

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



LA NATURALEZA JURÍDICA DEL OUTSOURCING

EDGAR ROLANDO MARTÍNEZ CHACÓN

GUATEMALA, FEBRERO DE 2008

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

LA NATURALEZA JURÍDICA DEL OUTSOURCING



TESIS
Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Por

EDGAR ROLANDO MARTÍNEZ CHACÓN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, febrero de 2008.

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huítz Enríquez
VOCAL IV: Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V: Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. César Landelino Franco López
Vocal: Lic. Luis Roberto Romero Rivera
Secretario: Lic. Edwin Rueda Masaya

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Sergio Amadeo Pineda Castañeda
Vocal: Lic. Héctor Orozco y Orozco
Secretario: Lic. Luis Roberto Romero Rivera

RAZÓN: Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis (Artículo 43 del normativo para la elaboración de la tesis de Licenciatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

LICENCIADO JOSÉ FRANCISCO PELÁEZ CORDÓN
ABOGADO Y NOTARIO
COL. 6,158

Guatemala, 11 de agosto de 2006



Licenciado

Marco Tulio Castillo Lutín

Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Ciudad Universitaria.

Licenciado Castillo Lutín:

De conformidad con el nombramiento de fecha 8 de mayo del año en curso, emitido por esa Coordinación, procedí a asesorar el trabajo de tesis del Bachiller Edgar Rolando Martínez Chacón, intitolado **"LA NATURALEZA JURÍDICA DEL OUTSOURCING"** y para tal efecto emito el presente dictamen:

El trabajo de tesis presentado por el Bachiller Martínez Chacón, inicia con los antecedentes históricos del Derecho Mercantil, aspectos generales de la globalización, los tratados de libre comercio, la flexibilidad jurídica frente a los nuevos esquemas, analizando los efectos jurídicos del contrato atípico del outsourcing desarrollando información tecnológica de las empresas, analizando su naturaleza jurídica y realizando un estudio de los principales efectos jurídicos de la relación laboral de las partes en dicho contrato, denotándose por parte del sustentante conocimiento técnico y científico del tema, utilizando el método inductivo de investigación, una correcta terminología y observancia de las reglas gramaticales de redacción.

En relación al análisis jurídico-doctrinario y los conceptos vertidos en el presente trabajo elaborado por el bachiller **EDGAR ROLANDO MARTÍNEZ CHACÓN**, estimo que encierra importante orientación técnica y científica para los interesados en el tema y para nuestra facultad en general.

5a. Avenida 11-70, Zona 1 Guatemala
Edificio Herrera 2º. Nivel Oficina "C"
Teléfono 22328805

LICENCIADO JOSÉ FRANCISCO PELÁEZ CORDÓN
ABOGADO Y NOTARIO
COL. 6,158



Por lo que, con base en esos extremos y de acuerdo con la bibliografía utilizada, así como del manejo adecuado de los aspectos legales reguladores de este tema, concluyo la asesoría del mismo, estimando que el trabajo de investigación planteado, **cumple con los requisitos de forma y de fondo que exigen el artículo 32 del normativo respectivo**, mismo que puede ser discutido en el Examen Público correspondiente, previa opinión que deberá emitir en su oportunidad el señor Revisor que se nombre por parte de la coordinación a su digno cargo.

Sin otro particular, suscribo.

Atentamente,


Mr. José Francisco Peláez Córdón
Abogado y Notario



UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, cuatro de septiembre de dos mil seis.

Atentamente, pase al (la) **LICENCIADO (A) SERGIO AMADEO PINEDA CASTAÑEDA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (la) estudiante **EDGAR ROLANDO MARTÍNEZ CHACÓN**, Intitulado: "**LA NATURALEZA JURÍDICA DEL OUTSOURCING**".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis:
MTCL/stlh



Lic. Sergio Amadeo Pineda Castañeda
Abogado y Notario
8ª Ave 11-43 Zona 1, Oficina 203, 2do. Nivel Edificio Pan Am
Teléfono 5401-7100



Guatemala, 25 de septiembre de 2006.

Lic. Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
De la Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.

Estimado Licenciado Castillo Lutín:

Atentamente, me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que en cumplimiento de providencia emanada por esa Jefatura de fecha cuatro de septiembre de dos mil seis, he asistido con carácter de Revisor de Tesis al Bachiller EDGAR ROLANDO MARTÍNEZ CHACÓN, en la elaboración del trabajo titulado: "LA NATURALEZA JURÍDICA DEL OUTSOURCING", por lo cual emito el siguiente DICTAMEN:

- a) El trabajo de tesis que investiga el Bachiller EDGAR ROLANDO MARTINEZ CHACON, es un tema de actualidad, ya que la globalización que se desarrolla en el ámbito mercantil hace que el contrato de outsourcing sea una herramienta para hacer más eficiente el trabajo de una empresa.
- b) El trabajo desarrollado llena los requisitos técnicos que requiere una investigación de tal magnitud, utilizando el método de investigación deductivo, y la técnica de investigación documental está acorde al mismo.
- c) Se revisó la redacción del trabajo, las conclusiones y recomendaciones llenan su cometido.
- d) Durante el tiempo que duró la investigación discutimos y corregimos algunos puntos del trabajo, en el cual se comprobó el uso de bibliografía adecuada.
- e) En tal virtud le informo que el trabajo reúne los requisitos exigidos por el normativo vigente, en especial el artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.
- f) En tal razón, otorgo mi Dictamen favorable para que el mismo sea discutido en el Examen Público de Tesis.

Sin otro particular, me es grato suscribirme de usted, como su deferente servidor.

Cordialmente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Lic. Sergio Amadeo Pineda Castañeda
Colegiado 4418



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, nueve de enero del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante EDGAR ROLANDO MARTÍNEZ CHACÓN, Titulado "LA NATURALEZA JURÍDICA DEL OUTSOURCING" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.

MTCL/sllh



DEDICATORIA

- A Dios: Por su infinito amor y bendiciones.
- A mis padres: José Luís Martínez Abad (Q.E.P.D.) y Agapíta Chacón de Martínez (Q.E.P.D.), por su esfuerzo incansable de trabajo y haber logrado esta meta, que tambien es de ustedes.
- A mis hermanos: Rodolfo, (Q.E.P.D.) Irma Leticia, Luís Antonio, Sergio Raúl (Q.E.P.D) Elsa Marina y Alvaro Rodrigo, por su apoyo.
- A mi hijo: Diego Alejandro, con amor profundo.
- A mis sobrinos y demás familia: Por su comprensión, apoyo, y felicidad que me han dado.
- A la tricentenaria Universidad San Carlos de Guatemala: Por haberme dado su conocimiento.

A la Facultad de Ciencias Jurídicas

y Sociales:

Por haberme formado como profesional.

A Guatemala:

Por haber nacido aquí y ser guatemalteco.

ÍNDICE

| | Pág. |
|-------------------|------|
| Introducción..... | i |

CAPÍTULO I

| | |
|---|----|
| 1. Antecedentes históricos del derecho mercantil..... | 1 |
| 1.1 Concepto de derecho mercantil..... | 4 |
| 1.2 La globalización..... | 5 |
| 1.3 Los tratados de libre comercio..... | 8 |
| 1.4 La flexibilidad jurídica frente a los nuevos esquemas..... | 10 |

CAPÍTULO II

| | |
|--|----|
| 2. El derecho mercantil guatemalteco..... | 13 |
| 2.1 Aspectos históricos del derecho mercantil guatemalteco..... | 13 |
| 2.2 Autonomía del derecho mercantil..... | 14 |
| 2.3 Antecedentes..... | 15 |
| 2.4 Fines..... | 17 |
| 2.5 Características y principios del derecho mercantil..... | 18 |
| 2.5.1 Características..... | 18 |
| 2.5.2 Principios..... | 19 |
| 2.6 Fuentes del derecho mercantil..... | 20 |
| 2.6.1 La costumbre..... | 20 |
| 2.6.2 La jurisprudencia..... | 20 |
| 2.6.3 La ley..... | 21 |
| 2.6.4 La doctrina | 21 |
| 2.6.5 El contrato..... | 21 |
| 2.7 Elementos..... | 22 |
| 2.8 Marco de acción | 22 |
| 2.9 Necesidades que se pretenden satisfacer | 23 |

CAPÍTULO III

| | Pág. |
|--|-------------|
| 3. Contratos mercantiles..... | 25 |
| 3.1 Naturaleza jurídica..... | 25 |
| 3.2 El contrato..... | 25 |
| 3.2.1 Características del contrato mercantil..... | 27 |
| 3.2.2 Elementos del contrato..... | 28 |
| 3.2.3 Autonomía de la voluntad..... | 28 |
| 3.2.4 Elementos esenciales del contrato..... | 29 |
| 3.2.5 El consentimiento..... | 30 |
| 3.2.6 El objeto..... | 30 |
| 3.2.7 La solemnidad | 31 |
| 3.3 Elementos de validez del contrato..... | 31 |
| 3.3.1 La capacidad | 31 |
| 3.3.2 La ausencia de los vicios del consentimiento | 32 |
| 3.3.3 El error | 32 |
| 3.3.4 El dolo..... | 32 |
| 3.3.5 La violencia..... | 32 |
| 3.3.6 Lesión | 33 |
| 3.3.7 Licitud en el objeto o fin..... | 34 |
| 3.4 La forma..... | 34 |
| 3.4.1 Clasificación de los contratos..... | 34 |
| 3.4.2 Civiles..... | 35 |
| 3.4.3 Mercantiles..... | 35 |
| 3.5 Caracteres..... | 35 |
| 3.5.1 Los contratos típicos..... | 35 |
| 3.5.2 Los contratos atípicos..... | 36 |
| 3.6 El grado de influencia del derecho anglosajón | 36 |

CAPÍTULO IV

| | Pág. |
|---|-------------|
| 4. Los outsourcing..... | 37 |
| 4.1 Historia..... | 37 |
| 4.2 Aspectos generales..... | 38 |
| 4.3 ¿Qué es outsourcing ? Definición, importancia y aplicación | 39 |
| 4.4 Definición..... | 40 |
| 4.5 Concepto y funcionalidades básicas..... | 47 |
| 4.6 Áreas de la empresa mercantil o servicios que pueden pasar al outsourcing..... | 52 |
| 4.7 Áreas de la empresa mercantil que se considera que no deben pasar a outsourcing | 53 |
| 4.8 Características..... | 54 |
| 4.8.1 Relativas al contrato entre las partes..... | 54 |
| 4.8.2 Relativas a la empresa de outsourcing..... | 55 |
| 4.9 Objetivos del Outsourcing..... | 55 |
| 4.10 Factores condicionales para tercerización..... | 56 |
| 4.10.1 La tercerización y el ambiente estratégico..... | 56 |
| 4.10.2 La tercerización y el ambiente organizacional..... | 56 |
| 4.10.3 La tercerización y el ambiente económico..... | 57 |
| 4.10.4 La tercerización en el ambiente social..... | 57 |
| 4.10.5 La tercerización en el ambiente político..... | 58 |
| 4.10.6 La tercerización en el ambiente jurídico..... | 59 |
| 4.11 El outsourcing como herramienta de reingeniería..... | 59 |
| 4.12 Futuro del outsourcing..... | 60 |
| 4.13 Glosario de la terminología típica del outsourcing (tercerización)..... | 61 |

CAPÍTULO V

| | |
|--|----|
| 5. Naturaleza jurídica del contrato de outsourcing..... | 65 |
| 5.1 Estrategias de outsourcing claves para desarrollarla de manera efectiva...68 | |

| | Pág. |
|---|-------------|
| 5.2 Razones para subcontratar y para no subcontratar..... | 70 |
| 5.2.1 Razones para subcontratar..... | 70 |
| 5.2.2 Razones para no subcontratar..... | 71 |
| 5.3 Puntos básicos para lograr un outsourcing exitoso..... | 71 |
| 5.4 Revisar la estructura de la empresa..... | 71 |
| 5.4.1 Determinar a cuales actividades aplicar outsourcing y a cuales no..... | 72 |
| 5.4.2 Los riesgos del outsourcing..... | 73 |
| 5.5 Aspectos legales del outsourcing..... | 74 |
| 5.5.1 Definir terminología..... | 75 |
| 5.5.2 Estructura del contrato..... | 76 |
| 5.5.3 Términos de cargos y pagos..... | 78 |
| 5.6 Etapa de transición del outsourcing..... | 80 |
| 5.6.1 Claridad de objetivos..... | 80 |
| 5.6.2 Expectativas realistas..... | 81 |
| 5.6.3 Compromiso del cliente..... | 81 |
| 5.6.4 Compromiso del proveedor..... | 83 |
| 5.7 Metodología para la evaluación del outsourcing..... | 84 |
| 5.8 El proceso de tercerización | 92 |
| 5.9 Organización del proyecto..... | 95 |
| 5.10 Redacción del contrato..... | 95 |
| CONCLUSIONES..... | 97 |
| RECOMENDACIONES..... | 99 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 101 |

INTRODUCCIÓN

Las empresas mercantiles, comerciantes individuales, sociedades mercantiles, ejecutivos y demás actores de la actividad mercantil, actualmente se enfrentan a una serie de cambios de orden económico, tecnológico y comercial sin precedentes, esto gracias a la tecnología que nos permite acortar distancias y por consiguiente necesitamos y exigimos respuestas inmediatas en toda actividad mercantil. Estos cambios incluyen la necesidad de prepararse en aspectos profesionales y empresariales para enfrentar las nuevas tendencias de la globalización.

Este trabajo es una aproximación a estas nuevas realidades jurídicas que están presentes actualmente en la actividad económica mercantil guatemalteca.

El outsourcing o tercerización es el resultado de la especialización empresarial y la desincorporación de ciertas actividades de las instituciones mercantiles, ya sea individuales o sociedades, para ofrecer mejores productos. De ello se derivan los nuevos contratos mercantiles de outsourcing en donde se formaliza jurídicamente este tipo de relaciones comerciales.

Este trabajo se constituyó tomando en cuenta las fuentes que sobre el tema existen y haciendo un estudio de la evolución del derecho mercantil, confrontándola a las nuevas realidades y la visión empresarial mercantil que ha influido en la incorporación de nuevos esquemas mercantiles.

En el primer capítulo se abordan los antecedentes del derecho mercantil y su definición como puntos de partida para la cabal comprensión del trabajo y dos fenómenos que ocurren hoy en la realidad jurídica y que determinan esta nueva corriente siendo estos: La globalización y la flexibilidad de la normativa jurídica, de manera más concreta la mercantil, cuya realidad ha dado pie a relaciones comerciales caracterizadas por la celeridad y la competencia.

En el segundo capítulo se abordan las temáticas relativas al aspecto local nacional, es decir la realidad guatemalteca, y como se reconoce dentro de la doctrina y la legislación mercantil guatemalteca la división entre contratos atípicos mercantiles y los contratos típicos.

En el tercer capítulo se desarrollan los diferentes contratos mercantiles, es decir los contratos típicos y los atípicos para que el lector tenga una noción de lo que son los contratos y pueda comprender el porqué, como y para qué de éste trabajo. Es parte necesaria para la comprensión, es la introducción para luego llegar al tema específico de éste trabajo.

El capítulo cuarto contiene el desarrollo del contrato de outsourcing, se compone del estudio, análisis y desarrollo de este contrato incluyendo algunos aspectos de orden práctico, desde la visión empresarial, que llevan a las instituciones mercantiles a favorecer la existencia de este tipo de contratación, nos introducimos al ámbito mercantil propiamente dicho, es un capítulo en el que explicamos detalles del outsourcing en la práctica.

Por último en el capítulo quinto se aborda todo lo relacionado con la naturaleza jurídica de outsourcing, que es el objeto principal de ésta investigación, se retoman los aspectos jurídicos que son los que más interesan para la realización del presente trabajo.

En el desarrollo del presente trabajo, se ha aplicado la metodología de investigación analítica, con técnica deductiva, considerando que al analizar cada uno de los elementos que se fueron encontrando en el camino para completar el presente trabajo, se llega de manera más eficaz a concluir en los puntos planteados en el inicio del trabajo de la investigación.

CAPÍTULO I

1. Antecedentes históricos del derecho mercantil

En la compleja organización de la sociedad surge un fenómeno que se le conoce con el nombre de trueque, que tal vez en si mismo no puede ser calificado de mercantil, pero que tiene como consecuencia el comercio. De esta manera surge el comercio, el cambio por el cambio; junto a la figura de los distintos oficios entre ellos el de comerciante, que es el hombre que se dedica a interponerse en el cambio de satisfactores.

En los sistemas jurídicos muy antiguos se encuentran preceptos que se refieren al comercio, por lo tanto, constituyen gérmenes del derecho mercantil.

Haciendo un recuento dentro de la historia del derecho mercantil mencionaremos a las leyes rodias, que nacieron en la isla de Rodas, habitada por un pueblo heleno, donde la legislación con respecto al comercio marítimo fue excelente. A través de su incorporación en el derecho romano las leyes rodias han ejercido un influjo que perdura hasta nuestros días.

La caída del Imperio Romano de occidente vino a agravar las condiciones de inseguridad social creadas por las frecuentes incursiones de los bárbaros que la precedieron, inseguridad social que produjo la más completa decadencia de las actividades comerciales.

El comercio resurgió a consecuencia de las cruzadas, que no sólo abrieron vías de comunicación con el Cercano Oriente, sino que provocaron un intercambio de los productos de los distintos países europeos.

Este florecimiento del comercio ocurrió en condiciones políticas y jurídicas muy distintas

a las que habían prevalecido en Roma.

Los gremios de comerciantes establecieron tribunales encargados de dirimir las controversias entre sus agremiados sin las formalidades del procedimiento, y sin explicar las normas del derecho común, sino los usos y costumbres de los mercaderes; así fue creándose un derecho de origen consuetudinario e inspirado en la satisfacción de las peculiares necesidades del comercio.

En el derecho mercantil medieval, se encuentra el origen de muchas instituciones comerciales contemporáneas el registro de comercio, las sociedades mercantiles, la letra de cambio, etc. La formación del derecho mercantil explica que fuera predominantemente un derecho subjetivo, cuya aplicación se limitaba a la clase de los comerciantes, pero desde un principio se introdujo un elemento objetivo que es la referencia al comercio, pues a la jurisdicción mercantil no se sometían sino los casos que tenían conexión con el comercio.

La creación de los grandes Estados nacionales al comenzar la Edad Moderna va aparejada, como es obvio, a la decadencia de los gremios de mercaderes que habían llegado a asumir facultades propias del poder público.

