

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b> F-PI-32
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 1 de 12

## EL CONTRATO DE OUTSOURCING EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

**ANDERSON GIRALDO PÉREZ**

[andersongiral@gmail.com](mailto:andersongiral@gmail.com)

**MELISSA JARAMILLO OCHOA**

[melijara28@hotmail.com](mailto:melijara28@hotmail.com)

**ATILANO MUNIVE ANGULO**

[atinagangue@hotmail.com](mailto:atinagangue@hotmail.com)

**Resumen:** Se realiza un abordaje reflexivo de un tema que deja entrever que los actos jurídicos y los contratos responden a necesidades sociales y no solo económicas. A partir de dicha afirmación, se intenta comprender la posición que el individuo debe adquirir en pro de ejercer la voluntad, considerada hoy día como principio constitucional, a partir de ello, debe interrelacionarse con los otros para establecer enlaces de tales voluntades por medio de convenios que en ocasiones ni el estado ni la ley alcanzan a cubrir los propósitos de tales alianzas o al menos no en la celeridad que ello ameritaría, surgiendo los denominados contratos atípicos o innominados. Con base en lo anterior, se toma la modalidad de outsourcing, con el fin de establecer la esencia jurídica de este contrato atípico y comprender la regulación de éste negocio jurídico en Colombia.

**Palabras claves:** Outsourcing, Contrato, Atipicidad, Normatividad, Responsabilidad, Empresas

**Abstract:** A thoughtful approach to a subject that suggests that legal acts and contracts respond to social needs and not just economic is performed. From this statement, we try to understand the position that the individual must acquire in favor of exercising the will, considered today as a constitutional principle, since it must interact with others to establish links of such wills through agreements that neither the state nor the law enough to cover the purposes of such alliances or at least not at the speed that it would merit, emerging so-called atypical or unnamed. This time, take the form of outsourcing, in order to establish the legal essence of this atypical contract and understand the regulation of this legal business in Colombia.

**Key words:** Outsourcing, Contract, Atypicality, Standards, Responsibility, Business

### INTRODUCCIÓN

Los procesos cambiantes y evolutivos que se vienen evidenciando en el mundo moderno como los son los desarrollos tecnológicos, el libre cambio, el avance de las comunicaciones y en

general todos aquellos elementos que integran la globalización se han venido convirtiendo en los pilares del sentimiento general de que el mundo es cada vez más pequeño y de que hay un número creciente de actividades

modernas que asciende hasta los límites transnacionales. (Martínez, 2013).

Con base en tales afirmaciones, y tomando como referencia el ámbito empresarial, en lo que tiene que ver con la contratación se logra comprender que este sector no ha estado ajeno a tales transformaciones; por el contrario, se habla de evolución en las empresas modernas, las cuales experimentan unas transformaciones inimaginables por medio de la sumersión en sistemas informáticos, electrónicos, estadísticos y de toda índole que repercuten en un mejoramiento notorio en sus procesos, lo cual se evidencia en los resultados obtenidos y las competencias cada vez más potentes.

Se evidencia entonces en el ámbito empresarial una búsqueda constante de alternativas de diversas formas contractuales para alcanzar el desarrollo y crecimiento de sus actividades propias, recurriendo a instrumentos de tipo comercial que a pesar de existir hace varios años, no se

encuentran regulados por las leyes o códigos específicos. (Martínez, 2013).

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

Surge entonces la necesidad de conocer a fondo este tipo de contrato, para comprender la manera como ayuda a las empresas en el ámbito interno, en este sentido, se trae a colación a Natera (2007), quien expone: “los servicios que puede prestar la empresa de outsourcing son muy variados” (llevarna de contabilidad, servicios jurídicos, administrativos, fiscales, limpieza de locales, etc.) (p. 531).

Es así como se expone a continuación, no solo el contexto del contrato de outsourcing, su contenido, la forma como actúa en las organizaciones sino que se intenta establecer la esencia jurídica del contrato atípico de outsourcing y comprender la regulación de éste negocio jurídico en

Colombia, desde su posición de atipicidad.

## 1. TIPICIDAD CONTRACTUAL

La delimitación de los contratos a través de tipos permite que se combinen elementos de los mismos para formar nuevos contratos que como se verá más adelante, es fundamental para que tenga existencia una de las clases de contratos atípicos, lo que por el contrario, no se puede lograr cuando la delimitación es conceptual.

