entidad comitente; si bien esta estipulación puede no ser conveniente para la entidad.

6 Aplicación práctica de los “modelos” típicos o nominados de contratos de prestación de servicios.

Cualquiera de las alternativas indicadas es viable para diseñar y configurar un *outsourcing*. Nos referimos a las tres siguientes:

- a) Contrato nominado de locación de servicios;
- b) Contrato nominado de obra; o de locación de obra; y
- c) Contrato innominado; o en todo caso atípico (pero afín al género de prestación de servicios).

En efecto, si pasamos a intentar el diseño de determinada relación de *outsourcing*, para dotarla de

un soporte contractual, nos veremos ante la decisión de adoptar alguna de las modalidades referidas.

6.1 Objeto.

Lo esencial para determinar la naturaleza y alcances que ha de tener el contrato es fijar su preciso **objeto**.

Para ello, no debemos sentirnos atados por ninguna categoría o figura predeterminada, que nos obligue a ceñirnos a sus moldes. Lo que tenemos que hacer es preparar una lista o relación de las tareas que, según las necesidades del **contratante o comitente**, debería realizar el **contratado, locador o contratista**.

Una vez que tengamos esta lista y examinado lo que se le pide o demanda al contratado, podemos determinar si el contrato encaja como una **locación de servicios** o como una **locación de obra**; o si es una mezcla heterogénea de ambas figuras o contiene obligaciones de tal tipo que, al no encuadrarse plenamente en alguna de las dos figuras típicas descritas, constituye en realidad un **contrato innominado o bien un contrato atípico**.

Hay ejemplos muy claros y precisos que no dan lugar a confusión. Así por ejemplo, si lo que se desea es que el contratado ejecute los retratos al óleo de todos los miembros del directorio de la contratante o comitente; o que escriba la biografía del fundador de la compañía; no cabe duda de que nos encontraremos ante un **contrato de obra**. En ellos, lo que se persigue es un determinado resultado. El contratado, en este caso un artista o un escritor, deberá entregar determinados y precisos productos (“entregables”, para emplear la terminología informática): un determinado número de retratos, con ciertas dimensiones y características fijadas en el contrato; como óleo sobre tela; o un libro con una biografía del personaje señalado en el contrato. El contratado no podrá alegar que ya cumplió con su labor porque ha trabajado durante cierto tiempo; está obligado a terminar la obra contratada y entregar el producto acabado, en el plazo pactado.

En cambio sí, por ejemplo, el locador contratado tiene como obligación estipulada en el contrato, dedicarse a limpiar y pintar el edificio de la empresa durante un mes, empleando un mínimo de cinco pintores, durante la jornada ordinaria, en todos los días útiles de cada semana; sin estipularse que su obligación es pintar todo el edificio o un determinado número de metros cuadrados de paredes; el contrato encuadraría en uno de **locación de servicios**. Transcurrido el plazo estipulado, si el contratado efectivamente dedicó cinco hombres a limpiar y pintar en la forma pactada, habrá

cumplido con su contrato, aun cuando el edificio quede a medio pintar. Porque en este caso no se estableció como objeto del contrato una obra, producto o resultado específico; sino una actuación o **servicio**, que debe cumplirse con determinado nivel de calidad y eficiencia, pero sin estipular un resultado concreto.

Si, en otro ejemplo menos evidente, se contrata al locador para que se encargue de administrar el archivo del cliente, en el sentido de mantenerlo vigente y al día; ingresando todos los nuevos documentos que se le remitan de las áreas operativas; y prestando el servicio de ubicar y proporcionar a dichas áreas los documentos archivados que ellas necesiten en cada oportunidad; en este caso nos encontraremos ante un contrato de **locación de servicios**, toda vez que el contratado tiene una labor que realizar, pero no un producto u obra que terminar y entregar.