Un acontecimiento de gran importancia en la historia del derecho mercantil es la promulgación por Napoleón del Código del Comercio francés, que entró en vigor en el año de 1808. Con este Código se vuelve predominante objetivo es el de realizar actos de comercio, y no la cualidad de comerciante, lo que termina la competencia de los tribunales mercantiles y la aplicación del Código, pero el elemento subjetivo no deja de influir en cuanto se presumen mercantiles los actos realizados por un comerciante.

Existe también el Código de Comercio para el imperio alemán, que entró en vigor en el año de 1900 y este se encarga de regir a los comerciantes: por lo que se hace predominante el carácter subjetivo que había tenido en sus principios el derecho

mercantil.

En la historia del derecho mercantil vuelven a aparecer los caracteres que se habían presentado en sus orígenes: derecho privado unificado como en Roma; derecho subjetivo como en el Medioevo.

En la Nueva España, se imitaron las instituciones jurídicas comerciales de la metrópoli, y hacia el año de 1581 los mercaderes de la ciudad de México construyeron su universidad que fue autorizada por real cédula de Felipe II.

El consulado tenía funciones administrativas, para la protección y fomento del comercio, y en ejercicio de ellas llevo a término las empresas de utilidad social (canales, carreteras, edificios) y sostuvo un regimiento, la designación de cuyos jefes y oficiales eran atribución del propio consulado¹.

La facultad de legislar en materia de comercio se confirió al Congreso Federal a consecuencia de la reforma que se hizo, por ley del 14 de diciembre de 1883, a la fracción X del Artículo 72 de la Constitución. En virtud de esta reforma se elaboró, con carácter federal, un nuevo Código de Comercio que comenzó a regir el 20 de julio de 1884.

El 22 de agosto de 1885, se promulgó un nuevo Código, que habría de entrar en vigor en todos los territorios del Reino de España, el 1 de enero de 1886.

En el año de 1889 se promulgó en la República Mexicana un nuevo Código de Comercio, y que entró en vigor el 1 de enero de 1890.

La evolución histórica nos lleva a la conclusión de que atendiendo a la manera en que

¹ **Enciclopedia Salvat** Multimedia (electrónica). 2002.

cada derecho positivo enfoca la regulación de las relaciones comerciales, pueden distinguirse dos tipos fundamentales de sistemas jurídicos, a saber: países de derecho privado unificado, y países de derecho privado diferenciado en derecho civil y mercantil.

Dentro de los países cuyo derecho privado es único, cabe distinguir aquellos en los cuales, por tener en ellos preponderancia el derecho consuetudinario la unidad proviene de la costumbre, que no ha separado lo comercial de lo civil, de aquellos otro en los cuales la ley es fuente única, en la creación del derecho, por lo cual la unidad es producto de un acto legislativo, y representa así más que falta de distinción, la fusión de dos ramas preexistentes. En el primer caso se encuentran los Estados Unidos e Inglaterra, por esta razón se le llama de tipo anglosajón a los sistemas jurídicos que ofrecen tales caracteres. Fue en Suiza donde se dicto primero un Código de obligaciones aplicable tanto en la materia civil como en la mercantil.

Hasta ahora se han considerado tipos jurídicos históricamente realizados, pero cabe añadir una variante al tipo subjetivo, la que se basara no en la figura del comerciante, sino en la empresa. Dentro del tipo objetivo puede distinguirse el que se basa en el acto de comercio, que abarca los tres subtipos, y el que se fundara en la cosa mercantil.

1.1 Concepto de derecho mercantil:

El derecho mercantil es el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dadas a ciertos actos, y regulan estos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos.²

El derecho mercantil debe de ser considerado como un derecho especial, que tiene un campo de aplicación que determina el propio sistema mediante las correspondientes normas delimitadoras.

² Cervantes Ahumada, Raúl. **Derecho mercantil**. Pág. 24.

Otro concepto de derecho mercantil es el que establece que es un conjunto de normas, reglas y preceptos, que regulan las actividades del comercio. Es la rama del derecho privado que regula las operaciones jurídicas entre comerciantes y no comerciantes. Es el ordenamiento privado propio de los empresarios y de su estatuto, así como de la actividad externa que éstos realizan por medio de su empresa³.

1.2 La globalización:

Globalización es un término moderno especialmente usado para describir los cambios en las sociedades y la economía mundial que resultan en un incremento sustancial del comercio internacional y el intercambio cultural. El término fue utilizado por primera vez en 1985, por Theodore Levitt en "The Globalization of Markets" para describir las transformaciones que venía sufriendo la economía internacional desde mediados de la década del 60. Toni Comín define este proceso como "un proceso fundamentalmente económico que consiste en la creciente integración de las distintas economías nacionales en un único mercado capitalista mundial".⁴

La globalización es el proceso por el que la creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo unifica mercados, sociedades y culturas, a través de una serie de transformaciones sociales, económicas y políticas que les dan un carácter global. Así, los modos de producción y de movimientos de capital se configuran a escala planetaria, mientras los gobiernos van perdiendo atribuciones ante lo que se ha denominado la "sociedad en red". En éste marco se registra un gran incremento del comercio internacional y las inversiones, debido a la caída de las barreras arancelarias y la interdependencia de las naciones.

En los ámbitos económicos empresariales, el término se utiliza para referirse casi exclusivamente a los efectos mundiales del comercio internacional y los flujos de

³ **Ibid.** Cervantes Ahumada, Raúl. **Derecho mercantil.** Pág. 25.

⁴ Levitt, Theodore. **The globalozation of markets magazine.** June, 1985. Pág. 28.

capital, y particularmente a los efectos de la liberalización y desregulación del comercio y las inversiones, lo que a su vez suele denominarse como “libre comercio” (en inglés: "free trade").

La globalización se produce a partir de la confluencia de una compleja serie de procesos sociales, políticos, económicos y culturales. Los principales son:

El desarrollo tecnológico, especialmente de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), entre las que se destaca Internet; La aparición y desarrollo masivo de la computadora personal (PC) en el trabajo y el hogar;

Las transformaciones de la empresa después de la Segunda Guerra mundial, bajo el impacto del “toyotismo”, reemplazando a la empresa Ford. La emergencia de la llamada “sociedad de la información” como superadora de la sociedad industrial.

Las Empresas Multinacionales (EMN) y su influencia creciente en la economía mundial.

La caída del muro de Berlín en 1989 y sobre todo el colapso de la Unión Soviética en 1991, que terminó con el mundo bi-polar de la “Guerra Fría”, abrió nuevos horizontes para los países de Europa del este que ahora se han integrando en la Unión Europea (UE) y creó un nuevo escenario favorable a la expansión del mercado internacional.

La limitaciones y posterior crisis del “estado de bienestar” que comienzan a manifestarse a finales de la década del 60, y que tiene su más clara expresión histórica en los gobiernos de Ronald Reagan (1981-1989) en EE.UU. y Margaret Thatcher (1979-1990) en Gran Bretaña.

La integración de los mercados de capital.

En este escenario los factores económicos encuentran un terreno favorable para su expansión y la posibilidad de generar nuevas interrelaciones entre los mercados de

todo el mundo (consumidores, trabajo, recursos naturales, inversiones financieras, etc.). Por sus características, las empresas multinacionales se encuentran en óptima situación para aprovechar el nuevo escenario.

Estas fueron las pautas de una primera relación comercial, la misma que fue modificándose para beneficio de ambas partes como en China e India, donde la sapiencia política supo conducir los negocios para aprovechar la tecnología que les llegaba. Actualmente estos dos países no sólo ofrecen mano de obra barata, sino que adicionalmente ofrecen personal altamente capacitado en ciencias, ingeniería y tecnología que ofrecen consultorías y servicios del más alto nivel a grandes corporaciones internacionales.

Por otro lado tenemos las crisis internas de los países ricos, sus altos costes de producción que confluyen con la apertura de los países del este, China e India que modifican sus posiciones políticas respecto al mercado de capitales y su inclusión como miembros de la Organización Mundial de Comercio (OMC).

La globalización en sí misma es un proceso continuo y dinámico, que desafía las leyes de los países en desarrollo, en el sentido de que desnuda irregularidades respecto a leyes de protección a trabajadores, protección del medio ambiente y formas de establecer negocios con corporaciones que si bien pueden dar trabajo a la mano de obra desocupada, también pueden beneficiarse de irregularidades subsistentes en un determinado país.

Es también un desafío a los planes de desarrollo de los países en vías de desarrollarse, pues al requerir mano de obra calificada, desnuda igualmente las falencias del estado de la educación de la población joven potencial a ser empleado en el futuro.

1.3 Los tratados de libre comercio (TLC):

Es un acuerdo entre distintos países para concederse determinados beneficios de forma mutua. Se pueden distinguir tres tipos de tratados comerciales: zona de libre comercio, unión aduanera y unión económica.

Entre los tipos de tratados comerciales más grandes tenemos:

a. Zona de libre comercio:

En una zona de libre comercio los países firmantes del tratado se comprometen a anular entre sí los aranceles en frontera, es decir, entre los países firmantes del tratado los precios de todos los productos comerciados entre ellos serán los mismos para todos los integrantes de la zona, de forma que un país no puede aumentar (mediante aranceles a la importación) el precio de los bienes producidos en otro país que forma parte de la zona de libre comercio. Como ejemplo de este tipo de acuerdos comerciales internacionales puede citarse la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA) y el Tratado de Libre Comercio con E.E.U.U. (TLC- ALCA-CAFTA).

b. Unión aduanera:

Una unión aduanera es una ampliación de los beneficios derivados de una zona de libre comercio. En una unión aduanera, además de eliminarse los aranceles internos para los países miembros de la unión, se crea un Arancel Externo Común (AEC) para todos los países, es decir, cualquier país de la unión que importe bienes producidos por otro país no perteneciente a la unión aplicará a estos bienes el mismo arancel. Las uniones aduaneras suelen también permitir la libre circulación de personas y capitales por todos los territorios de los países miembros, lo que permite la libre adquisición de bienes de consumo y empresas de los ciudadanos de un país en el resto de los países pertenecientes al acuerdo comercial. El ejemplo más destacado de unión aduanera fue

la comunidad económica europea, germen de la Unión Europea (UE).

c. Unión económica:

Representa el grado sumo de integración comercial entre distintos países. Además de los beneficios derivados de la unión aduanera, se produce una integración económica plena al eliminarse las distintas monedas de los países integrantes de la unión, creándose un único banco central para todos ellos. La UE constituye una unión económica plena desde 1999, al finalizar el proceso de convergencia entre los países miembros y crearse una moneda única, el euro.

El Tratado de Libre Comercio de América Central y la República Dominicana (Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement, DR-CAFTA, en inglés), más comúnmente conocido como CAFTA-RD en inglés y en español se conoce como TLC RD-CAUSA (Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de Norteamérica), es un tratado de libre comercio todavía en negociaciones (julio 2005). Anteriormente conocido como CAFTA, el tratado originalmente incluía solamente a los Estados Unidos y los países de centroamericanos de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, y Nicaragua. En el 2005, la República Dominicana entró en las negociaciones y el tratado comenzó a llamarse CAFTA-RD BBC.⁵

Otras naciones centroamericanas y antillanas no incluidas en el tratado son Belice, Panamá, Haití y Cuba. Panamá está actualmente en negociaciones con los Estados Unidos para un tratado de Libre Comercio bilateral y Belice pertenece a la Comunidad del Caribe (CARICOM). Haití recibió preferencias comerciales con los Estados Unidos por el Acta de Oportunidad de Recuperación Económica de Haití (Haiti Economic

⁵ Referencias de este capítulo obtenidas de las consultas efectuadas en los textos de los distintos tratados aceptados y ratificados por Guatemala. (TLC con Estados Unidos; Apertura Comercial de Guatemala).

Recovery Opportunity Act, HERO).

El Senado de los Estados Unidos aprobó el CAFTA-RD el 30 de junio de 2005 por votación de 54-45, menos de los 2/3 requeridos para la aprobación formal de un tratado. El 28 de julio de 2005, la Cámara de Representantes de Los Estados Unidos de América aprobó el tratado con votación de 217-215. Hasta el momento han aprobado el tratado El Salvador, Honduras y Nicaragua. Guatemala aprobó este el diez de marzo del dos mil cinco, en el decreto 31-2005. Por otro lado, Costa Rica y la República Dominicana no han decidido al respecto (agosto 2006).⁶

1.4 La flexibilidad jurídica frente a los nuevos esquemas.

Es evidente que el nuevo contexto mundial supuso cambios en la vida cotidiana de las sociedades, imprimiéndoles un carácter veloz a todas las relaciones sociales, comerciales y hasta espirituales de los individuos. En este marco puede afirmarse que el mercado ha modificado paulatinamente las costumbres de los pueblos y su forma de ver el mundo y relacionarse con el mundo. Los medios de comunicación, el Internet, el avance tecnológico también ha creado esa conducta de “lo rápido”. El derecho como expresión y reflejo de la sociedad no está al margen de esos dramáticos cambios sin más bien está matizado por esos cambios, de ahí que en la actualidad las estructuras jurídicas estén siendo modificadas para ofrecer mayor velocidad, en el campo de los negocios y del comercio tal situación es mucho más acentuada, con la finalidad de ser “más competitivo” y bajo el concepto de reglas claras y sencillas. En ese marco incluso se ha llegado a se han abrogado o derogado según el caso, aquellas normas que resultan oprobiosas al mercado y que no le permiten su expansión, relegando a la burocracia estatal al mínimo de acciones sólo con la finalidad de dotar a los actos de los particulares de certeza jurídica. Países como Guatemala que provienen de una

⁶ Referencias obtenidas en consulta con expertos y Asesores del Ministerio de Economía de Guatemala. (Asturias; José; Navarro, Jorge; Sandoval Aldana, Carlos, Lic.; Entrevistas sostenidas en la semana del 12 al 16 de junio del 2006).

eminente tradición latina han sido influenciados por el “fast work” (en español se interpreta como trabajo rápido) y el pragmatismo anglosajón que se refleja en sus instituciones y en su forma hacer negocios, de ahí que ahora dentro de los contratos atípicos se incluya nuevas categorías que están caracterizadas por la influencia anglosajona hasta en la forma que se denominan: outsourcing, leasing entre otras, o sea, el derecho mercantil guatemalteco, inspirado en la tradición mercantil, de ser antiformalista y de mucha celeridad está siendo penetrado por influencias del derecho anglosajón.

CAPÍTULO II

2. El derecho mercantil guatemalteco

2.1. Aspectos históricos del derecho mercantil guatemalteco

Vamos a principiar este tema por el período colonial. Guatemala, al igual que el resto dominios españoles en América, regía su vida jurídica por la legislación de la metrópoli. La recopilación de Leyes de Indias, la Leyes de Castilla, las siete partidas y la ordenanza de Bilbao, para citar las más conocidas, contenían normas destinadas al comercio. La capitanía General del Reino de Guatemala estaba sujeta al Virreinato de la Nueva España; de esa cuenta, el comercio lo controlaba el Consulado de México y éste ejercía jurisdicción en los países centroamericanos para resolver las controversias que se pudieran ocasionar. Ante la insistencia de los comerciantes de la capitanía, se creó el Consulado de Comercio de Guatemala, por la Real Cédula del 11 de diciembre de 1793.

El derecho comercial contenido en esas leyes servía más a los intereses de la Corona, que a los propios comerciantes. Bajo dichas tesis el tráfico comercial en estas colonias no favorecía en mayor grado al desarrollo económico de región.

Al suceder la independencia política de Centro América no se dio como consecuencia una legislación propia. Las leyes de España siguieron teniendo vigencia por algunos años. En el gobierno del doctor Mariano Gálvez se hizo el intento de modernizar la leyes del país, sustituyendo las leyes españolas por lo llamados Códigos de Livingston, que era un conjunto de normas redactadas para el Estado de Luisiana, por el Jurista Eduardo Livingston, dentro de las cuales se comprendían disposiciones referente al comercio.

A la llegada del gobierno conservador de Rafael Carrera, significó el estancamiento de

nuestra evolución legislativa, ya que volvió a la legislación española, al grado de que estudios facultativos de derecho se hacían sobre las leyes de Toro y la Novísima Recopilación. Especial atención merece el Código de la revolución Liberal. En el año 1877, al promulgarse los nuevos Códigos de Guatemala, se incluyó un Código de Comercio, con una Ley especial de enjuiciamiento mercantil. De la fecha anterior llegamos hasta 1949, oportunidad en que promulgó un nuevo Código de Comercio contenido, en el Decreto número 2946 del Presidente de la República.

En 1970 se promulgó el Decreto 2-70 del Congreso de la República, que contiene el actual Código de Comercio de Guatemala, el que pretende ser un instrumento de moderno, adaptado a las nuevas necesidades de tráfico comercial de Guatemala, tanto como el aspecto nacional como internacional. También incorporó instituciones nuevas mejoró la sistematización de la materia jurídica mercantil. Es importante señalar la creación del Registro Mercantil, pues tal función, en forma limitada, la cumplía el Registro Civil, en materia de títulos de crédito se incorporó la factura cambiaria.

Debemos resaltar que el derecho mercantil guatemalteco, en su expresión legal, no se agota en el Código de Comercio, pues existen una serie de leyes sobre materia comercial, no codificadas, las que deben tenerse como integrantes del ordenamiento jurídico mercantil del país. Leyes cambiarias, de seguros, de auxiliares de comercio; y en su parte adjetiva, la reciente ley de arbitraje comercial, que forma parte de las normas que regulan la justicia mercantil.

2.2 Autonomía del derecho mercantil

Ya hemos visto, al referirnos a los aspectos de su desenvolvimiento histórico, que no siempre existió un derecho mercantil autónomo; un derecho mercantil como rama especializada dentro de la subdivisión tradicional del derecho. No es sino hasta la Edad Media en que se principia a gestar la separación del derecho privado en dos

ramas: derecho civil y derecho mercantil. Ahora bien, ¿Cuáles son los alcances de esa separación? ¿En qué sentido debemos entenderla? Recordemos que ambos derechos tienen una vinculación histórica. O sea que la separación siendo necesaria por la materia que cada uno regula, no debemos olvidar que el abolengo científico e histórico de la legislación civil hace que ella sirva para auxiliar a la legislación mercantil cuando sus disposiciones resultan insuficientes para dar una solución ante un caso práctico.