El tipo es aplicable en el ámbito contractual, y dentro de éste, es concebido como el contrato entendido en forma general, o como las diversas especies contractuales reguladas por el ordenamiento jurídico (Gete y Calera 1979), en Camacho (2005); esa aprehensión del ordenamiento jurídico se hace por medio de la tipicidad, lo que permite definirla como el mecanismo a través del cual se regula una figura que anteriormente se encontraba en la realidad

social (Gete y Calera 1979), en Camacho (2005).

Se debe tener muy presente, que al hablar de tipicidad en el referido que ocupa este trabajo, se hace refiriendo a la regulación que hace el ordenamiento jurídico, sin especificar la fuente que cumple dicha función, por lo que se debe entender que esa tipificación se puede presentar por medio de la ley, pero también por otras fuentes del derecho.

### 1.1. Contratos Atípicos o innominados:

Dentro de las diversas definiciones de contratos atípicos se observa que con frecuencia los doctrinantes recurren a aquella según la cual: “Los contratos atípicos o innominados son los que no tienen una disciplina jurídica propia”, derivan entonces de este concepto dos cuestiones que deben ser analizadas con mayor detenimiento, por una parte la equiparación de los conceptos de tipicidad y nominalismo y por otra, el uso de la expresión disciplina jurídica.

El mercado y el comercio se han visto en la necesidad de buscar alternativas en una economía globalizada y de grandes transformaciones que les posibiliten desarrollarse de manera competitiva, rápida y ágil. Por este motivo, las empresas han superado los contratos ortodoxos que muchas veces están desfasados de las necesidades económicas, financieras y jurídicas actuales, y se han creado nuevas modalidades de contratación conocidas como Contratos Innominados en la búsqueda de ser más competitivos.

En Colombia los contratos de Outsourcing, factoring, franquicia, know how, fideicomiso, joint venture, underwriting y otros contratos innominados no se encuentran expresamente regulados por la ley y no hace mucho tiempo que se vienen utilizando en otras regiones como América del Norte, Europa y Asia.

## **1.2. Relación comercial, financiera y jurídica de los contratos innominados**

Los contratos atípicos van tomando relevancia, con mayor énfasis en la contratación comercial, financiera y jurídica, como consecuencia de las relaciones económicas comerciales en el mundo globalizado (Flores, 2003). Estos contratos se denominan atípicos por no estar legislados dentro del ordenamiento jurídico, aunque se han ido incorporando de manera aún limitada por los principios de licitud y buena fe que tienen las relaciones contractuales regidas por las reglas de autonomía de la voluntad que las partes contratantes implementan para enfrentar y mejorar su productividad y competitividad, en el caso de las empresas.

Teniendo en cuenta las transformaciones empresariales, podría decirse que en su mayoría, los contratos que tienen por objeto bienes intelectuales constituyen, regularmente, contratos innominados o atípicos; sin embargo, como todo contrato, están regidos por los principios generales que rigen en materia contractual.

## 2. CONTRATATO DE OUTSOURCING

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

El artículo 1501 del Código Civil colombiano, aplicable al contrato de outsourcing por remisión expresa del artículo 822 del Código de Comercio colombiano, estipula textualmente: Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales.

Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden

pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

### 2.1. Outsourcing en Colombia

Hablar de outsourcing en Colombia es similar a hablar de tercerización, aunque este último concepto no está desarrollado plenamente en el ámbito legal, si ha sido un concepto implementado desde la década de los ochenta, basado sobre todo en algunos decretos de la economía solidaria. (Triana, 2015).

Los beneficios están dados en definiciones de metas que favorecen a ambas partes, contribuyendo en toma de decisiones principalmente en lo que tiene que ver con estructura de personal; por su parte, la medición y evaluación a la administración, se hace mediante una escala que describe las cualidades generales requeridas en los puestos de administración o de asesoría técnica.

La implementación del outsourcing según los especialistas del tema, logra que a mediano plazo, los costos se reduzcan ya que los generados por las innovaciones tecnológicas en las áreas que han sido contratadas externamente serán asumidos por el contratista. Sin embargo esto anticipa desde ahora la necesidad de elaborar un contrato con un buen nivel de flexibilidad que permita irse adaptando a las necesidades cambiantes del mercado y de la nueva tecnología (Moncada & Monsalvo 2000).