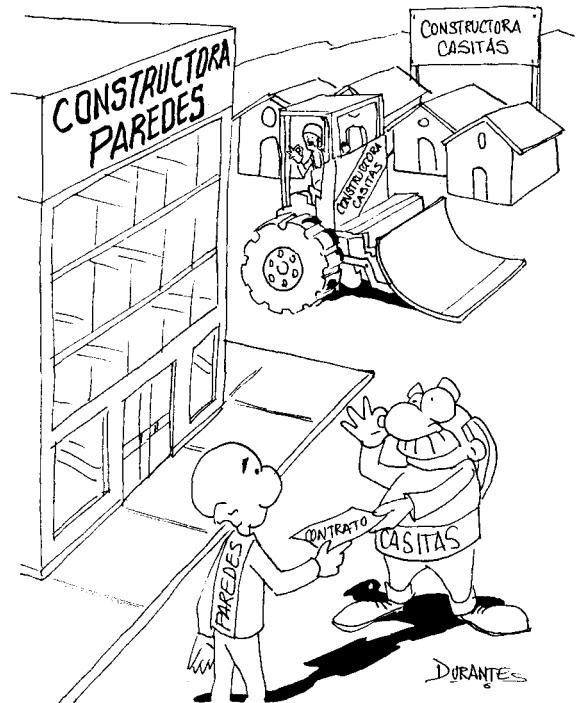
En cambio, si en el mismo ejemplo del archivo, se le contrata al **contratista**, para que realice la clasificación y ordenamiento de veinte mil archivadores; realizando sus índices; y la colocación de dichos archivadores en perfecto orden, numerados, limpios y forrados, en los correspondientes estantes; podremos hablar de un **contrato de obra**, pues se exige al contratista un resultado concreto: veinte mil expedientes o archivadores, ordenados, forrados, limpios y clasificados. Su labor consiste en lograr un resultado concreto.

En similar apreciación, un contrato para llevar la contabilidad de una empresa, normalmente encuadrará en uno de **locación de servicios**; mientras que un contrato para auditar los estados financieros de determinado ejercicio, encuadra mejor como **contrato de obra**, pues exige un producto final, que es el dictamen de auditoría, debidamente sustentado, que es un resultado específico. El auditor no cumple su contrato mientras no emita su dictamen.

Tratándose de empresas que ofrecen el servicio de *outsourcing*, estas modalidades son plenamente aplicables. El tipo de las obligaciones de la empresa contratada determina la naturaleza, modalidad y alcances del contrato.

Y si se trata de una serie compleja de obligaciones, en la que se dan ciertas obligaciones de servicio unidas a otras de entrega de ciertos productos o resultados; o bien se asimilará preferentemente el contrato a un **contrato de obra**; o bien se considerará un contrato de tipo mixto; que por no encuadrar exactamente en una u otra especie típica, será un contrato innominado o bien atípico, no por ello menos legal y válido que los otros.

Pero, es casi seguro que el contrato, al menos, podrá ser clasificado, si no en alguna de las especies



indicadas de contrato, sí en el concepto genérico de **prestación de servicios**.

Al respecto, en el ámbito internacional, se ha establecido la distinción entre el **contrato de resultados** (es decir, el contrato de obra) y el **contrato de medios** (es decir el contrato de locación de servicios). En el artículo 5.4 de los Principios de UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado), aprobados en 1995, se establece tal distinción en forma muy clara, mediante las definiciones siguientes:

“En la medida en que la obligación de una de las partes implique el deber de alcanzar **un resultado específico**, dicha parte estará obligada a obtener dicho resultado (...)

En la medida en que la obligación de una de las partes implique el deber de **desplegar los medios apropiados** en la ejecución de una actividad, dicha parte estará obligada a desplegar tales medios, tal como lo haría una persona razonable de la misma condición colocada en las mismas circunstancias. En este segundo caso, no está obligado a conseguir el resultado esperado por la parte que lo contrató.”

6.2 Carencia de subordinación.

Es esencial en una u otra modalidad, la que se elija, que aparezca meridianamente claro, no sólo en la letra

del contrato sino en la realidad de su ejecución, que no existe una subordinación del contratado (la empresa de *outsourcing*) con respecto a la empresa que requiere sus servicios. Es una relación entre iguales (*inter pares*). El contratante no es el patrono de la contratada; sino que el contratante es el cliente de la contratada.

En el contrato, el locador, contratista o contratado, adquiere una relación de obligaciones, que pueden ser simplemente servicios; o pueden ser obras o productos. Pero estas obligaciones las cumple libremente, de acuerdo con sus propios métodos, organización, personal y medios técnicos. No recibe instrucciones ni órdenes de su cliente ni de los gerentes o directivos de su cliente. Su relación con ésta es de empresa a empresa, una relación paritaria de dos partes contratantes, con sus respectivas obligaciones y derechos.

En otras palabras, no se establece una relación de derecho laboral entre las partes.