2.3. Antecedentes.

La influencia en el mundo moderno respecto de la vida comunitaria y social trasciende todas las esferas de la vida cotidiana. Es difícil citar con precisión dónde se originó el actual modelo de vida, con su trepidante y apretada forma de subsistencia, o qué condujo a la humanidad a adoptar este modelo en sustitución de otros (un estudio antropológico podría fijar con mayor detalle la historia humana respecto de la sustitución de modelos a lo largo del tiempo), aún a riesgo de adoptar una solución simplista parece ser que la humanidad ha adoptado los modelos que prácticamente son los más idóneos para la supervivencia, esta afirmación no es del todo válida a todos los grupos y seres humanos ya que algunos modelos suponen un enorme sacrificio humano para ciertas clases sociales que incluso atentan contra su supervivencia.

Ciertamente entonces el estudio del ser humano, al menos en este aspecto, debe ser desde un enfoque holístico en donde antropólogos, sociólogos y psicólogos serían los expertos llamados a tender puentes de investigación sobre tales planteamientos. No obstante ello, podrían citarse algunos fenómenos políticos, sociales, jurídicos y principalmente económicos que han influido no sólo en la construcción del esquema moderno sino en la variación y percepción que del mundo tienen los individuos. Indudablemente que el hombre también está constituido por el “homo economicus”, este está determinado, en gran medida, por los factores económicos que lo circundan. Desde la aplicación y percepción marxista respecto de que la fuerza de trabajo está

comprendida dentro de las mercancías y que la conciencia del hombre está determinada materialmente por su posición económica y el concepto de clase. En esta parte el sistema jurídico, parte de la supraestructura social, juega un papel importante para la conservación y supervivencia de un estado de cosas. A partir del influjo de lo económico y su importancia en todas las demás relaciones se podría afirmar que este ha sido el motor, no sólo del progreso tecnológico, sino también de todas las relaciones humanas en la actualidad (valga citar el enorme número de mujeres casadas que hoy día están inscritas en actividades económicas, las que otrora quedaban en el ámbito privado y doméstico, no sólo por las conquistas de los grupos feministas y la cada vez más conciente necesidad de igualdad entre los sexos sino porque el mismo mercado ha exigido, por un lado, una mayor oferta de empleos y por otra que ese mismo mercado, en el que antiguamente sólo figuraba el hombre, exige cada vez más del individuo una actitud “consumista” para satisfacer las necesidades familiares razón por la que hoy en día el varón no se da abasto para sufragar los gastos familiares). Es decir, el intercambio de bienes y servicios traducidos en materia económica ha acompañado al hombre desde los primeros homínidos, desde la primera división sexual del trabajo y a lo largo de toda la historia de la humanidad. También se ha notado la influencia de fenómenos políticos y sociales como la revolución francesa –el principio de la libertad absoluta *laissez faire-laissez passer*, llegando a la nueva revolución tecnológica que modificó la forma de percibir el mundo y de relacionarse en él y con él, hasta llegar al fenómeno de la modificación genética (últimos avances en materia científica) que representa otro momento histórico y que llevará a la humanidad a un lugar aún insospechado.

Evidentemente existe una serie de situaciones que no fueron siquiera imaginadas, en otros tiempos. En estas circunstancias existe una evidente influencia de todos los fenómenos sobre la vida del hombre en sociedad y sobre las personas individualmente consideradas, sin embargo, dado que estamos frente al continuum micro-macro o dicho de otra forma frente a una postura multidimensional, en donde existen macro conceptos que modifican la realidad a partir del conocimiento de la complejidad, los sociólogos

abordan la temática con mucha propiedad, es también cierto que el individuo, grupos de individuos o clases sociales han influenciado también a la sociedad llevándola a lo que hoy presenciamos y que indudablemente es parte del desarrollo, evolución o avance de la humanidad.

Como se ha visto el fenómeno económico ha jugado un papel trascendental en la conformación de las instituciones y de las relaciones sociales como hoy día las conocemos. De ahí que el comercio con su pujante actividad sirvió de modificación de las conductas sociales. Hoy día cuando estamos frente a un nuevo orden mundial, dibujado sobre la base del libre comercio, los Estados, sociedades y pueblos han adoptado nuevas prácticas comerciales, caracterizadas por su dinamismo, y estas a su vez han flexibilizado las normas jurídicas para que respondan a la rapidez y versatilidad propias del comercio. De ahí que hoy se hable de nuevos contratos y del derecho mercantil tan informal y tan adecuado a la actividad que intenta regular.

En el caso de la sociedad guatemalteca, al igual que otras muchas, la influencia del fenómeno mercantil ha hecho su aparición razón por la que el Estado legisló, a través del Código de Comercio, Decreto número 2-70 emitido el 28 de enero de 1970, lo relativo a la actividad comercial, a los comerciantes y las relaciones entre estos, caracterizándose este tipo de legislación por la enorme flexibilidad normativa, la literalidad, la sencillez y la celeridad con que se pretende responder a las necesidades de los comerciantes. Adicionalmente se establece el posicionamiento filosófico y político que inspira al comercio, mismo que se caracteriza por la amplia libertad de los sujetos del derecho comercial, que también se observa en la autonomía de la voluntad para crear contratos atípicos, como el caso del outsourcing, más allá del catálogo contenido en el propio Código de Comercio.

2.4.- Fines:

Los fines de las leyes relativas al comercio, particularmente del código de comercio

guatemalteco, se dirigen a la organización, regulación y ordenación de la actividad mercantil y comercial, sus sujetos, las empresas mercantiles, los contratos mercantiles, títulos mercantiles connotados por un amplio margen de libertad y celeridad que contribuya al desarrollo de la actividad económica mercantil.⁷ (sic.)

2.5.- Características y principios del derecho mercantil

2.5.1 Características

Las características de la rama de derecho deviene de la materia que trata. En el caso del derecho mercantil, el comercio, es la esencia, tiene la particularidad de darse en masa, cambia constantemente en los modos de operar, exige rapidez en las formas de negociar, se desenvuelve a nivel nacional e internacional.

2.5.1.1. Es poco formalista

La circulación para que sea fluida, exigen que la formalidad esté relegada a mínima expresión, salvo en los casos en que su ausencia puede sacrificar la seguridad jurídica. Los negocios mercantiles se concretan en simples formalidades sólo explicables para un conjunto de relaciones que por su cantidad no podrían darse fácilmente de otra manera. Ejemplificando lo anterior se da una representación civil mediante el otorgamiento de un contrato de mandato; en cambio, la representación en materia de títulos de crédito se da por un simple y sencillo endoso de procuración.

2.5.1.2.- Inspira rapidez y libertad en los medios para traficar

El poco formalismo anteriormente relacionado, se somete con agilidad del tráfico comercial. Ello obliga a que el derecho funcione a la par de la realidad que se le

⁷ De Pina Vara, Rafael. **Elementos del derecho mercantil mexicano**. Pág. 97

presenta.

2.5.1.3. Adaptabilidad

Que el comercio se relaciona con el ser humano por ser una de sus funciones, dicha función cambia día a día por diversos motivos ya sean políticos, científicos, culturales, por lo que las formas de comerciar de van desarrollando progresivamente. De ello resulta que la legislación siempre va en zaga de la práctica. Entonces una característica de este derecho para tomarse en cuenta es que, en su contexto general debe irse adaptando a las condiciones reales del mismo fenómeno comercial.

2.5.1.4. Tiende a ser internacional.

El desarrollo de posnegocios relacionados con bienes y servicios no es de uso exclusivo del comercio local de una sociedad políticamente organizada. Pues primero se produce para el mercado interno. Esto hace obligatorio que las instituciones jurídicas tienda a un uniformidad así facilitar el intercambio a nivel internacional, haciendo que esta característica sea la más sensible ahora que ha surgido el fenómeno de la globalización de las economías.

2.5.1.5. Posibilita la seguridad del tráfico jurídico

En la observancia estricta de que la negociación mercantil está basada en la verdad sabida y la buena fe guardada, de manera que ningún acto posterior puede desvirtuar lo que las partes han querido al momento de obligarse.

5.2.2 Principios

Siempre se ha tratado de de separar las características de lo que, en mi criterio, puede decirse que son principios que inspiran al derecho mercantil; siendo los principios los

que a continuación se pueden considerar:

- a) La buena fe;
- b) La verdad sabida;
- c) Toda prestación se presume onerosa;
- d) Intención de lucro; y,
- e) Ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación

2.6. Fuentes del derecho mercantil

La palabra fuente del derecho significa origen, fenómeno de donde proviene, en ese contexto únicamente es necesario ocuparse de las fuentes formales del derecho mercantil siendo estas: la costumbre, la jurisprudencia, la ley, la doctrina y el contrato.

2.6.1 La costumbre

El Artículo 2º en su segundo párrafo de la Ley del Organismo Judicial le da categoría de fuente de derecho a la costumbre y por lo mismo al uso, en defecto de la ley aplicable al caso siempre y siempre que no sea contraria a la moral y al orden público y que resulte probada. La costumbre fue la primera fuente formal del derecho mercantil, y fuera como práctica general de los comerciantes o como usos del comercio.

2.6.2 La Jurisprudencia

Citando nuevamente el Artículo 2 en su primer párrafo de la Ley del Organismo Judicial, la jurisprudencia esta concebida como fuente complementaria, en ese orden es fuente de derecho en derecho Mercantil. Asimismo, de acuerdo con lo establecido en nuestro Código Procesal Civil y Mercantil, cuando se producen cinco fallos reiterados en juicios sometidos al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, por

medio del recurso de casación, se genera la doctrina legal que puede citarse como fundamento de pretensiones similares. Esto demuestra que en nuestro ordenamiento guatemalteco carece de estimación por la jurisprudencia como fuente de derecho y, en consecuencia, también del derecho mercantil.

2.6.3 La Ley

La Ley, o la legislación con más propiedad, es la fuente primaria del derecho según los artículos 2º y 3º de la Ley del Organismo Judicial. En el caso de Guatemala, la normatividad mercantil se integra a partir de su Constitución Política, cuyos preceptos mercantiles desarrollan e el Código de Comercio y demás leyes y reglamentos que norman la actividad de los comerciantes, las cosas y los negocios mercantiles.

2.6.4 La Doctrina

Son muy pocos los autores que niegan la calidad de fuentes a la doctrina; sin embargo, en el derecho mercantil sucede algo especial. Por el lento proceso legislativo ya que la doctrina corre pareja con la práctica; lo que sucede con la ley. Entonces para que este derecho sea viable, los principios que ya estudiamos, y que son doctrinarios, vienen a ser fuentes coadyuvantes en la interpretación del contexto legal, por disposición del Artículo 1º del Código de Comercio.

2.6.5 El Contrato

El contrato ha sido considerado como fuente del derecho sobre todo en el campo del derecho privado. Podemos considerar que el contrato es fuente del derecho mercantil en la medida en que recoge convenciones de los particulares provenientes de la esfera de la autonomía de la voluntad (...), si en algún campo del derecho privado se dan modalidades muy especiales al celebrar un contrato, en el terreno mercantil

existen y por ello lo podríamos considerar como una fuente.

2.7. Elementos:

2.7.1. Sujetos:

Dentro de los sujetos del derecho mercantil encontramos al comerciante individual que según el Artículo 2 del Código de Comercio es el sujeto que ejerce en nombre propio y con fines de lucro, cualquiera de las actividades de producción, siguientes: La industria, la intermediación, y circulación de bienes y servicios, la banca, seguros, fianzas y los auxiliares de todos los anteriores.

El comerciante social: son aquellas personas individuales, que con fines de lucro, organizan una sociedad o persona jurídica, distinta de ellas, a través de la cual conjuntan capital y esfuerzo con la finalidad obtener ganancias. El Código de Comercio señala que las sociedades organizadas bajo la forma mercantil tienen la calidad de comerciantes, cualquiera sea su objeto.

Otros sujetos de la actividad mercantil son los auxiliares del comerciante que pueden ser los factores de comercio, corredores, comisionistas o dependientes, que sin embargo, no tienen la calidad de comerciantes.

2.8. Marco de acción:

El marco de acción de la actividad mercantil se da dentro de los límites establecidos en el código de comercio, y las leyes de la república que establecen la licitud del objeto o actividad comercial y que limitan el ejercicio de aquellas empresas o personas que no se ajustan a dicha normativa, dentro de lo que podríamos denominar una tradición de positivismo jurídico. A pesar de la existencia de la regulación contenida en el código de comercio existen en Guatemala un sin número de personas que se dedican a la

actividad comercial, al margen claro está del sistema jurídico, y que constituyen la denominada economía informal siendo que resultan ser comerciantes de hecho.

Respecto de esta misma situación el propio código de comercio señala la existencia de sociedades irregulares o de hecho, cuando en el caso de los comerciantes sociales no se cumple con los requisitos para su reconocimiento jurídico.

Al margen de la postura doctrinaria, se encuentra las personas a quienes se dirige la actividad comercial.

2.9.- Las necesidades que se pretenden satisfacer:

El derecho mercantil pretende regular la actividad comercial para que sea pronta, efectiva y eficaz, a efecto de coadyuvar con la necesidad de agilidad que el derecho mercantil requiere en toda operación mercantil.

CAPÍTULO III

3. Contratos mercantiles

3.1 Naturaleza jurídica:

Los contratos mercantiles se dan en el marco del derecho privado, en los que las partes se encuentran en igualdad de condiciones, haciendo uso de la autonomía de la libertad para contratar.⁸

3.2. El contrato

Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

Que extiende las reglas del contrato a los demás actos jurídicos, unilaterales o bilaterales, diferente es la formula adoptada por el código alemán según el maestro Borja Soriano que imita el código brasileño, ya que se destina a las reglas del acto jurídico, como categoría especial, aun cuando ello no implica, de modo alguno, que considere que el contrato tiene otra naturaleza.

La etimología de la palabra contrato es una voz semi culta, del latín contractus, literalmente contraído, del verbo contraho, ere, originalmente " juntar y en la aceptación "contraer" una deuda, un negocio.

⁸ Palomar de Miguel, Juan. **Diccionario para juristas**. Pág. 140.

En el diccionario la palabra contrato significa pacto o convenio entre partes que se obligan sobre cosa determinada, y por convenio ajuste, concierto entre dos o más personas o entidades.

En el diccionario de sinónimos nos damos cuenta de que es lo mismo a contrato, pacto, convención, acuerdo, compromiso, trato, estatuto, avenencia, tratado, formalidad, protocolo.

En el diccionario jurídico convenio viene del vocablo convenir, del latín convenire, ser de un mismo parecer, ajuste o concierto de dos o más personas.

Y por contrato, según el diccionario jurídico proviene del latín contractus derivado del verbo contrahere, es un acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce consecuencias jurídicas.

El contrato lo podemos definir como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, es una especie dentro del género de los convenios.

Contrato la especie y al convenio el género; "convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones" y contratos son "los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos". El maestro Rojina Villegas nos dice que: "...el convenio tiene dos funciones; una positiva, que es crear o transmitir derechos y obligaciones, y otra negativa, modificarlos o extinguirlos".⁹

Por consiguiente se distingue el contrato del convenio, tomando en cuenta que para el contrato se le asigna una función positiva, es decir la creación y transmisión de derechos y obligaciones, y para el convenio se le da una función negativa, la de modificar o extinguir derechos y obligaciones.

Por otra parte, hay que tener presente que el contrato, según la definición legal, no sólo da nacimiento a obligaciones y a derechos de crédito, sino también puede crear o transmitir derechos reales Artículos 1793 y 2014, como ocurre en el contrato de hipoteca y en el de compraventa.

Esta definición de contrato y convenio antes dada supone la del acto jurídico, podemos decir que el contrato es un acto jurídico plurilateral, que tiene por objeto crear o transmitir derechos y obligaciones reales o personales, es un acto jurídico plurilateral, porque en todo contrato hay una manifestación de voluntades que se llama jurídicamente consentimiento, es decir un concurso o acuerdo de dos o más voluntades, como todo acto jurídico, esta manifestación de voluntades tiene o se propone un objeto, que es el caso del contrato, crear o transmitir derechos y obligaciones y el contrato tiene los mismo elementos esenciales que el acto jurídico, que son la manifestación de voluntad animada de la intención de producir efectos de derecho, y el objeto que persigue esta manifestación de voluntad, que en el contrato consiste única y exclusivamente en crear o transmitir derechos y obligaciones, el tercer elemento, la norma jurídica ampara la manifestación de voluntad y reconoce los efectos deseados por los contratantes.

A su vez el convenio en sentido estricto es un acto jurídico plurilateral que tiene por objeto modificar o extinguir obligaciones y derechos.

3.2.1 Características del contrato mercantil:

- Es un medio (instrumento jurídico) de la circulación mercantil.
- Es regulado por el Código Civil y el Código de Comercio.
- Tiene Libertad de Forma aunque el Estado obliga a realizar numerosas operaciones con arreglo a formas rígidamente preestablecidas. Su intención es la de proteger el interés del público en general.

⁹ Rojina Villegas, Rafael. **Compendio de derecho; Contratos civiles**; Pág. 234.

- Reducción del principio de la autonomía de la voluntad en materia de contratación. Los contratos mercantiles se suponen elaborados en igualdad de condiciones por las partes contratantes. Sin embargo, en la realidad, existen compañías privilegiadas que “imponen” su ley a los clientes. Es el caso de contratos bancarios, seguros, transportes, suministros de gas, agua, electricidad, etc. Son los denominados contratos-tipo en los que raramente se realizan modificaciones por exigencias de particulares.

3.2.2 Elementos del contrato:

Al referirnos a los elementos del contrato, los autores mexicanos, siguen el criterio del Código Civil, se clasifican a los elementos del contrato en esenciales y de validez. Son elementos esenciales; el consentimiento, y de validez, la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la licitud en el objeto, motivo o fin y la forma.

3.2.3 Autonomía de la voluntad

Ahora otra cosa muy importante es la libertad en el contrato, la libertad de contratar, es decir para celebrar o no un contrato y para escoger a la persona con que va a contratarse, también la libertad en cuanto a la forma y al contenido del contrato, esta autonomía de la voluntad surgió durante el auge del individualismo y del liberalismo económico del siglo antepasado al amparo de la teoría del contrato social de Rousseau, que decía que la bondad, natural del individuo y en la necesidad de limitar por el pacto social la libertad sólo para conservar esta.

Diversos son los conceptos sobre la autonomía de la voluntad; según Mazeud, la voluntad de las partes les otorga la posibilidad de contratar, de no contratar, de fijar las

condiciones del contrato, y de modificar el contrato a su conveniencia, inclusive ponerle término.¹⁰

Para Borja Soriano dice que la "noción de libertad individual se expresa habitualmente diciendo que todo lo que no está prohibido, está permitido".¹¹

Entonces podemos decir que esta libre actuación nos faculta para:

- Para contratar;
- Para no contratar;
- Para modificar el contrato;
- Para determinar las condiciones del contrato;
- Para dar por terminado el contrato.