6.3 Retribución.

La contraprestación por los servicios o por las obras que el locador o contratista se obliga a prestar a su cliente, es ordinariamente una retribución en dinero.

Excepcionalmente, o en teoría jurídica, podría pactarse otra clase de contraprestación; por ejemplo, la entrega de un bien o de un conjunto de bienes. Esto no es lo normal. En tales casos se configuraría uno de los contratos innominados que hemos aludido de *do ut facias* (doy para que hagas) o *facio ut des* (hago para que des). Pero lo usual es la contraprestación en dinero.

El monto de la retribución; su determinación y forma de calcularla; y la forma y oportunidades del pago, son materia de libre acuerdo de las voluntades de las partes. Así, en el contrato de locación de servicios, puede pactarse una retribución por el total de los servicios pactados; o por períodos mensuales o semanales u otros; o en proporción al número de técnicos o auxiliares que intervengan (como ocurre, por ejemplo, en el caso de los contratos de limpieza y de vigilancia); o cualquier otra modalidad. En las obras, puede pactarse “a suma alzada”, una retribución total por toda la obra; o por piezas o medidas, es decir a precios unitarios (si por ejemplo, para hacer un cerco de tres metros de altura se estipula el pago de una cantidad fija por cada metro lineal de cerco terminado); u otras modalidades que puedan ser convenidas.

En el improbable caso de no haberse establecido la retribución del locador, tratándose del caso de la locación de servicios, se aplican en primer lugar las tarifas profesionales, si las hubieren y fueren aplicables al caso; a falta de ellas, se recurre a los usos; y si éstos

no pueden determinarse; el juez o árbitro fijará la retribución atendiendo a la calidad, cantidad (“entidad”) y demás circunstancias de los servicios prestados (Código Civil, artículo 1767).

En cuanto a las oportunidades del pago de la retribución, ellas pueden ser libremente pactadas en el contrato. En las obras, lo usual es un adelanto o cuota inicial; algunos pagos intermedios, según el avance de las obras y su valorización; y un pago final, luego de la conformidad. En la locación de servicios, lo usual son pagos periódicos, previa comprobación de la correcta prestación de ellos; aunque también, si los servicios son breves o las obras de pequeña cuantía, puede pactarse el pago total al final.

En caso de que en el contrato no se hubiere estipulado la oportunidad del pago o pagos, la retribución se paga después de terminada la prestación del servicio o aceptado su resultado (la obra); salvo que de acuerdo con la costumbre deba pagarse por adelantado o en forma periódica (Código Civil, artículo 1759).

6.4 Plazo.

En el contrato de locación de servicios hay una limitación respecto al plazo. La regla general es que el plazo de la prestación de los servicios no puede exceder de tres años; salvo que se trate de servicios profesionales, en que puede pactarse hasta seis años de plazo (Código Civil, artículo 1768). Pero esta es una regla establecida exclusivamente en beneficio de los contratados, es decir de los locadores o prestadores de servicios. Si el plazo excede el límite legal, el locador puede exigir que se reduzca a dicho máximo. Pero tal pedido no lo puede hacer la empresa contratante, la que debe respetar el plazo pactado, así fuere mayor a los señalados (*Ibid*).

Si el contrato es de obra, se pactará un plazo para terminarla y entregarla, con las características contratadas. Y se deben pactar los efectos de la mora, tales como penalidades y la posible resolución del contrato. En este caso, el Código no pone límites al plazo, pero se supone que debe ser el necesario para realizar la obra, de acuerdo con la naturaleza y tamaño de ella y con los medios a disposición del autor.

6.5 Obligaciones de las partes.

Las obligaciones del locador o contratista tienen que ser muy concretas, ya sean simples o complejas; en algunos casos, se tratará de una tarea determinada; en otros, de un conjunto de varias tareas; o de un complejo de prestaciones variadas. Las alternativas son inagotables, pues dependen de lo que la parte contratante

necesita, en cuanto a recibir servicios y/o recibir productos u obras.

Lo importante es que las obligaciones del locador o contratista queden claramente señaladas, con todas sus características. Se recomienda un anexo de carácter técnico que las describa con exactitud y minuciosidad.

En cuanto a las obligaciones de la parte contratante, la principal es realizar el pago de la retribución, en forma puntual, en las fechas u oportunidades pactadas. Pero puede haber, y con frecuencia hay, obligaciones secundarias, pero que a veces resultan esenciales para el cumplimiento del contrato y de las obligaciones de la parte contratada; ellas se refieren a que la parte contratante debe proporcionar al locador o contratista algunos elementos, a veces materiales, incluso espacios en sus locales; otras veces elementos documentales, como informes, planos, archivos, etcétera; a veces personales, como la presencia de coordinadores, personeros y supervisores de la empresa propietaria. Ello debe quedar muy precisamente estipulado; y debe indicarse que en caso de incumplimiento en la entrega de estos elementos, la obligación del locador o contratista quedará diferida en forma equivalente a la demora en que incurrió la otra parte.

6.6 Otras estipulaciones.

Con las que hemos indicado hasta ahora, queda esencialmente configurado el contrato. No obstante, es usual y aconsejable, incluir otras cláusulas complementarias, importantes, entre las cuales cabe citar las siguientes:

6.6.1 Cláusula de supervisión.

Se refiere al derecho de la parte contratante de vigilar el desarrollo de los trabajos; para comprobar la calidad de las prestaciones; el cumplimiento de las características técnicas estipuladas; el cumplimiento de los plazos parciales para las etapas del trabajo o para entregas parciales de productos; y temas similares. Suele exigirse que la empresa contratada nombre un representante, residente o gerente de proyecto, con el cual el supervisor puesto por la contratante pueda coordinar cualquier observación.

6.6.2 Cláusula de responsabilidades.

Aun cuando la responsabilidad se encuentra establecida en el propio Código Civil, suele incluirse cláusulas en que se precisa la responsabilidad de la contratada por todos los actos propios y de sus subordinados y sub contratados. Algunas veces se

estipula una limitación de responsabilidad, es decir se da una cifra máxima a la que podrá ascender el monto de la indemnización por todo concepto, en caso de responsabilidades imputadas a la contratada.

6.6.3 Cláusula de confidencialidad.

Dado que con frecuencia, el trabajo en estos contratos implica que las partes, en especial la contratada, penetra en el bagaje de conocimientos de la otra parte, sobre temas considerados secretos o, al menos, reservados, se estipula la obligación recíproca de guardar la confidencialidad sobre la información no pública cuyo conocimiento se adquiere durante la ejecución del contrato. Las “infidencias” son muy difíciles de probar. Pero conviene que, para el caso de infracciones probadas al deber de confidencia, se establezca una penalidad concreta.

6.6.4 Cláusulas de penalidades.

Las penalidades suelen ser de dos clases y recaen en su mayor parte en la empresa contratada. Las **penalidades por mora** sancionan el incumplimiento en el plazo total o en los plazos parciales para el avance de los trabajos o la entrega de productos terminados. Otras **penalidades específicas** pueden pactarse para sancionar determinadas faltas, errores, infracciones o mermas en la calidad o en el rendimiento esperado en los productos finales.

También cabe establecer penalidades a cargo de la firma contratante, por atrasos en la realización de los pagos, en cuyo caso suele estipularse el pago de intereses compensatorios; a los que puede agregarse una concreta penalidad, ya sea una cifra específica o periódica; o una tasa de interés moratorio.

6.6.5 Cláusula de garantías.

Las garantías pueden ser recíprocas. Pero lo más frecuente es que se le exijan a la contratada, para cubrir sus eventuales responsabilidades y penalidades por mora u otras infracciones. La garantía más frecuente es la fianza bancaria solidaria, de tipo incondicional, irrevocable y de realización automática, a primera solicitud.

6.6.6 Cláusula sobre modificaciones o cambios.

Lo normal es que los cambios en el contrato sean negociados y convenidos *a posteriori* por las partes, mediante un nuevo documento o *addendum*. Pero también es posible que determinados cambios previsible se pacten ya en el propio contrato, indicando qué parte puede pedirlos, con qué anticipación,

requisitos y límites; y cuáles son las consecuencias para la otra parte, en especial respecto de la modificación de la retribución.

6.6.7 Cláusula sobre solución de controversias.

Es muy importante establecer un método fácil y práctico para solucionar las diferencias de criterio sobre

la ejecución del contrato y el cumplimiento de las obligaciones de las partes. Se recomienda establecer una primera etapa de trato directo; luego, la conciliación con intervención de un tercero neutral. A falta de acuerdo, cabe recurrir a la dirimencia de un experto imparcial, en cuestiones de tipo técnico; y finalmente, para controversias más amplias, al arbitraje.⁴⁸