Por libertad para contratar entendemos que el sujeto tiene la libertad para celebrar determinado contrato, esto tiene excepción, cuando el objeto del contrato este fuera del comercio.

Pero en todos los casos, en que alguien puede libremente decidir sobre determinado contrato, habrá el principio de la autonomía de la voluntad.

La libertad de no contratar autoriza para rechazar determinado acto u oferta:

3.2.4. Elementos esenciales del contrato

¹⁰ Mazeud, Henry, Leon y Jean. **Lecciones de derecho civil**. Argentina. Pág. 105.

¹¹ Borja Soriano, Manuel. **Derecho de las obligaciones**. Pág. 78.

Los elementos esenciales del contrato, son los que debe tener todo acto jurídico para ser contrato, de manera que la ausencia de cualquiera de estos elementos impide que haya contrato

3.2.5 El consentimiento

El consentimiento es la manifestación de voluntad, que debe ser libre, esto es sin vicios (error, violencia, dolo o mala fe); por la que una persona da su aprobación para celebrar un contrato. El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signo inequívocos. El consentimiento tácito resulta de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo.

Es la voluntad del deudor para obligarse la voluntad es la intención, el ánimo o resolución de hacer una cosa y esta voluntad es la intención que se tiene para realizar un acontecimiento con efectos jurídicos.

Esta Voluntad debe ser:

Una voluntad real;

Voluntad seria y precisa;

Que se exteriorice, sea de manera expresa o tácita.

Este consentimiento es pues el acuerdo de voluntades de dos o más personas, que es necesario por lo menos para que exista consentimiento y como consecuencia contrato.

3.2.6. El objeto

Todo contrato tiene por objeto la cosa que una parte se obliga a dar, a hacer o no hacer. Es la conducta, esta llevada a cabo por un ser humano, y esta conducta es una prestación, o abstención.

Pero el contenido de la conducta, ese hacer algo o dejar de hacer algo, deber jurídica y físicamente posible, que está determinado y que no sea ilícito.

La cosa objeto del contrato debe de:

Existir en la naturaleza;

Ser determinada o determinable en cuanto a su especie;

Estar en el comercio.

En primer lugar la cosa debe existir, porque si la cosa no existe, se extinguió o pereció antes del contrato, por lo tanto no habría objeto del contrato.

3.2.7. Solemnidad

Es la manera de manifestar la voluntad elevada a la categoría de solemne por la ley.

3.3. Elementos de validez del contrato

Estos elementos debe tener el contrato ya existente para no estar afectado de nulidad, de manera que la falta de uno de estos hace que el contrato en cuestión resulte privado de efectos jurídicos.

3.3.1 La capacidad

Esta es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones y para hacerlos valer por sí mismas, que la ley reconoce a la persona, existe capacidad de goce y capacidad de ejercicio;

3.3.2 Ausencia de los vicios del consentimiento

Son aquellas circunstancias particulares que sin anularlo lo dañan. En los contratos se requiere que las personas como sujetos de derechos manifiesten un consentimiento exento de vicios, ya que tales circunstancias lo pueden anular.

3.3.3. El error

Es el conocimiento o falsa apreciación de la realidad, es el conocimiento inexacto de la realidad, que consiste en creer cierto lo que es falso o falso, lo que es cierto. Para que el error pueda considerarse como un vicio del consentimiento y por lo tanto originar la nulidad del contrato, debe recaer sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan.

3.3.4. El dolo

Es cualquier sugestión o artificio que se emplee, para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes, es decir el dolo es el empleo de cualquier medio ilegal para inducir o provocar el error y así obtener la voluntad de una persona.

Se distingue el dolo incidental del dolo principal, el dolo principal recae sobre la causa o motivo determinante de la voluntad de los contratantes; Se da cuando induce a éstos a celebrar un contrato que de otra manera no hubieran celebrado.

3.3.5. Violencia

Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes.

Cuando se convierte en una fuerza física irresistible, configura ya no un consentimiento viciado, sino falta absoluta.

Que sea grave, debe importar al peligro de perder la vida, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante o de una persona allegada a él.

Como requisito objetivo de la violencia se requiere, por un parte, que la amenaza importe el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de sus bienes del contratante, del cónyuge, de sus ascendientes, descendientes, o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.

Como requisito subjetivo, se necesita que la amenaza sea seria, es decir de tal naturaleza que puede impresionar a una persona razonable.

Se trata de una coacción efectuada sobre la voluntad de una persona y que la neutraliza hasta el grado de obligarla a celebrar el contrato

3.3.6. Lesión

Es el perjuicio que sufre una persona de la cual se ha abusado por estar en un estado de suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria, en la celebración de un contrato. La ley da al perjudicado la acción de nulidad del contrato.

Un elemento objetivo es obtener un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que por su parte se obliga el perjudicado, pero sin señalar el monto o la cuantía de tal desproporción.

Y un elemento subjetivo, que es explotar la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro.

Quedando así configurada cuando una de las partes, explota la necesidad o inexperiencia de la otra, obteniendo por medio de un acto jurídico una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

3.3.7 Licitud en el objeto motivo o fin

El objeto, es decir la conducta manifestada como una prestación o como una abstención, debe ser lícita además de posible el hecho, como contenido de la prestación.

3.4. La forma

Según el maestro Zamora y Valencia, es: "...la manera de exteriorizarse el consentimiento en el contrato y comprende todos los signos sensibles que las partes convienen o la ley establece para lograr esa exteriorización".¹²

Si la voluntad es la exteriorización de la intención de realizar un acontecimiento que sea jurídico, y las voluntades de dos o más sujetos forman el consentimiento, si no existiese esa forma o manera de exteriorizarse no se hablaría de contrato.

La forma exigida por la ley para la celebración de un determinado contrato, debe observarse tanto para la oferta o policitud, como en la aceptación de la misma.

3.4.1 Clasificación de los contratos

Esta primera clasificación que haré mención atiende a las partes que intervienen en la celebración y su propósito fundamental de su celebración

3.4.2. Civiles

Son los llevados a cabo entre particulares, o entre un particular y el Estado, cuando este interviene en un plano de igualdad, y están regulados por el Código Civil.

¹² Zamora Y Valencia, Miguel Ángel. **Contratos civiles**. Pág. 153.

3.4.3. Mercantiles

Las partes que intervienen realizan actos de comercio y por lo menos una de ellas su actividad diaria es el comercio, todo lo que conlleve especulación comercial

Las compras y ventas de bienes inmuebles cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial.

3.5 Caracteres:

Los contratos mercantiles se caracterizan por su literalidad, es decir que establecen y se rigen por el contenido propio de los títulos contractuales.

Además incorporan dentro de los contratos mercantiles una serie de derechos entre las partes que intervienen en los negocios.

Los contratos mercantiles se caracterizan adicionalmente por su sencillez que pretende agilizar la actividad comercial, que en caso de existir una contratación demasiado formalista se vería interrumpida.

3.5.1 Los contratos típicos:

“Los contratos típicos son aquellos que se encuentran regulados, enumerados, descritos y expresados en el Código de Comercio, es decir aquellos contratos nominados por ejemplo: El seguro, fideicomiso, la compraventa mercantil, el aval, la tarjeta de crédito, el contrato estimatorio etc.”¹³

¹³ Ramírez Valenzuela, Alejandro. **Introducción al derecho mercantil y fiscal**. Pág. 350.

3.5.2 Los contratos atípicos:

Los contratos atípicos en el derecho mercantil guatemalteco son aquellos, que por exclusión o falta de regulación, no están determinados, contenidos, expresados en el Código de Comercio, pero que pueden ser creados por la autonomía de la voluntad de los sujetos del derecho mercantil. En este sentido la línea que sigue el Código de Comercio es la del “numerus apertus” teniendo únicamente la limitación de que dichos contratos no vayan contra el orden público ni la legalidad contenida en las normas jurídicas del derecho mercantil. En esta rama podemos encontrar al outsourcing, el leasing etc.¹⁴

3.6. El grado de influencia del derecho anglosajón

Es evidente que el desarrollo de las grandes empresas y capitales se ha forjado en occidente, concretamente la influencia que Estados Unidos ha tenido en la última etapa del siglo pasado y principios del presente siglo, es un hecho innegable. El pensamiento anglosajón con el pragmatismo del common law se trasladó al ámbito del derecho mercantil en donde salta la influencia de la tradición jurídica anglosajona y que se evidencia en el enorme influjo de los contratos atípicos que hoy conocemos y que incluso son conocidos por sus aforismos en el idioma inglés (outsourcing, el leasing etc).

¹⁴ **Ibid.**

CAPÍTULO IV.

4. Los outsourcing

4.1 Historia.

La traducción al castellano del neologismo inglés outsourcing viene a ser la externalización de determinadas áreas funcionales (no sólo las informáticas). Por tanto, aplicado con carácter general, no es un concepto nuevo puesto que responde al acto mediante el cual una organización contrata a un tercero para que realice un trabajo en el que está especializado, con los objetivos de reducir costos y/o, evitar a la organización la adquisición de una infraestructura propia que le permita la correcta ejecución del trabajo.

Delegar responsabilidades y compromisos que no son inherentes a la esencia del negocio ha sido una constante en las organizaciones. Al comienzo de la era post - industrial se inicia la competencia en los mercados globales, y es entonces cuando las empresas deciden que otros asuman responsabilidades, porque no parecía suficiente su capacidad de servicios para acompañar las estrategias de crecimiento.

Hoy en día se habla de volver al inicio y retomar estos conceptos bajo el nombre de Reingeniería de Procesos. La realidad es que siempre se ha hecho outsourcing, pero con una concepción probablemente equivocada.

Hay que tratar de sacar el mejor provecho posible a un programa de esta índole y darle valor agregado para obtener una solución efectiva a los procesos empresariales.

A pesar de no ser una práctica común entre las empresas latinoamericanas, en países como Venezuela, que hemos experimentado una crisis económica muy fuerte y que ahora estamos viviendo cambios radicales debido a las presiones socio-económicas hemos formado una “plataforma de lanzamiento” para que este tipo de servicios externos se llevara a cabo, dado que para muchas compañías el reducir costos e

incrementar la productividad se convirtió en la diferencia entre el éxito y el fracaso. De hecho, varias empresas que brindaban este servicio lograron la eficiencia sin tener que pasar por algunas etapas, ya que la crisis ayudó en el sentido de que no había otra forma de adaptarse a lo que el mercado y los clientes necesitaban.

4.2 Aspectos generales:

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

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

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

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

En 1998, el outsourcing alcanzó una cifra de negocio a nivel mundial de cien mil

millones de dólares. De acuerdo con estudios recientes, esta cantidad se disparará hasta 282 mil millones de dólares.¹⁵

Hasta hace un tiempo esta práctica era considerada como un medio para reducir los costos; sin embargo en los últimos años ha demostrado ser una herramienta útil para el crecimiento de las empresas por razones tales como:

- * Es más económico: Reducción y/o control del gasto de operación.
- * Concentración de los negocios y disposición más apropiada de los fondos de capital debido a la reducción o no uso de los mismos en funciones no relacionadas con al razón de ser de la compañía.
- * Acceso al dinero efectivo: Se puede incluir la transferencia de los activos del cliente al proveedor.
- * Manejo más fácil de las funciones difíciles o que están fuera de control.
- * Disposición de personal altamente capacitado.
- * Mayor eficiencia.

Todo esto permite a la empresa enfocarse ampliamente en asuntos empresariales, tener acceso a capacidades y materiales de clase mundial, acelerar los beneficios de la reingeniería, compartir riesgos y destinar recursos para otros propósitos.¹⁶

4.3 ¿Qué es el outsourcing? (definición, importancia y aplicación).

Outsourcing o tercerización (también llamada subcontratación) es una técnica innovadora de administración, que consiste en la transferencia a terceros de ciertos procesos complementarios que no forman parte del giro principal del negocio, permitiendo la concentración de los esfuerzos en las actividades esenciales a fin de obtener competitividad y resultados tangibles.

¹⁵ Vázquez Arminio, Fernando. **Derecho mercantil, fundamentos e historia**. Pág. 40.

¹⁶ **Ibid.**

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 en la actividad principal.

Esta tercerización responde perfectamente al aforismo popular “zapatero a tus zapatos”, se ha venido bajo la denominación outsourcing, que significa en la práctica encontrar nuevos proveedores y nuevas formas de asegurar la entrega de materias primas, artículos, componentes y servicios.

La importancia de la tercerización radica en que esta pretende concentrar los esfuerzos de la compañía en las actividades principales del giro de negocios. De esta manera se pretende otorgar mayor valor agregado para los clientes y productos mediante agilidad y oportunidad en el manejo de los procesos transferidos, una reducción de los tiempos de procesamiento e inclusive, en la mayoría de los casos, una reducción de costos y de personal, así como una potencialización de los talentos humanos.

4.4 Definición:

Outsourcing ha sido definido de varias maneras. Se pueden mencionar:

- 4.4.1 Es cuando una organización transfiere la propiedad de un proceso de negocio a un proveedor. La clave de esta definición es el aspecto de la transferencia de control.
- 4.4.2 Es el uso de recursos exteriores a la empresa para realizar actividades tradicionalmente ejecutadas por personal y recursos internos. Es una estrategia de administración por medio de la cual una empresa delega la ejecución de ciertas actividades a empresas altamente especializadas.
- 4.4.3 Es contratar y delegar a largo plazo uno o más procesos no críticos para

un negocio, a un proveedor más especializado para conseguir una mayor efectividad que permita orientar los mejores esfuerzos de una compañía a las necesidades neurálgicas para el cumplimiento de una misión.

- 4.4.4 Acción de recurrir a una agencia externa para operar una función que anteriormente se realizaba dentro de la compañía.
- 4.4.5 Es el método mediante el cual las empresas desprenden alguna actividad, que no forme parte de sus habilidades principales, a un tercero especializado. Por habilidades principales o centrales se entiende todas aquellas actividades que forman el negocio central de la empresa y en las que se tienen ventajas competitivas con respecto a la competencia.
- 4.4.6 Consiste básicamente en la contratación externa de recursos anexos, mientras la organización se dedica exclusivamente a la razón o actividad básica de su negocio.
- 4.4.7 Productos y servicios ofrecidos a una empresa por suplidores independientes de cualquier parte del mundo.
- 4.4.8 El outsourcing es más que un contrato de personas o activos, es un contrato para resultados.
- 4.4.9 Contrato en virtud del cual una de las partes, el outsourcer, se encarga de la gestión de los sistemas informáticos de la empresa cliente, adaptándolos a sus necesidades a cambio de un precio.
- 4.4.10 El outsourcing es una tendencia actual que ha formado parte importante en las decisiones administrativas de los últimos años en todas las empresas a nivel mundial.

En palabras sencillas y comprensibles para personas con poco entendimiento jurídico, se podría decir que es el contrato por medio del cual una empresa provee a otra de un servicio que necesita, pero que por su naturaleza, le es difícil auto-proveerse del mismo.

En un contexto de globalización de mercados, las empresas deben dedicarse a innovar y a concentrar sus recursos en el negocio principal. Por ello el outsourcing ofrece una solución óptima.

Básicamente se trata de una modalidad, según la cual determinadas organizaciones, grupos o personas ajenas a la compañía son contratadas para hacerse cargo de "parte del negocio" o de un servicio puntual dentro de ella. La compañía delega la gerencia y la operación de uno de sus procesos o servicios a un prestador externo (outsoucer), con el fin de agilizarlo, optimizar su calidad y/o reducir sus costos.

Transfiere así los riesgos a un tercero que pueda dar garantías de experiencia y seriedad en el área. En cierto sentido este prestador pasa a ser parte de la empresa, pero sin incorporarse formalmente.

La metodología del outsourcing es parte de la toma de decisiones gerenciales, la misma incluye los pasos de todo proceso administrativo de evaluación, planeación y ejecución, ayuda a planear y fijar expectativas de negocios e indica aquellas áreas donde se necesitan conocimientos especializados para realizar las distintas actividades de la organización.

Para ello es preciso pasar de un enfoque de abastecimiento tradicional que consiste en un conjunto de actividades que permite identificar y adquirir los bienes y servicios que la compañía requiere para su operación de fuentes internas o externas a una visión estratégica enfocada a aumentar el valor y la calidad de los productos de la empresa.

Es preciso aclarar que outsourcing es diferente de relaciones de negocios y contratación, ya que en éstas últimas el contratista es propietario del proceso y lo controla, es decir, le dice al suplidor qué y cómo quiere que se desempeñen y se fabriquen los productos o servicios comprados por lo que el suplidor no puede variar las instrucciones en ninguna forma. En el caso de outsourcing el comprador transfiere la

propiedad al proveedor, es decir, no instruye al mismo en como desempeñar una tarea sino que se enfoca en la comunicación de qué resultados quiere y le deja al proveedor el proceso de obtenerlos.¹⁷

* A continuación el sustentante propone algunos ejemplos:

- Contratación:

Si se contrata una empresa para hacer el servicio de limpieza de una compañía, la empresa que solicita el servicio es quien determina que tipo de equipos y detergentes (químicos) utilizar para hacerlo, de que forma, cuántas personas serían necesarias y cuándo se realizaría.

- Outsourcing:

En este caso la empresa que requiere del servicio solicita a la compañía proveedora, el servicio de limpieza. Entonces es el proveedor quien determina cuándo y cómo debe realizar la limpieza, cuáles detergentes va a utilizar y cuántas personas se necesitan para ello.

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

Después de la segunda guerra mundial, las empresas trataron de concentrar en sí mismas la mayor cantidad posible de actividades, para no tener que depender de los proveedores. Sin embargo, esta estrategia que en principio resultara efectiva, fue

¹⁷ Ramírez Valenzuela. **Ob. Cit.** Pág. 390.

haciéndose obsoleta con el desarrollo de la tecnología, ya que nunca los departamentos de una empresa podían mantenerse tan actualizados y competitivos como lo hacían las agencias independientes especializadas en un área, además, su capacidad de servicio para acompañar la estrategia de crecimiento era insuficiente.

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

El outsourcing es un término creado en 1980 para describir la creciente tendencia de grandes compañías que estaban transfiriendo sus sistemas de información a proveedores.¹⁸

En 1998, el outsourcing alcanzó una cifra de negocio a nivel mundial de cien mil millones de dólares. De acuerdo con estudios recientes, esta cantidad se disparará hasta 282 mil millones de dólares.

Como en todo proceso existen aspectos negativos que forman parte integral del mismo, por lo que el outsourcing no queda exento de esta realidad.

En fin outsourcing es un tema sumamente interesante que si es bien aplicado puede reducir escandalosamente los costos directos de una empresa. Hasta hace un tiempo esta práctica era considerada como un medio para reducir los costos; sin embargo, en los últimos años ha demostrado ser una herramienta útil para el crecimiento de las empresas por razones tales como:

- Es más económico, ya que se da una reducción y/o control del gasto de operación.

¹⁸ **Ibid.**

- Concentración de los negocios y disposición más apropiada de los fondos de capital debido a la reducción o no uso de los mismos en funciones no relacionadas con al razón de ser de la compañía.
- Acceso al dinero efectivo. Se puede incluir la transferencia de los activos del cliente al proveedor.
- Manejo más fácil de las funciones difíciles o que están fuera de control.
- Disposición de personal altamente capacitado.
- Mayor eficiencia.

Todo esto permite a la empresa enfocarse ampliamente en asuntos empresariales, tener acceso a capacidades y materiales de clase mundial, acelerar los beneficios de la reingeniería, compartir riesgos y destinar recursos para otros propósitos.

Dentro de las ventajas del outsourcing está, entre otras, que la compañía contratante, o comprador, se beneficiará de una relación de outsourcing ya que logrará en términos generales, una "funcionalidad mayor", a la que tenía internamente con "costes inferiores", en la mayoría de los casos, en virtud de la economía de escala que obtienen las compañías contratadas.

En estos casos la empresa se preocupa exclusivamente por definir la funcionalidad de las diferentes áreas de su organización, dejando que la empresa de outsourcing se ocupe de decisiones de tipo tecnológico, manejo de proyecto, Implementación, administración y operación de la infraestructura.

- ✓ Los costos de manufactura declinan y la inversión en planta y equipo se reduce.
- ✓ Permite a la empresa responder con rapidez a los cambios del entorno.
- ✓ Incremento en los puntos fuertes de la empresa.
- ✓ Ayuda a construir un valor compartido.
- ✓ Ayuda a redefinir la empresa.

- ✓ Construye una larga ventaja competitiva sostenida mediante un cambio de reglas y un mayor alcance de la organización.
- ✓ Incrementa el compromiso hacia un tipo específico de tecnología que permite mejorar el tiempo de entrega y la calidad de la información para las decisiones críticas.
- ✓ Permite a la empresa poseer lo mejor de la tecnología sin la necesidad de entrenar personal de la organización para manejarla.
- ✓ Permite disponer de servicios de información en forma rápida considerando las presiones competitivas.
- ✓ Aplicación de talento y los recursos de la organización a las áreas claves.
- ✓ Ayuda a enfrentar cambios en las condiciones de los negocios.
- ✓ Aumento de la flexibilidad de la organización y disminución de sus costos fijos.

Se pueden mencionar las siguientes desventajas del outsourcing:

- Estancamiento en lo referente a la innovación por parte del proveedor externo.
- La empresa pierde contacto con las nuevas tecnologías que ofrecen oportunidades para innovar los productos y procesos.
- Al proveedor externo aprender y tener conocimiento del producto en cuestión existe la posibilidad de que los use para empezar una industria propia y se convierta de proveedor en competidor.
- El costo ahorrado con el uso de outsourcing puede que no sea el esperado.
- Las tarifas incrementan la dificultad de volver a implementar las actividades que vuelvan a representar una ventaja competitiva para la empresa.
- Alto costo en el cambio de proveedor en caso de que el seleccionado no resulte satisfactorio.
- Reducción de beneficios.
- Pérdida de control sobre la producción.

4.5 Conceptos y funcionalidades básicas.

Contrato: Es un documento de carácter legal que recoge el alcance y características del servicio de outsourcing. El contrato de outsourcing debe definir los siguientes aspectos:

Su duración: Es el plazo que según el contrato durará el contrato, este puede ser prorrogable, prorroga que puede ser por un plazo similar, inferior o superior a el que plasma el contrato.

Las condiciones de la cesión de los activos (tanto económicas como de otro tipo) referidos al momento inicial del acuerdo entre la Administración y el contratista.

Las condiciones de la gestión de los Sistemas de Integración a llevar a cabo durante el contrato (nivel de servicio).

Las condiciones de recuperación de la gestión de los Sistemas de Integración una vez finalizado el contrato.

La propiedad intelectual, especialmente si se traspasa al proveedor la responsabilidad del desarrollo de aplicaciones.

Las condiciones previstas para la resolución del contrato con anterioridad a la fecha de su finalización prevista.

Nivel de servicio: El nivel de servicio define el ámbito de aplicación del servicio (operación, mantenimiento, desarrollo, etc.), para sistemas de información concretos y la forma exacta de llevarlo a cabo. Es uno de los puntos más importantes de un contrato de outsourcing y debe ser fácilmente medible. Para el establecimiento del nivel de servicio suele ser usual la realización conjunta, entre la organización contratante y la empresa de outsourcing, de las siguientes actividades:

Análisis de viabilidad que defina el ámbito de aplicación.

Análisis detallado que determine minuciosamente todos y cada uno de los

compromisos concretos que van a ser contraídos por ambas partes.

Activos: Es el conjunto de recursos informáticos que son propiedad de la organización contratante y que son susceptibles de ser traspasados a la empresa que proporciona el servicio de outsourcing e incluso posteriormente ser recuperados. Estos activos pueden clasificarse en:

Físicos: corresponden al equipamiento físico de la organización.

Lógicos: corresponden al equipamiento lógico básico.

De aplicación: corresponden al aplicativo existente, tanto a medida como de carácter comercial.

Información: corresponden a los datos contenidos en los sistemas de integración.

Humanos: corresponden a transferencia de personal, los cuales quedan fuera del alcance de esta guía.

Transformación de costos: Bajo este concepto se engloba comúnmente el hecho de que el outsourcing modifica los conceptos contables relacionados con la gestión informática. Se transforman los costos del recurso en costos del servicio, los costos fijos en costos variables y las inversiones en gastos desapareciendo los activos. Esto es posible, entre otras razones, gracias a:

La fragmentación del servicio en unidades básicas (nómina, transacción, informe, etc.).

La tarificación independiente y fija de cada una de estas unidades.

El pago del servicio de acuerdo con la prestación real del mismo basada en las unidades realizadas.

Plan de pagos: Dadas las peculiaridades del servicio de outsourcing, el plan de pagos establece la forma en que se remunerará el servicio (mensual, cuando se

cumplan determinados hitos, etc.), teniendo en cuenta que cada pago podrá tener una componente de costo de carácter fijo y otra variable, en función del nivel de servicio. Así, en los contratos se puede establecer los siguientes tipos de pagos.

Precio fijo: Se da cuando el contrato es para la realización de una actividad fija, en la que no suceden cambios en cuanto a los costos para ninguna de las partes.

Precio variable, por unidad de uso.

Precio mixto (parte fija y parte variable).

Salidas programadas: El contrato de outsourcing debe prever los mecanismos necesarios para que a la terminación del mismo sea posible la transferencia de activos y del servicio. Este concepto está relacionado con la terminación del contrato, puesto que define:

Los momentos específicos de tiempo (a un año de la firma, a dos, etc.) en los que se podrá dar éste por finalizado.

La posibilidad de cancelación anticipada del contrato con su correspondiente compensación económica.

Los plazos de preaviso de resolución anticipada del servicio.

Estas salidas programadas deberán quedar reflejadas dentro de alguna de las cláusulas del contrato.

Gestión de instalaciones: Es el servicio que tiene como objetivo realizar las tareas propias de un Centro de Proceso de Datos (CPD) de una organización, consistentes básicamente en:

Operación de sistemas de integración.

Gestión de redes.

Soporte técnico.

Este servicio puede proporcionarse vía remota desde las instalaciones de la empresa contratada o en las propias de la organización contratante y los recursos a utilizar pueden pertenecer a la empresa contratada, a la organización contratante o al suministrador del equipo lógico o físico que se utilice. El concepto de gestión de instalaciones se confunde generalmente con el de outsourcing aunque éste último es más amplio y lo engloba.

Gestión de sistemas: Es un servicio de mayor alcance que el de gestión de instalaciones consistente en:

Operación de sistemas de integración.

Gestión de redes.

Soporte técnico.

Mantenimiento de aplicaciones.

Integración de sistemas: Es un servicio que contempla el desarrollo y puesta en marcha de las aplicaciones de una organización y cuyo alcance incluye todas las tareas relacionadas con un proyecto de desarrollo de sistemas de integración:

Diseño.

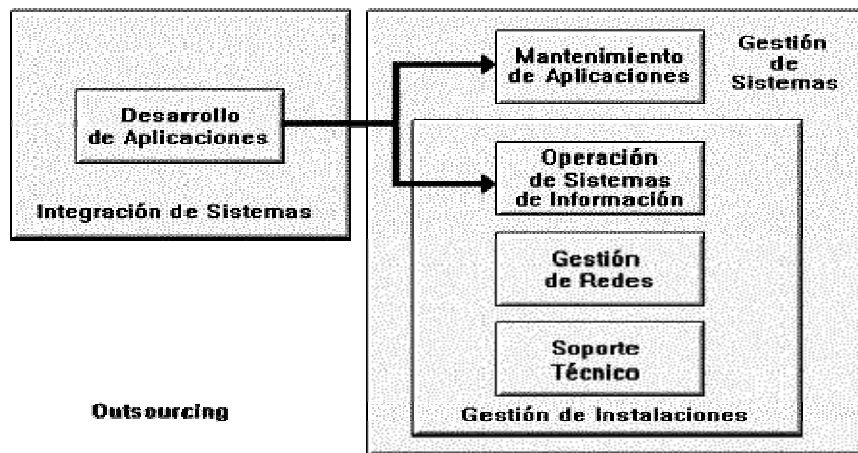
Codificación.

Pruebas.

Formación de usuarios.

Implantación de Sistemas de Integración.

Este servicio, por sus peculiaridades específicas, es más difícil de definir y dimensionar que los dos anteriores.



Fuente: www.monografías.com/outsourcing/tab1 (23/3/07).

Right-sourcing: Este término se utiliza para definir la solución óptima en la elección de la empresa a la que se cede el servicio de outsourcing. Como el outsourcing incluye servicios muy diferentes, la elección óptima posiblemente supondría no adjudicar el contrato a una única empresa sino a varias, de modo que cada una efectuase la parte del servicio para la que fuera más efectiva. Sin embargo, en la práctica no suele hacerse de esta manera, sino que se decide adjudicar el contrato a una única empresa.

In-house: Este concepto se aplica cuando el servicio de outsourcing se produce en las instalaciones de la organización contratante del servicio.

Off-site: A diferencia del anterior, este concepto se aplica cuando el servicio de outsourcing se produce en las instalaciones de la propia empresa que presta este servicio.

Co-sourcing: Algunos expertos predicen que las empresas que mayores beneficios obtendrán en el año 2000 con el negocio del outsourcing serán aquellas que ofrezcan algún valor añadido a sus clientes. Muestra de esto puede considerarse una modalidad de "externalización" surgida recientemente, denominada co-sourcing, que responde a una evolución más del mencionado servicio. Con ello, lo que se pretende es que la empresa prestadora del servicio comparta riesgos con aquella que la

contrató.

Out-tasking: Una modalidad de outsourcing más focalizada hacia tareas específicas. Así pues, se observa cómo, en algunos casos, el outsourcing transita hacia:

Contratos de escala reducida.

Se confían menos funciones a la empresa proveedora del servicio.

Los servicios están más especializados.

4.6 Áreas de la empresa mercantil o servicios que pueden pasar a outsourcing:

En lo que se ha convertido una tendencia de crecimiento, muchas organizaciones están tomando la decisión estratégica de poner parte de sus funciones en las manos de especialistas, permitiéndoles concentrarse en lo que mejor saben hacer - maximizar el rendimiento minimizando los costos.

El proceso de outsourcing no sólo se aplica a los sistemas de producción, sino que abarca la mayoría de las áreas de la empresa. A continuación se muestran los tipos más comunes.

- ❖ Outsourcing de los sistemas financieros.
- ❖ Outsourcing de los sistemas contables.
- ❖ Outsourcing las actividades de mercadotecnia.
- ❖ Outsourcing en el área de recursos humanos.
- ❖ Outsourcing de los sistemas administrativos.
- ❖ Outsourcing de actividades secundarias.

Aquí es preciso definir que una actividad secundaria es aquella que no forma parte de las habilidades principales de la compañía. Dentro de este tipo de actividades

están la vigilancia física de la empresa, la limpieza de la misma, el abastecimiento de papelería y documentación, el manejo de eventos y conferencias, la administración de comedores, entre otras.

- Outsourcing de la producción.
- Outsourcing del sistema de transporte.
- Outsourcing de las actividades del departamento de ventas y distribución.
- Outsourcing del proceso de abastecimiento.

Se puede observar que el outsourcing puede ser total o parcial:

- ✓ Outsourcing total: Implica la transferencia de equipos, personal, redes, operaciones y responsabilidades administrativas al contratista.
- ✓ Outsourcing parcial: Solamente se transfieren algunos de los elementos anteriores. ¹⁹

4.7 Áreas de la empresa mercantil que se considera que no deben pasar a outsourcing:

Respecto a las actividades que no se deben subcontratar están:

- ★ La administración de la planeación estratégica.
- ★ La tesorería.
- ★ El control de proveedores.
- ★ Administración de calidad.
- ★ Servicio al cliente.
- ★ Distribución y ventas

¹⁹ Referencias obtenidas en entrevistas con empresas que tienen esta modalidad de contratación y con profesionales del área de administración de empresas durante los meses de octubre a diciembre del año 2006.

- Elementos del outsourcing:

Los elementos del outsourcing son los mismos que en el derecho mercantil, es decir, que se establece entre comerciantes, pudiendo ser en estos casos individuales o sociales. Es decir, que se da la posibilidad de que existan relaciones comerciales entre empresas, una de las cuales es la que requiere la contratación (contratante) de un servicio específico o especializado que por las circunstancias le resulta oneroso o poco práctico, debido al giro normal de sus actividades, tenerlo como parte de su empresa, esta contratación se efectúa, por regla general, a otra empresa o comerciante especializado en la materia requerida. Es oportuno hacer la salvedad que en muchos casos, en lo que se refiere a servicios profesionales (jurídicos, financieros etc) no se da una contratación en el ámbito mercantil, como tal, sino que uno de los intervinientes es sujeto mercantil mientras que el que presta el servicio es un profesional de alguna rama pero que no ejerce la actividad comercial.

4.8 Características.

4.8.1. Relativas al contrato entre las partes.

Su elaboración es compleja, puesto que debe establecer claramente las responsabilidades de ambas partes en cualquier aspecto, no sólo del nivel de servicio actual sino también del nivel de servicio futuro.

Suele tener una duración de varios años. En el sector privado tiene una duración no menor a 5 ó 7 años, siendo habitual un período de 10 años.

Uno de los aspectos más importantes del contrato es la definición de su resolución (finalización), el establecimiento de salidas programadas antes de cumplirse el plazo acordado, así como los períodos de preaviso en caso de reversión del servicio.

Junto con los conceptos financieros, a lo largo de todo el proceso de evaluación se deben establecer criterios de transferencia de personal (para el caso de que existan).

El alcance del contrato es a la medida, es decir, podrá ser tan amplio como lo deseen las partes contratantes.

Debe ser flexible para que la administración pueda cambiar los requisitos del servicio y el proveedor pueda cambiar los medios con los que lo da. Mientras que un contrato de outsourcing se firma para que sea válido durante años, los requisitos de tecnología están en constante evolución.

4.8.2. Relativas a la empresa de outsourcing.

Es una decisión estratégica para la organización, puesto que cede el total o parte de sus activos a la empresa de outsourcing.

Permite el acceso a nuevas tecnologías y centrarse en la realización de actividades de mayor valor para la organización.

Permite a la organización alcanzar un mayor nivel de competitividad sin realizar inversiones en equipamiento tecnológico o en formación del personal informático propio.

Transforma a nivel contable los conceptos de costos fijos en costos variables y las inversiones en gastos desapareciendo los activos. Son menores los costos de operación y se evitan las decisiones de invertir en infraestructura.

Adquiere un compromiso muy importante con la organización que la contrata, puesto que de ella dependerá que se proporcione un adecuado nivel de servicio.

El servicio prestado debe ser suficientemente flexible como para adaptarse a cambios de negocio, organizativos o funcionales en la organización, así como al entrono tecnológico.

4.9. Objetivos del outsourcing.

Los principales objetivos que pueden lograrse con la contratación de un servicio de outsourcing son los siguientes:

- Optimización y adecuación de los costos relacionados con la gestión, en función de las necesidades reales.
- Eliminación de riesgos por obsolescencia tecnológica.
- Concentración en la propia actividad de la organización.

4.10. Factores condicionales para la tercerización.

Podemos considerar, de una forma amplia y general, una serie de factores que condicionan la implantación de la tercerización en las empresas:

4.10.1. La tercerización y el ambiente estratégico.

La necesidad natural de un conocimiento amplio por parte de los funcionarios sobre el nuevo sistema de gestión implica la difusión en toda la organización de la estrategia, visión, misión, objetivos y metas de la empresa para la correcta aplicación del proceso de tercerización.

Igualmente, se deben revisar los objetivos, políticas y directrices para que la empresa, en caso de conflicto, se encuentre apta para establecer una relación de confianza entre todos los niveles jerárquicos y puestos de trabajo.

4.10.2. La tercerización y el ambiente organizacional.

Debido a los cambios en la estructura funcional se producen alteraciones significativas del espacio físico que ocupa la organización, variaciones en la actividad funcional y en la delegación de autoridad y cambios en los organigramas departamentales y en el general.

Por lo expuesto, se producen también alteraciones en las normas, sistemas y métodos operacionales, los cuales deberán ser revisados frecuentemente para soportar los cambios que produce la tercerización.

Consecuentemente la organización se verá inmersa en un proceso de adaptación al

nuevo de control interno de los sistemas de información gerencial, a través de un mayor soporte y calificación de datos para la toma de decisiones.

4.10.3. La tercerización y el ambiente económico.

Bajo esta perspectiva, la tercerización requiere una adaptación de la estructura de costos internos a este nuevo sistema definiendo sus situaciones a un nivel contable y operacional. Así, los datos obtenidos a través del sistema de costos de las actividades tercerizadas en relación con los costos de las actividades internas.

A partir de la implantación de la tercerización, se necesita de una revisión continua de los costos de los procesos de producción, de distribución, comercialización y, en general, de los costos de muchas actividades administrativas internas, pues repercuten en la estructura administrativa - operacional de la empresa.

De igual manera, debe existir un ambiente encaminado a la revisión de los precios y tarifas de los productos o servicios de la organización, considerando la participación e influencia, directa o indirecta, de las actividades tercerizadas para la determinación final de los mismos.

En muchos casos, dependiendo de las áreas tercerizadas y según la flexibilidad de manejo implantado en las mismas, puede existir variaciones significativas en la planificación del nivel de inversiones en activos por parte de la empresa o en la planificación del rendimiento de los activos existentes.

4.10.4. La tercerización y el ambiente social.

Las circunstancias especiales del momento político y social nos llevan a hablar sobre el empleo. Este tópico se debe analizar tomando en cuenta dos aspectos:

4.10.4.1 Apertura de los nuevos negocios

En este sentido, los ejemplos internacionales de la tercerización, algunos de los cuales serán expuestos más adelante, nos llevan a pensar en la formación rápida de nuevas

empresas en varios segmentos del mercado en el sector de los servicios.

4.10.4.2. Revisión de las funciones

Con la implantación de la tercerización, la transformación de las estructuras funcionales es inevitable en las empresas. Le corresponde a la alta gerencia, partiendo de la visión estratégica, delimitar las consecuencias internas de este proceso, abordando:

El aspecto social de los despidos cuando ocurren, procurando facilitar el proceso junto a los funcionarios, e intentando siempre y en la medida de lo posible, a través de negociaciones con el proveedor de los servicios que será contratado, el acogimiento, en una forma parcial o total, de estos funcionarios que se convertirán en colaboradores de la nueva empresa.

El movimiento interno funcional enseñará al administrador la posibilidad de aprovechar la mano de obra disponible en las áreas tercerizadas. Esta situación se facilita, ya que, los ex empleados conocen la empresa, su cultura y filosofía. Este enfoque es extremadamente importante pues, con la implementación de la tercerización, la tendencia empresarial es despedir empleados, lo cual en un determinado momento hace que la empresa por el énfasis en las áreas que componen las actividades principales del negocio.

4.10.5. La tercerización y el ambiente político

El Estado guatemalteco, ya sea gobierno municipal o estatal, puede considerar a la tercerización como una forma adecuada de proceder en la relación con los cambios estratégicos y operacionales en los organismos públicos.

Podemos decir que los programas de estabilización de la economía, la privatización de empresas estatales, la apertura de la economía y la disminución de la burocracia reflejan intenciones del estado que pueden tener resultados favorables a través de la tercerización.

La emisión de licencias de conducir, pasaportes son algunos de los servicios que el Estado de Guatemala a tercerizado

4.10.6. La tercerización y el ambiente jurídico

En Guatemala no existe ley que prohíba o regule la aplicación de la tercerización; sin embargo, por las leyes sobre estabilidad laboral puede tener obstáculos la tercerización, debido al costo que implica despedir a los empleados de las áreas que se pretende tercerizar, por ejemplo:

Una empresa de seguridad (le daremos el nombre ficticio de Águila) que brinda tal servicio a una empresa que distribuye vehículos (a la cual le llamaremos Autos de Primera). La empresa de Águila asigna a un agente de seguridad a la empresa Autos de Primera, en la cual por las condiciones de la empresa necesitan a una persona en el puesto que tenga ciertos conocimientos de mecánica general y conocimientos de computación, el agente más idóneo para el puesto es asignado. Por problemas de carácter personal no se lleva bien con los trabajadores de Autos de Primera.

Autos de Primera no puede despedirlo por ser empleado de Águila. Autos de Primera no puede desligarse del contrato con Águila por ser el contrato de un plazo definido.

Otro ejemplo, distinto, es cuando en el departamento de limpieza se contrata a una empresa para que se encargue de ésta. El despedir a los empleados del departamento de limpieza puede traerle problemas legales a la empresa que contratará a otra empresa para que realice la limpieza de las instalaciones.

4.11. El outsourcing como herramienta de reingeniería.

Las organizaciones que realmente están preparadas para regresar al principio y pensar en la mejor forma de producir, comercializar y distribuir un producto o un servicio, se verán obligadas a preguntarse cuáles son las mejores formas de hacerlo, y al mismo tiempo si realmente necesitan tener todos los procesos dentro de sus compañías.

La reingeniería ofrece a las empresas la oportunidad de considerar el outsourcing

como una de las herramientas que pueden utilizar en el nuevo proceso; aunque es más fácil escribir sobre reingeniería que llevarla a la práctica. Los principios son acertados y sólidos, pero aún son pocos los ejemplos de proyectos de reingeniería espectacularmente exitosos.

Una de las razones de esta lenta asimilación es la resistencia interna en las organizaciones a este cambio potencialmente enorme. Significa desafiar poderosos intereses creados, que encontrarán razones para no realizar cambios, al menos por el momento o en sus propias áreas. Por la misma razón, el outsourcing puede ser una ruta más fácil que la reingeniería interna y puede abrir este callejón sin salida. De hecho, los proveedores de outsource o subcontratistas con frecuencia lograrán sus beneficios a través de la reingeniería de un proceso para hacerlo más eficiente, una vez que obtiene el contrato. Las compañías nuevas o los negocios nuevos adoptarán el outsourcing más fácilmente que las organizaciones tradicionales, ya que tienen la oportunidad de diseñar apropiadamente sus procesos de negocios, para que sean lo más eficientes, y no copiar simplemente a otros de la industria.

4.12. Futuro del outsourcing.

Ya sea que el outsourcing sea o no parte de un movimiento más grande, no hay duda de que un mundo de recursos escasos está dictando una reducción en el personal gerencial, una gerencia adelgazada; de hecho, la moralidad de la sociedad misma podría haber ya señalado el fin del desperdicio, la ineficiencia y las ostentaciones de opulencia.

En este aspecto se presenta la estrategia del outsourcing desde el punto de vista de la compañía más grande que necesita considerar dicha opción, para que esta herramienta funcione con futuro, es necesario proporcionar una metodología que permita realizar la difícil tarea del outsourcing . En algunos casos esta estrategia debe ser examinada por los proveedores de outsource (subcontratistas), ya que estas también pueden ser reveladoras. No obstante, resulta difícil separar a las dos, ya que ambas son mitades gemelas de un proceso dinámico que está cambiando el mundo de

los negocios.

Varios estudios recientes, revelan que el outsourcing está creciendo, al mismo tiempo que los proveedores de servicios están ampliando su gama de ofertas. Todo esto implica una mayor concentración en las ventajas competitivas por parte de las organizaciones propietarias que están transfiriendo este trabajo a proveedores externos, esta tendencia también podría ser un indicio de que la industria está llegando a un acuerdo con un ambiente más exigente y de la necesidad de maximizar los recursos y reducir el desperdicio.

4.13. Glosario de la terminología típica del outsourcing (tercerización):

El siguiente es un glosario con los términos que más frecuentemente se usan en los contratos de outsourcing:

- ❖ Proveedor de servicios aplicativos (ASP Application Service Provider): Un ASP es una compañía que proporciona aplicaciones y servicios relacionados a la Internet. Los ejemplos incluyen el email, procesamiento de nóminas de pago y aplicaciones ERP.
- ❖ Outsourcing (tercerización) de proceso del negocio (BPO): El BPO es la tercerización de los procesos de la oficina administrativa y de las operaciones de cara al cliente, realizada típicamente por administrativos y funcionarios operativos. Los ejemplos incluyen contabilidad, manejo de los recursos humanos, codificación y transcripciones médicas.
- ❖ Incorporación competitiva: Incorporación competitiva es un proceso por el que los empleados internos están compitiendo en presentar una oferta contra los licitadores externos que pretenden alcanzar un contrato de tercerización para trabajo determinado.

- ❖ Fabricación contratada: La fabricación contratada es la tercerización de un trabajo a un proveedor local o de ultramar. Con la infraestructura y los conocimientos técnicos necesarios para realizar el trabajo.
- ❖ Co-Recursos o cosourcing: Cosourcing es donde un proceso del negocio es realizado por ambos: el personal interno y los recursos externos, tales como consultores o vendedores externos, con conocimiento especializado en el proceso del negocio.
- ❖ Gestión de servicios público: Una solución de la tercerización en la cual el cliente confía a un abastecedor de servicios externo la responsabilidad de las operaciones y el mantenimiento de una o más instalaciones.
- ❖ Incorporación: Incorporación es la transferencia de un proceso tercerizado a un departamento interno de la compañía, para que sea manejado completamente por los empleados. El término también se ha utilizado para describir a las compañías extranjeras que constituyen instalaciones en los Estados Unidos y además emplean a trabajadores de ese país.
- ❖ Nearshoring: Nearshoring es tercerización dentro de un territorio próximo, accesible por recorrido corto o por teléfono o en la zona horaria vecina.
- ❖ Offshoring: Offshoring es tercerización en ultramar o en un país separado. El outsourcing (tercerización) a un país contiguo se puede considerar como Nearshoring.
- ❖ Acuerdo de nivel de servicio (o SLA por Service Level Agreement): Un SLA es un contrato o una adición a un contrato que define el tipo, el valor y las condiciones de los servicios de la tercerización que se proporcionarán. Típicamente, los SLA se ocupan de la calidad de las condiciones del servicio, tales como tiempo de réplica, disponibilidad, velocidad, etcétera.
- ❖ Shared services: Los servicios compartidos son la tercerización de un proceso del negocio dentro de la misma empresa, a un departamento o a un grupo de trabajadores altamente experimentado. Por ejemplo, el departamento de compras en una planta, puede proporcionar la compra de servicios al resto de las

plantas, dentro de una compañía determinada. Los servicios compartidos se pueden también proporcionar a terceros.

CAPÍTULO V.

5. Naturaleza jurídica del contrato de outsourcing

El avance en los servicios del comercio y de la industria supone una variación de las formas jurídicas tradicionales que se está dando en la práctica con la adopción de mecanismos y contratos, sobre todo en el derecho mercantil, que requieren de un extenso estudio, análisis social, económico, y jurídico para medir el impacto de tales institutos sobre la economía guatemalteca, sobre la tradición jurídica y sobre los derechos de las personas trabajadoras, que pudieran resultar dañados si existe una ilimitada autonomía de la voluntad sin que exista regulación del Estado, a pesar de tales postulados es evidente la creciente tendencia de los ejecutivos de hoy en día quienes enfrentan a una gran cantidad de cambios y tendencias sin precedentes.

Estos cambios incluyen la necesidad de ser globales, la necesidad de crecer sin usar más capital, la necesidad de responder a las amenazas y oportunidades de la economía, el envejecimiento de la fuerza laboral, la reducción de costos y batallar por el pensar del consumidor.²⁰

Parte de estas tendencias actuales es el outsourcing que es cuando una organización transfiere la propiedad de un proceso de negocio a un proveedor. Se basa en el desprendimiento de alguna actividad, que no forme parte de las habilidades principales de una organización, a un tercero especializado. Por habilidades principales o centrales se entiende todas aquellas actividades que forman el negocio central de la empresa y en las que se tienen ventajas competitivas con respecto a la competencia.

A continuación se desarrollaran aspectos importantes como algunas definiciones de outsourcing, tipos, razones por las cuales llevarlo a cabo, ventajas y desventajas del

²⁰ Sánchez Bejarano, Manuel. **Obligaciones civiles**. Pág. 73.

mismo así como las estrategias y riesgos involucrados en dicho proceso.

Se pueden identificar tres criterios para determinar las actividades a subcontratar, éstos son:

- i. Actividades que hacen uso intensivo de recursos: Mediante esta técnica las compañías pueden entrar en un nuevo mercado sin la necesidad de incurrir inmediatamente en inversiones considerables de equipo. Algunas utilizan esta técnica buscando aumentar su eficiencia y reducir los costos.
- ii. Actividades que usan servicios especializados: La subcontratación ofrece a las empresas gran flexibilidad en sus sistemas, ya que pueden contar con el apoyo de un tercero especializado que pueda adaptarse mejor a los cambios del mercado.
- iii. Actividades relativamente independientes: Un forma de identificar actividades que no formen parte de las habilidades centrales de una empresa, es observar aquellas tareas que tienen una relativa independencia con respecto a las demás funciones de la compañía. Respecto a las actividades que no se deben subcontratar están: la administración de la planeación estratégica, la tesorería, el control de proveedores, administración de calidad y la supervisión de la satisfacción del cliente y de reglamentos como: responsabilidad del producto, calidad, regulaciones ambientales, higiene, seguridad del personal y seguridad pública.
- iv. Seleccionar al proveedor: Se pueden mencionar ciertos pasos a llevar a cabo en la selección de un proveedor, como por ejemplo:
 - Analizar la relación costo / beneficio.

Si se obtiene un resultado positivo, es decir que el proveedor puede realizar a un costo

menor y con igual o mayor calidad dicha actividad, quiere decir que la empresa ha logrado identificar una actividad que no forma parte de sus habilidades principales.

Cuando el resultado es negativo, es decir, que un proveedor presente un costo generalizado mayor que el que obtiene la empresa, se pueden deducir dos cosas:

La empresa intenta desintegrar una actividad que forma parte de sus habilidades centrales.

La selección del proveedor es deficiente y éste no tiene las capacidades suficientes para ofrecer el servicio a la empresa o la actividad no forma parte de sus habilidades principales.

Seleccionar cuidadosamente a los proveedores.

Al seleccionar un proveedor las empresas deben buscar proveedores que se enfoquen en la industria en la que ellos se encuentran, además ellos deben comprender el manejo de los productos que se van a subcontratar.

Elaborar un contrato escrito y estricto

Por más atractivo y beneficioso que pueda parecer, no se debe olvidar que la subcontratación es delicada, se están colocando actividades importantes para la empresa en manos de terceros que pueden perjudicar los intereses de la compañía si no se ajustan a sus necesidades. Es por esto, que uno de los puntos básicos al buscar subcontratar es el contar con un contrato por escrito, que sea claro en establecer todos los puntos necesarios para que el tercero cumpla con la entrega del producto y/o servicio así como con las características requeridas por la empresa. Una vez escogido el proveedor adecuado para la desintegración, la empresa debe establecer las metas y los costos del proyecto de subcontratación.²¹

²¹ Aunque este es un aspecto más relacionado con las necesidades de las empresas es conveniente que los juristas comprendan los conceptos relativos a esta temática con el fin de brindar mejor soporte en caso de intervenir en estas modalidades contractuales

5.1. Estrategias de outsourcing claves para desarrollarla de manera efectiva.

Cuando una compañía decide llevar a cabo un proceso de outsourcing debe definir una estrategia que guíe todo el proceso.

Hay dos tipos genéricos de estrategia de outsourcing: la periférica y la central.

La periférica ocurre cuando la empresa adquiere actividades de poca relevancia estratégica de suplidores externos.

La central ocurre cuando las empresas contratan actividades consideradas de gran importancia y larga duración para obtener el éxito.

Dicha estrategia debe definirse claramente de manera que asegure que el proceso esté regido por las guías de outsourcing de la empresa. La misma debe ser conocida por los empleados envueltos en este proceso y apoyada por la alta gerencia. Una estrategia de este tipo permite conocer a los empleados las razones por las cuales se debe subcontratar y cuándo hacerlo.

Otro aspecto a definirse es el tipo de relación entre la compañía que contrata y el suplidor. En esta relación existen dos componentes: uno interpersonal que establece como interaccionan el equipo responsable dentro de la empresa con el equipo del suplidor y el componente corporativo que define las interacciones a nivel directivo entre ambas partes.

Las empresas están reevaluando y cambiando las relaciones entre las partes de una subcontratación. En la actualidad las organizaciones buscan relaciones más formales y a largo plazo donde el equipo interno asume un rol de socio estratégico lo que permite un mejor entendimiento del desarrollo de la estrategia del suplidor.

La ventaja de este tipo de relación es que permite a ambas partes familiarizarse con el personal y el estilo operativo de la otra empresa y ayuda a que el proveedor pueda satisfacer las expectativas del contratante de manera más efectiva en términos de comunicación y frecuencia en los reportes. Todo esto resulta en una relación más llevadera y beneficiosa ya que a largo plazo se pueden lograr consideraciones en cuanto a precios como respuesta a un volumen de trabajo anual garantizado.

Otra clave es la medición del desempeño del proveedor seleccionado en términos de tiempo, adherencia al presupuesto y al éxito del proyecto medido en base al logro de los objetivos planteados. Si los niveles de desempeño no pueden medirse numéricamente se pueden crear escalas de medición subjetivas con un rango que abarque desde pobre hasta excelente.

Es recomendable compartir los resultados obtenidos con el proveedor especialmente si se desean tener relaciones de largo plazo. Hay que hacerle saber al proveedor que cuando se comparten estos resultados no es una forma de castigo o reclamo sino más bien con el fin de buscar áreas de mejoras. De igual forma es beneficioso pedirle al proveedor como la empresa contratante puede ser mejor cliente de manera que haya una ayuda mutua y se demuestre que el contratante quiere la mejora en ambas partes.

La estrategia de outsourcing debe definir el equipo de outsourcing, estableciendo las habilidades mínimas necesarias. Un equipo de este tipo generalmente está compuesto por personas de áreas comerciales, técnicas, financieras, entre otras, sin embargo la composición del equipo varía dependiendo del alcance del proyecto.

Por último se debe finalizar la estrategia haciendo partícipes de la misma no sólo a los directores generales sino los gerentes experimentados en proyectos de outsourcing que puedan proporcionar los aspectos operacionales de la estrategia.

5.2. Razones para subcontratar y para no subcontratar.

5.2.1. Razones para subcontratar:

Alcanzar la efectividad enfocándose en lo que la empresa hace mejor.

Aumentar la flexibilidad para alcanzar el cambio según las condiciones del negocio, la demanda de los productos y / o servicios y la tecnología.

Mejorar el rendimiento organizacional a través de una mayor productividad, mejor calidad, entregas más confiables y a tiempo, ciclos de tiempo más rápidos, mejoramiento de la utilización de los recursos, mayor disponibilidad y mayor rendimiento.

Transferir el costo de los empleados (incluyendo los beneficios que por ley se les otorga) y los gastos gerenciales al proveedor.

Convertir los costos fijos en costos variables.

Reducir inversiones en equipo, inventarios, personal, entre otros, para utilizar esos recursos para otros propósitos.

Ganar acceso al mercado y oportunidades de negocio a través de la red de proveedores.

Expandir las operaciones durante períodos en los que esa expansión no podría ser financiada.

Recibir ideas innovadoras para mejorar el negocio, los productos, los servicios, entre otros.

Mejorar la credibilidad y la imagen corporativa a través de la asociación de proveedores grandes.

5.2.2. Razones para no subcontratar:

Mantener los puestos de trabajo para evitar que la lealtad de los empleados que siguen en la empresa baje, manteniendo el compromiso con la comunidad.

Baja de la moral de los empleados en general (no solo para los que fueron tercerizados).

Perder el control sobre el proveedor.

Perder la filosofía de la empresa.

Incertidumbre existencial.

Depender de los proveedores.

Perder la confidencialidad.

Temor a que los contratistas se expandan dentro de la empresa.

5.3. Puntos básicos para lograr un outsourcing exitoso.

Para lograr un buen resultado en el proceso de outsourcing hay que considerar tres aspectos principales: La revisión de la estructura de la empresa, la determinación de las actividades a outsource y la selección de los proveedores.

5.4. Revisar la estructura de la empresa.

Se pueden identificar cuatro puntos básicos para que una empresa cuente con la estructura adecuada.

Contar con una buena administración del proceso de abastecimiento.

El proceso de Outsourcing debe tener una misión definida: aumentar el valor del

producto percibido por los consumidores. Un diseño exitoso de la estrategia del proceso de abastecimiento consiste en aprovechar al máximo las ventajas o habilidades principales de la organización y subcontratar todo lo demás.

- Determinar habilidades principales e identificar cuellos de botella.

Uno de los pasos clave para que una empresa pueda lograr un proceso de outsourcing exitoso es identificar cuáles de las actividades que realiza son las centrales o principales para el negocio. Estas generalmente son aquellas en las que tiene alguna ventaja sobre sus competidores ya sea mejor tecnología, mejor calidad, menores costos, etc.

- Cambiar la cultura organizacional.

Un paso importante dentro de proceso de outsourcing es lograr que los integrantes de las organizaciones entiendan los fundamentos de esta separación de actividades, así como los motivos que llevan a ella y los beneficios que puede traer para la compañía.

- Contar con la tecnología de información adecuada.

Una vez que se han establecido los puntos básicos para el outsourcing es importante que la empresa cuente con la tecnología necesaria para poder mantener una relación de este tipo.

5.4.1. Determinar a cuáles actividades aplicar outsourcing y a cuáles no.

Dentro de una organización existen diversos tipos de actividades que dependiendo de su naturaleza pueden o no someterse a un proceso de outsourcing.

Dentro de las actividades de una empresa se tienen las actividades estratégicas, las altamente rentables y las rutinarias y/o de apoyo.

Las dos primeras actividades deben conservarse internamente mas, la última es recomendable que se subcontrate.

5.4.2. Los riesgos del outsourcing.

Los riesgos involucrados en el proceso de outsourcing pasan de ser riesgos operacionales a riesgos estratégicos.

Los riesgos operacionales afectan más la eficacia de la empresa.

Los riesgos estratégicos afectan la dirección de la misma, su cultura, la información compartida, entre otras.

Los principales riesgos de outsourcing son:

- No negociar el contrato adecuado.

- No adecuada selección del contratista.

- Puede quedar la empresa a mitad de camino si falla el contratista.

- Incrementa el nivel de dependencia de entes externos.

- Inexistente control sobre el personal del contratista.

- Incremento en el costo de la negociación y monitoreo del contrato.

- Rechazo del concepto de outsourcing.

Al delegar un servicio a un proveedor externo las empresas están permitiendo que éste se de cuenta de cómo sacarle partida al mismo y se quede con las ganancias.

Uno de los riesgos más importantes del outsourcing es que el proveedor seleccionado no tenga las capacidades para cumplir con los objetivos y estándares que la empresa requiere.

5.5. Aspectos legales del outsourcing:

Al considerar la negociación de un contrato de outsourcing se deben de tener en cuenta ciertos aspectos como son:

Un mapa conceptual sobre las cuestiones empresariales o las que se le puede denominar como -Decisiones Iniciales- compuestas por una serie de planteamientos, incluyendo la planificación empresarial y la claridad respecto de las implicaciones legales que tiene para el empresario acudir a la tercerización .

- a) ¿Conviene, por razones de confidencialidad durante las negociaciones, redactar un acuerdo independiente de no revelación con cada uno de los proveedores potenciales? Aquí aunque el análisis es del empresario o propietario de la empresa respecto de las implicaciones que para él tenga elaborar un documento de esta naturaleza éste debe contar, por razones éticas, con el compromiso del notario u asesor de procurar que en este aspecto se guarde la confidencialidad necesaria.
- b) Definir qué sistemas y/o servicios van a subcontratarse. Esta aspecto corresponde eminentemente al propietario u empresario sin embargo el notario u asesor jurídico deberá establecer para cada caso, dependiendo la naturaleza de los mismos, contratos especiales que protejan a las partes contratantes.
- c) Confirmar la viabilidad financiera del proveedor, ¿requerida el cliente una garantía de desempeño o específicas sobre la cobertura del seguro del proveedor o una indemnización por parte de la matriz del proveedor? Dadas las actuales circunstancias del país, que incluyen la fuga de capitales financieros, escándalos de intermediación financiera, y declaraciones de quiebra, el asesor jurídico debería establecer algunos de esos parámetros para aportar al cliente. En todo caso esta asesoría requiere del abogado una mejor preparación en

temas económico, contables y en contratos de seguro.

d) ¿Quién iniciará la elaboración del contrato, el proveedor o el cliente?
Normalmente en este caso el abogado y notario debería ser la persona idónea y capacitada para la redacción de este tipo de documentos, aunque en el giro mercantil la existencia de minutas estandarizadas limita la participación del abogado y notario en este campo.

e) ¿Qué recursos deberán utilizarse en la elaboración y/o negociación?

Por ejemplo:

- Administración funcional;
- Experiencia técnica;
- Administración de contratos;
- Asesoría legal interna;
- Asesoría legal externa.

f) Decidir la fecha de inicio para el contrato.

g) Decidir la fecha de transición para el inicio de los servicios de outsourcing.

h) ¿Cuál será la duración del contrato?

5.5.1. Definir la terminología

- a) Definir los términos apropiados para este acuerdo particular de outsourcing. Por ejemplo: los servicios y el nivel de servicios.
- b) ¿Se han identificado y cuantificado las actividades claves?
- c) Identificar los establecimientos donde se realizarán los servicios.
- d) Identificar los equipos que se usarán para proveer los servicios.

- e) Identificar el software que se utilizará para los servicios si se va a subcontratar tecnología informática.

5.5.2. Estructura del contrato:

- a) ¿Sería apropiado integrar en el contrato documentos de invitación a licitación y respuesta a licitación, o ha cambiado la situación desde que se elaboraron los documentos?
- b) ¿Va a existir un solo contrato, o será más pertinente tener contratos múltiples?
- c) Lo último podría ser una forma práctica para estructurarse el contrato si puede dividirse en etapas definidas, como outsourcing de servicios operativos seguidos por el desarrollo de nuevos servicios, o si formará parte de los acuerdos una transferencia de activos.
- d) ¿Formarán parte del arreglo de outsourcing algunos miembros del personal actual del cliente, y en caso de ser así, por transferencia temporal, redundancia o transferencia definitiva?
- e) ¿Se aplica la reglamentación sobre transferencia de empresas (protección del empleo)? En Guatemala la protección es aplicable tomando en cuenta las garantías laborales contenidas en el Código de Trabajo.
- f) ¿Cuál es el grado de indemnización de cada parte en caso de demandas relacionadas sobre cuestiones de empleo? En este caso la sustitución patronal, de acuerdo a la legislación guatemalteca, debe aplicarse. Para el efecto los asesores jurídicos, en la fase de la elaboración contractual, deberán contemplar tales aspectos.
- g) ¿De dónde realizará el contrato, en las instalaciones del proveedor o del cliente? De acuerdo a la práctica por regla general en Guatemala la contratación se da en las instalaciones o sedes de la empresa que requiere el servicio. En algunos casos cuando se trata de empresas o corporaciones de grandes capitales las negociaciones se dan en continuas

y compartidos intercambios de opiniones entre equipos de asesores de las empresas contratantes. Incluso esta modalidad de outsourcing es que el que aplican las Instituciones del Estado, regulado y reglamentado por la Ley de Contrataciones del Estado, que a través de procesos de cotización y licitación le traslada empresas privadas la ejecución de obras, mantenimiento de proyecto, elaboración de estudios, ejecución de programas, suministro de bienes y servicios etc., en el Estado son los abogados que forman parte de las asesorías jurídicas de las instituciones los encargados de la elaboración de los contratos correspondientes observando para el efecto la ley de la materia, las peculiaridades de la contratación con el Estado, los mecanismos de solución de conflictos provistos por la propia Ley y los usos y costumbres en materia administrativa pública.

- h) ¿Se vendería o se rentaría al proveedor instalaciones que requieran un contrato distinto por propiedades?
- i) ¿Debe negociarse una venta, un contrato de arrendamiento o una licencia de ocupación? En este aspecto la asesoría del abogado puede contribuir a que el cliente tome una mejor decisión sobre el particular.
- j) ¿Es responsable el proveedor de proporcionar el equipo para el funcionamiento operativo de los servicios en sus propias instalaciones? En este tipo de contrataciones, de acuerdo a la práctica suele ocurrir que quien presta el servicio, es decir la empresa contratada, utiliza su propio equipo, herramientas, e instalaciones para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Sin embargo, en el uso de la autonomía de la voluntad, suele suceder que en servicios muy especializados se requiera de la presencia del contratista en las instalaciones del contratante, o bien que se requieran servicios especializados para lo cual se necesite maquinaria, herramienta u equipo determinado.
- k) ¿Va a utilizar el proveedor el equipo del cliente en las instalaciones del cliente? Esta respuesta dependerá de la naturaleza del contrato o del

servicio requerido.

- l) ¿Se transferirá equipo de las instalaciones del cliente a las del proveedor?
De ser así. ¿Se ha definido la responsabilidad para asegurar que se obtengan todos los permisos y licencias de terceras partes que tiene un interés legal en el equipo?
- m) ¿Es necesario un contrato separado para dirigir la transferencia de propiedad? Normalmente dentro de la contratación genérica se establecen estos puntos, aunque sí se tratan de aspectos específicos, puntuales o que por su naturaleza requieran nuevos contratos el asesor jurídico debería de sugerir el/los documentos más convenientes.
- n) ¿Se requerirá un avalúo formal?
- o) ¿Quién será responsable del seguro?
- p) ¿Quién será responsable de los arreglos y pagos de mantenimiento?
- q) ¿Se requerirá un contrato separado para el mantenimiento?
- r) ¿Estará el proveedor utilizando Software para que lo utilice el proveedor en el outsourcing? En caso de ser así ¿Está el cliente otorgando la licencia de su propio software para que lo utilice el proveedor en el outsourcing?
- s) ¿Ha obtenido el proveedor las licencias para el uso de software de terceros?
- t) ¿Está el proveedor utilizando el software propio en el suministro de los servicios?
- u) ¿Quién poseerá los derechos del software que se desarrolle en los arreglos del outsourcing?

5.5.3 Términos de cargos y pagos:

- a) ¿Cómo se calculan los cargos por el servicio?
- b) ¿Pueden producirse volúmenes y controlarse con suficiente exactitud para que sea viable un cargo fijo?

- c) ¿Se harán los cargos por tiempo y materiales?
- d) ¿En la contabilidad de "libros abiertos" una opción, costos del proveedor mas utilidad acordada?
- e) ¿Están los cargos relacionados directamente con el desempeño en el nivel de servicio?
- f) ¿Cuáles son los cargos a incluir y excluir, se cargan por separados los cargos y servicios subordinados? ¿Se cargan por separados los gastos?
- g) ¿Habrá un sistema de descuento por incumplimiento de los niveles de servicio que no estén dentro de los criterios acordados?
- h) ¿Habrá alguna limitación en variaciones en los niveles por cargos a pagar?
- i) ¿Habrá algún trabajo de desarrollo y cómo se va a cargar éste?
- j) ¿Los cargos permiten cambios en los servicios?
- k) ¿Con qué frecuencia se revisarán los cambios?
- l) ¿Hay alguna limitación en los criterios para la revisión, como el índice de precios al menudeo, estudios de salarios en computación, etc.?
- m) ¿Existe alguna posibilidad de que disminuyan los cargos con el tiempo?
- n) ¿Cuáles van hacer los métodos de pagos?

Identificar las responsabilidades del proveedor:

Por ejemplo:

- Auxiliar en la evaluación de los niveles de servicio.
- Cumplir los niveles de servicios.
- Nombrar un representante.
- Revisar regularmente los arreglos del outsourcing.
- Cumplir las normas del cliente en materia de higiene y seguridad.
- Identificar la responsabilidad del cliente.

Por ejemplo:

- a) ¿Quién asistirá a las reuniones?
- b) ¿Cuáles serán los procedimientos especiales para los problemas no resueltos en las reuniones?
- c) ¿Habrá provisiones para auditorías independientes del sistema?

Seguridad:

- i) ¿Es necesaria la confidencialidad en el desempeño de los contratos? Si, como parte de los arreglos del outsourcing, se están procesando electrónicamente datos personales de personas vivas que puedan identificarse. ¿Esta preparado el proveedor para dar una garantía de cumplimiento de protección de datos? ²²

5.6. Etapa de transición del outsourcing

Factores críticos del éxito en una transacción de outsourcing

5.6.1 Claridad de objetivos:

El elemento más importante en el éxito a largo plazo de una relación de outsourcing, es la claridad de objetivos. El cliente debe tener muy definidas las metas que se pretenden alcanzar con el outsourcing y tanto más importantes aún, éstas deben estar adecuadamente externalizadas, habiéndose comprometido el proveedor a ser medido en su desempeño con base a ellas.

5.6.2. Expectativas realistas:

El outsourcing es un medio, una herramienta, no una persona. Es importante entonces

²² Sánchez Bejarano, Manuel. **Obligaciones civiles**. Pág. 83.

fijarle frontera dentro de los límites de lo posible, en principio muchas veces violado en el afán del proveedor de amarrar el negocio y del cliente de solucionar sus problemas operativos con una varita mágica. El amplio historial del outsourcing bien explotado ayuda a mantener las expectativas de ambas partes firmemente ancladas dentro de lo realizable. Existe ya una base de conocimientos producto de las experiencias de la industria en los últimos designios. Que permite establecer claramente las posibilidades de éxito de una transacción de outsourcing basada en las condiciones actuales tanto del cliente como el del proveedor. Este debe ser el parámetro que fije las expectativas de ambos lados al entrar en una relación de outsourcing.

5.6.3 Compromiso del cliente:

Como toda herramienta empresarial sofisticada, el outsourcing requiere de recursos altamente calificados por parte del cliente, que puedan explotar sus beneficios potenciales mediante funciones de gerencias y supervisión adecuadas: Es importante recalcar aquí el delicado balance entre macro-gerencia y micro-gerencia del proveedor de outsourcing por parte del cliente.

La macro-gerencia lleva al cliente a no asignar suficientes recursos a supervisión y control del proveedor, quedando este último a la deriva en términos de directrices operativas, mientras que la micro-gerencia lleva al cliente por un lado comerse los ahorros esperados en infraestructura informática, al crear una neo-burocracia de control administrativo dedicada al manejo de la relación: por el otro lado, y más gravemente aún. “atado de manos” al proveedor, constreñido por una avalancha de requisitos administrativos que le impiden implantar los procedimientos optimados sobre los cuales se fundaba su promesa al cliente de eficiencia operativa y economía de escala.

5.6.3.1. Definición detallada de la cartera de servicios incluidos:

En muchas ocasiones el proveedor tiende a ser explícitamente vago sobre la cartera de

servicios incluidos en el costo básico de una transacción de outsourcing. Mas aún, esta vaguedad es muchas veces utilizada exitosamente como estrategia de penetración del cliente: se gana al cliente con precios artificialmente bajos para luego sacar la carta secreta del engorde del negocio a futuro: una vez firmado el contrato y concluida la transferencia de operaciones al proveedor comienza la letanía de excepciones o servicios no incluidos, que originan innumerables cargos adicionales para evitar este mal casi endémico es sumamente importante la definición clara y precisa de todos los servicios incluidos. una transacción de outsourcing. A mayor precisión a priori, menores sorpresas a posteriori. Cuando son garantía de actitud de una relación de negocios pudiendo afectar peligrosamente operaciones críticas del cliente.

5.6.3.2. Definición adecuada de niveles y modelos de servicio:

En este rubro entran los criterios mínimos de localidad de los servicios prestados como parte de la transacción de outsourcing entre las partes. Cada servicio debe tener asociado tanto el modelo de prestación adoptado, como los parámetros de aceptación y medición de su desempeño. Así el progreso de la relación puede ser monitoreados por una batería de indicadores, los cuales sirven tanto para mostrar el éxito de la transacción como para tomar medidas preventivas y/o correctivas en caso de que algunos servicios muestren tendencias a la degradación, antes de convertirse en problemas críticos.

5.6.3.3. Flexibilidad financiera:

El éxito de toda transacción de outsourcing tiene como fundamento el beneficio económico de ambas partes como medida de prevención frente a situaciones cambiantes, toda transacción debe incorporar suficiente flexibilidad financiera como para adaptarse a condiciones cambiantes que puedan afectar el costo total de la relación comercial entre ambas partes, para así garantizar de alguna manera el beneficio económico buscado originalmente.

5.6.4. Compromiso del proveedor:

Una de las ventajas más competitivas mas fuerte del outsourcing es la disponibilidad por parte del proveedor de recursos altamente calificados para resolver los problemas operativos en la infraestructura informática del cliente. Como tal, el proveedor debe comprometerse a mantener la disponibilidad prometida a lo largo de la relación. Evitando la rotación excesiva de personal, así como la utilización de clientes amarrados a largo plazo como escuela de sus cuadros profesionales, con su posterior resignación a nuevos clientes. Como toda relación exitosa de negocios, es necesario garantizar una continuidad y calidad mínima por parte del proveedor en los recursos humanos asignados a la atención y cumplimiento de los compromisos contraídos.

5.6.4.1 Conformidad gerencial:

El éxito de todo proyecto a largo plazo depende en gran medida de la continuidad del equipo gerencial responsable del mismo. En el caso del outsourcing este requisito se acentúa más aún, dado que las condiciones generales de la transacción se fijan justo antes del comienzo formal de la relación, al momento de la negociación y firma del contrato de prestación de servicios. A partir de allí, el éxito de la transacción depende de adecuada interpretación y seguimiento de las cláusulas establecidas en el contrato, es esencial que los equipos gerenciales responsables del proyecto por ambas partes se involucren plenamente en las negociaciones contractuales, para así llevar consigo a la relación el espíritu del contrato. Esta es ciertamente una garantía importante para el éxito de la relación a largo plazo.

5.6.4.2. Flexibilidad tecnológica:

Sabemos que la innovación tecnológica es el modus operandi en el mundo de la informática. Al mismo tiempo las transacciones de outsourcing generalmente se expresan en contrato de prestación de servicios a largo plazo; por tanto, para evitar

problemas causados por obsolescencia tecnológica no prevista en la transacción original, ésta debe incorporar definiciones y procedimientos de actualización tecnológica. Así como criterios básicos de evaluación e incorporación de nuevas tecnologías a los servicios prestados tales salvaguardas garantizan una de las promesas básicas del outsourcing, la tecnología, manejada por expertos redituando beneficios reales al negocio.

5.6.4.3. Flexibilidad operativa:

Uno de los objetivos más importante del outsourcing es profesionalizar la operación informática del cliente, mas allá de compromisos formales y definiciones exactas de servicios prestados, el resultado esperado de una solución de outsourcing es generalmente, el mejoramiento y eficiencia de la operación debido a la variedad de situaciones y cambios de condiciones operativas que puedan ocurrir durante el transcurso de la relación, es muy importante que la transacción original incorpore suficientes elementos de flexibilidad que puedan ser utilizados posteriormente para cambiar los términos operativos, o hasta la definición de los servicios prestados, sin necesidad de recurrir a tortuosas renegociaciones del contrato.

5.7 Metodología para la evaluación del outsourcing.

La metodología del outsourcing es esencialmente la incorporación de buena práctica en la toma de decisiones gerenciales. La decisión para subcontratar necesita estar sujeta a un proceso administrativo apropiado y no tomarse simplemente, como en el caso de muchas decisiones mas, sobre bases financieras o técnicas.

Lo que hace esta metodología es ayudar a planear, ayudar a fijar las expectativas, tanto dentro de la organización como en el exterior, e indica aquellas áreas donde la organización necesita conocimiento especializado.

* Pasos de la metodología:

- Fase 0: Inicio
- Fase 1: Evaluación.
- Fase 2: Planeación.
- Fase 3: Contratación.
- Fase 4: Transición.
- Fase 5: Administración.

Para cada una de las fases se contestaran las siguientes preguntas:

- ¿Qué hace la fase?
- ¿Cuánto tiempo deberá tomar?
- ¿Quién participa?
- ¿Qué se entrega?
- ¿Qué decisión se toma?

A continuación explicamos cada una de las fases:

Fase "0" - Inicio

- ¿Qué hace?

Identificar el alcance de lo que está considerando para el outsourcing. Establece los criterios, las marcas importantes, iniciales y los factores "adelante/alto" para las decisiones iniciales. Asigna recursos iniciales para "poner las semillas" del proyecto.

- ¿Cuánto tiempo?

De dos a cuatro semanas, dependiendo de la celeridad de las negociaciones que se

basan en las cantidades, plazos y disponibilidad que las partes tengan en cada uno de los puntos que trata el contrato para la prestación del servicio que requiere una de las partes y que la otra de las partes le puede brindar.

- ¿Quién participa?

Esta fase es iniciada por el gerente ejecutivo o un miembro del consejo que esté patrocinando el estudio de factibilidad.

- ¿Qué se entrega?

Un documento que establece el alcance del proyecto y las cuestiones administrativas.

- ¿Qué se dice?

Examinar (o no) los beneficios estratégicos.

Fase "1" - Evaluación

- ¿Qué hace?

Examina la factibilidad del outsourcing; define el alcance y los límites del proyecto e informa en que grado el proyecto satisfaga los criterios establecidos.

- ¿Cuánto tiempo?

De cuatro a seis semanas.

- ¿Quién participa?

Un pequeño equipo encabezado por el patrocinador, por lo menos un gerente de una función (por ejemplo, de finanzas o de recursos humanos), que no se vea personalmente afectado por el resultado de la evaluación.

- ¿Qué se entrega?

Un estudio de factibilidad o de otro tipo (hacer la lista de contenido), una decisión acerca de si se debe o no proceder a la etapa de planeación.

- ¿Qué se dice?

Decisión acerca de proceder o no.

Fase "2" – Planeación detallada

- ¿Qué hace?

Establecer los criterios para la licitación, define con detalle los requisitos y prepara una lista breve de invitaciones para el concurso.

- ¿Cuánto tiempo?

De ocho a 10 semanas.

- ¿Quién participa?

El equipo formado durante la fase uno o más representantes de compras (abastecimiento o contratos), del departamento jurídico y de recursos humanos, en caso de que no estén representados.

- ¿Qué se entrega?

En plan de proceso de licitación, incluyendo documentación para la licitación, descripción de los servicios, borradores de acuerdo al nivel de servicio y una estrategia para las negociaciones con los proveedores.

- ¿Qué se decide?

A quién se invita a concursar, bajo que criterios y las medidas del desempeño.

Fase "3" - Contratación

- ¿Qué hace?

Selecciona a un contratista preferido como resultado de un proceso de licitación, identifica a un proveedor de respaldo.

- ¿Cuánto tiempo?

De tres a cuatro meses.

- ¿Quién participa?

El equipo central de la fase de planeación, puede incluir asesores externos, y si participarán contratistas y sus socios.

- ¿Qué se entrega?

Invitación a concursar: Acuerdos de nivel de servicio, los encabezados del acuerdo, contratos, plan de transferencia del servicio a subcontratistas.

- ¿Qué se decide?

La concesión del contrato: A quién, para qué servicio, durante cuánto tiempo, con criterios de medición.

Fase "4" – Transición al nuevo servicio

- ¿Qué hace?

Establece los procedimientos para la administración de la función subcontratada. Transfiere la responsabilidad formal de las operaciones, transfiere personal y activos según se hayan acordado.

- ¿Cuánto tiempo?

De dos a tres meses.

- ¿Quién participa?

El equipo central y el gerente de función de la función subcontratada, recursos humanos, usuarios, gerencia y personal del proveedor.

- ¿Qué se entrega?

Un plan de transición. Documentación de los procedimientos de administración y revisión. Entrega de la responsabilidad formal al subcontratista.

- ¿Qué se decide?

Procedimientos de terminación. Fecha de entrega del servicio.

Fase "5" – Administración y revisión

- ¿Qué hace?

Revisa el contrato de forma regular, comparándolo contra los niveles de servicios acordados, planea las negociaciones para tomar en cuenta los cambios y requerimientos adicionales.

- ¿Cuánto tiempo?

De uno a cinco años, dependiendo de la duración del contrato. Normalmente de tres a cinco años.

- ¿Quién participa?

Representante del contratista responsable de la entrega del servicio, representante de la función del usuario, responsable de la administración del contrato y del proveedor.

- ¿Qué se entrega?

Un servicio administrado, revisiones regulares, ausencia de sorpresas.

- ¿Qué se decide?

Verificación anual de la validez de la evaluación original, decisión sobre la continuidad del contrato.

Una de las primeras instituciones, en nuestro país, en implementar el outsourcing fueron las propias instituciones del Estado al requerir ejecución de servicios u obras.

Dentro de los aspectos negativos del outsourcing la falta de seguimiento y de evaluación constante que requería el proceso, después de su implementación, para tomar las medidas correctivas.

La reducción de personal, de forma masiva y sin paquetes de compensación.

Se puede decir que hay una tendencia muy marcada a la práctica del outsourcing en las empresas a nivel mundial.

Cada día más las organizaciones buscan alcanzar una mayor eficiencia a un menor costo, sin dejar de lado los estándares de calidad y servicio al cliente exigidos.

Como todo proceso administrativo en el outsourcing están involucradas actividades de planificación, organización y análisis que responden a objetivos específicos de aprendizaje, orientados a descubrir, emplear y adaptar nuevas estrategias para las diversas áreas de la organización.

Al involucrarse en un proceso de outsourcing las empresas deben definir claramente una estrategia que guíe todo el proceso y contenga los aspectos importantes en el desarrollo del mismo.

Algunos de los beneficios potenciales de utilizar el outsourcing son la disminución de los costos, un enfoque más dedicado a actividades competitivas de la empresa, mayor flexibilidad y rapidez de respuesta así como el uso de tecnología y materiales de clase mundial. Por otra parte existen algunas desventajas posibles como son el decline de la innovación por suplidores, pérdida de control del proceso de producción y una eventual competencia por parte de los mismos que al conocer el proceso a plenitud pasan de ser suplidores a competidores.

En la actualidad las organizaciones están buscando una nueva manera de aumentar sus ingresos, conseguir costos efectivos en servicios y compartir ideas con los consumidores. El outsourcing es la herramienta óptima para ello.

5.8. El proceso de tercerización

La aplicación de la tercerización en las empresas debe hacerse tomando en cuenta dos puntos de vista muy importantes:

- Se debe encontrar una empresa que ofrezca un servicio igual o mejor que el que se ejecuta internamente.
- El servicio a ser provisto debe hacerse de manera oportuna, en el menor tiempo y con la mayor calidad posible.
- Estos dos aspectos determinan claramente, y de una forma simple, un nuevo posicionamiento para las empresas contratadas y contratantes. Según American Management Association (AMA), para poner en práctica una tercerización estratégica se debe aplicar el siguiente proceso:

- ❖ Transformar a la jerarquía funcional de la estructura organizacional en una representación del proceso de los roles que cumple cada empleado en la empresa. Con esto se transforma la rígida organización funcional en una representación del proceso de roles, es decir, que los empleados desempeñen una serie de actividades requeridas y que estas se acoplen de forma que las personas de diferentes departamentos puedan trabajar juntas de manera eficiente y eficaz.
- ❖ Combinar varios procesos en unidades de negocio como una nueva estructura organizacional. Las unidades estratégicas de negocios son pequeños negocios definidos y establecidos como unidades en una empresa mayor, creadas con el fin de asegurar la promoción y el manejo

de un cierto producto o servicio como si se tratara de un negocio independiente.

- ❖ Clasificar las unidades del negocio como una “capacidad esencial” o “complementaria” para el propósito de la empresa.
- ❖ Comprometer todas las unidades complementarias del negocio a una estrategia de desarrollo de capacidades independientes.
- ❖ Definir las especificaciones y oportunidad par la compra y venta de los productos o servicios de las unidades complementarias del negocio. Se trata de definir en dónde está la diferencia entre el proveedor interno y las mejores opciones del mercado.
- ❖ Administrar las iniciativas de tercerización a través de contratos con los proveedores.
- ❖ Evaluar e implementar continuamente cambios adicionales por parte de la red de las unidades de negocio corporativas causadas por consideraciones estratégicas de mercado o internas.

5.9. Organización del proyecto.

a Un proyecto de tercerización debe incluir la participación activa de funcionarios tanto de la empresa contratante como de las empresas proveedoras de servicios.

b En definitiva, el trabajo conjunto y diario durante la contratación, implementación y desarrollo de todo el proyecto es esencial para el éxito del mismo.

c Básicamente se necesita implementar un equipo de trabajo que incluya integrantes idóneos, y que se encarguen de aprobar, liderar y ejecutar el proyecto. El equipo de trabajo debe incluir los siguientes integrantes:

i. Comité ejecutivo: Integrado por los gerentes de la empresa contratante y contratista. El comité ejecutivo es el encargado de aprobar el proyecto.

ii. Gerencia de proyecto: Integrado por un gerente líder de la empresa contratante y un gerente líder de la empresa contratista. La gerencia del proyecto es la que lidera el proceso.

iii. Equipo del proyecto: Integrado por profesionales de las empresas contratantes y contratista. Este equipo es el que ejecuta el proyecto. El equipo del proyecto incluye especialistas seleccionados previamente por parte de la empresa contratante, los mismos que se encargarán del desarrollo organizacional mientras se aplica la tercerización. El equipo de especialistas, junto con la gerencia del proyecto, se encargará de elaborar el contrato de prestación de servicios, y será el comité ejecutivo el que se encargue de dar la aprobación final.

iv. Factores: Críticos de éxito del proyecto.

v. Con el fin de que un proyecto de tercerización tenga éxito, es preciso prestar atención especial a una serie de factores esenciales.

vi. En primer lugar, la participación y patrocinio de la alta administración son importantes como fuente de ideas y de impulso al proyecto.

vii. En segundo lugar está la formación de un equipo interno con conocimiento amplio de los procesos y productos para que el costo de los mismos no incluya deficiencias en materia funcional.

viii. En tercer lugar, se debe focalizar al proveedor de los servicios en base a una selección detallada de los mismos que abalice una tercerización efectiva.

* Partes intervinientes en el contrato de outsourcing:

Empresa prestadora de los servicios y cliente.

- Cláusulas que deben de estar presente en el contrato de outsourcing:

* Cláusulas generales:

- Definiciones.
- Objeto del contrato.
- Precio y forma de pago.
- Duración.
- Confidencialidad.
- Resolución del contrato.
- Legislación aplicable y tribunales competentes.

* Cláusulas específicas:

- Devolución
- Subcontratación.
- Comité de seguimiento.
- Penalizaciones.
- Deber de colaboración.
- Protección de datos de carácter personal.
- Lugar de prestación de servicios.
- Compromiso de no contratación.
- Propiedad intelectual.

5.10 Redacción del contrato:

Es imprescindible contar con un contrato escrito que vincule legalmente a las partes, para lo cual es necesaria la intervención de un asesor legal con experiencia en outsourcing. Hay que tener en cuenta que dada la naturaleza de la operación, puede ser difícil tener un contrato donde estén expresados todos los derechos y obligaciones de cada una de las partes para cada situación que pueda suscitarse. Sobre esto, que consideramos de significativa importancia, debe desarrollarse en profundidad el análisis referido a los aspectos legales del outsourcing.

CONCLUSIONES

- 1 El outsourcing es un contrato atípico mercantil que se inscribe dentro de la nueva corriente del derecho anglosajón.
- 2 El outsourcing es un contrato mercantil que favorece un intercambio rápido, anti-formalista y literal para que una empresa pueda contar con la participación de otras empresas en la prestación de servicios.
- 3 El outsourcing está íntimamente influenciado por la teoría liberal que en primer plano se aplicó al Estado, siendo que el Estado, contrató empresas particulares para que prestarán a la sociedad, en nombre suyo, servicios de infraestructura, obras y otros.
- 4 El outsourcing es una herramienta jurídica que coadyuva en el proceso productivo.
- 5 Al contratar un servicio de outsourcing, las organizaciones pueden enfocarse más en la principal actividad de su negocio.
- 6 El outsourcing se da en un ambiente de cooperación entre dos empresas, es decir, dos organizaciones con distintos objetivos y planteamientos estratégicos, se fusionan para poder compartir un mismo ideal, el servir al cliente y el obtener un mayor beneficio o utilidad.
- 7 En la legislación laboral y mercantil de Guatemala, y por la poca cultura mercantil que existe en el país, es poco común encontrar en empresas grandes el outsourcing en los contratos del personal, sin embargo si se encuentran en los contratos de servicios de seguridad.
- 8 Debido al tipo de legislación laboral que en Guatemala existe, se encuentran

empresas de outsourcing, que prestan servicios como mantenimiento, seguridad, recursos humanos, etc.

RECOMENDACIONES

- 1 Que las facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de las universidades del país realicen un estudio sobre el nuevo impacto que está teniendo el derecho anglosajón en Guatemala y cómo se altera la tradición jurídica latina que predominó en Guatemala.
- 2 Los empresarios que realicen el contrato de outsourcing lo hagan siempre y cuando su empresa tenga la certeza de obtener el menor costo y maximizando los beneficios.
- 3 Es necesario que las facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de las universidades del país hagan énfasis y se desarrolle mas acerca de la formación respecto de estas nuevas formas de contratación.
- 4 Los juristas guatemaltecos deben familiarizarse con este tipo de contrataciones, no sólo como mecanismos para preservar una posición que garantice su participación en la validez y formulación de instrumentos jurídicos, sino también porque ante la realidad impuesta por el Tratado de Libre Comercio, imponen formas de comerciar ágiles y dinámicas, para lo cual los contratos como el outsourcing ofrecen posibilidades de contratación inmediatas.
- 5 El outsourcing por ser un contrato atípico y, por ser actualmente muy utilizado por diversas empresas, es necesario que el Congreso de la República regule de manera específica este contrato.
- 6 Los propietarios de las empresas deben mantener un contacto continuo con la empresa en la que se ha contratado el servicio, evaluando continuamente le funcionamiento de el área en el que se presta el servicio, y comparando los resultados continuamente, para verificar si está cumpliendo con los objetivos

planteados inicialmente.

BIBLIOGRAFÍA

- BORJA SORIANO, Manuel. **Derecho de las obligaciones**. México, D.F.: Ed. Porrúa, 2000.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl. **Derecho mercantil; primer curso**, México D.F.: Ed. Porrúa, 2000.
- DE PINA VARA, Rafael. **Elementos del derecho mercantil mexicano**. México: Ed. Porrúa, 1996.
- GARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. México: Ed. Porrúa, 1987.
- MAZEUD, Henry, León y Jean. **Lecciones de derecho civil**. Buenos Aires Argentina. Ed. Ejea. 1969.
- PALLARES, Jacinto. **Derecho mercantil mexicano**. México: Dirección General de Publicaciones UNAM, 1987.
- PALOMAR DE MIGUEL, Juan. **Diccionario para juristas**. México: Ed. Mayo, 1981.
- RAMIREZ VALENZUELA, Alejandro. **Introducción al derecho mercantil y fiscal**. México: Ed. Limusa, 1994.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho; Contratos civiles**: México. Ed. Antigua Librería Robredo, 1964.
- SÁNCHEZ BEJARANO, Manuel. **Obligaciones civiles**. México. Ed. Oxford, 1999.
- TENA, Felipe de Jesús. **Derecho mercantil mexicano, con exclusión del marítimo**. México. Ed. Porrúa, 1998.
- LEVITT, Theodore. **The globalization of markets magazine**. Estados Unidos de América. Vintage magazine company. 1985.
- VÁSQUEZ ARMINIO, Fernando. **Derecho mercantil, fundamentos e historia**. México. Ed. Porrúa, 1977.
- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. **Contratos civiles**. México. Ed. Porrúa. 2005.

Legislación:

Constitución Política de La República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente; Promulgada el 31 de mayo de 1985; en vigencia desde 1986.

Código Civil, Decreto 106 y sus reformas. Promulgada el 14 de septiembre de 1973; en vigencia desde 1974.

Código de Comercio, Decreto 2-70 y sus reformas. Promulgada el 28 de enero de 1970; en vigencia desde 1970.

Código de Trabajo, Decreto 1441 y sus reformas. Promulgada el 29 de abril de 1971; en vigencia desde 1971.