## 2.2. Elementos esenciales del contrato de Outsourcing

Las partes involucradas en el contrato de outsourcing son: cliente o usuario y el proveedor u outsourcer, como entidades jurídicas diferenciadas. El cliente o usuario, que va a ser la empresa que, por regla general, identifica y determina sus necesidades y escoge la clase de servicios, cometidos o áreas funcionales que subcontratará, al reconocer que hay especialistas sobresalientes en algunas áreas o

funciones empresariales. El proveedor u outsourcer, mientras tanto, es la empresa que aparece como prestadora del servicio, cometido o área funcional que el cliente o usuario subcontrata, y se caracteriza por tener un conocimiento detallado de todos los aspectos del servicio, cometido o área funcional para el que es contratado.(Basto, 2009).

El objeto sobre el cual recae el outsourcing son los servicios, cometidos o áreas funcionales que la empresa cliente o usuaria subcontratará o externalizará al proveedor u outsourcer. Dichos servicios, cometidos o áreas funcionales son aquellos que no se consideren claves para el negocio central de la empresa cliente o usuaria o no formen parte de su core business; (Schneider, 2004) explicado en otros términos, son procesos importantes pero no inherentes a las actividades principales o distintivas de la empresa cliente o usuaria.

En materia comercial no existen actos a título gratuito. De este modo, sin precio que se obligue a apagar el cliente o usuario al proveedor u outsourcer, no

puede haber outsourcing. De suerte que, el precio constituye uno de los elementos esenciales del contrato de outsourcing, de suerte que si él falta no hay contrato de outsourcing o degenera en uno distinto. (Mendoza y Monsalvo 2000).

El plazo por su parte, se refiere, por regla general, a la duración del contrato o, en el caso específico, el término durante el cual las partes en razón del contrato de outsourcing se obligan recíprocamente.

### **3. NATURALEZA JURÍDICA**

Desde el punto jurídico, puede definirse el proceso de outsourcing como la transferencia concertada, planeada y responsable de ciertas actividades, y servicios o ambos, de una empresa a otra persona natural o jurídica experta en ellos, con la finalidad de reservarse solamente aquellas en las cuales se es verdaderamente eficiente, y así especializarse mejor, afianzarse en el mercado y obtener mayores utilidades.

Con base en la anterior apreciación puede mencionarse que esta nueva tendencia administrativa de desconcentración de funciones al interior de las empresas a través del outsourcing, necesita una respuesta del derecho para poder operar. puede aquí mencionarse las figuras jurídicas de características especiales como los son las cooperativas de trabajo y las empresas de trabajo asociado dentro de las cuales se constituyen herramientas idóneas para desarrollar la tendencia de la delegación de funciones en el derecho colombiano, que recuérdese constituye el fin de los contratos de outsourcing.

Aunque no solamente debe contemplarse las figuras jurídicas antes contempladas; puesto que también pueden darse en los contratos de prestación de servicios como vía para la implementación del outsourcing, en los eventos de la necesidad de contratar servicios técnicos especializados.

Según lo expuesto por Pérez y García 1999 en Moncada & Monsalvo (2000), El outsourcing se puede llevar a

cabo a través de la contratación externa de operaciones y servicios generalmente bajo tres formas:

Cooperativas de trabajo asociado, empresas asociativas de trabajo y contratistas independientes. Estas tres figuras tienen en común la autonomía administrativa, técnica y financiera frente a un usuario o contratante de sus productos o servicios P. 36.

### **3.1. Efectos laborales del Outsourcing**

En primer lugar, se hace alusión al principio de irrenunciabilidad; teniendo en cuenta que ni el empleador ni el trabajador pueden pactar condiciones por debajo de lo establecido como mínimo por la ley; es decir, se hace referencia a derechos mínimos que tiene todo trabajador en Colombia, y que se consideran irrenunciables tales como el derecho a un salario no inferior a la suma mínima establecida por el gobierno cada año, la afiliación al sistema de seguridad social integral, las prestaciones sociales, los descansos remunerados, entre otros.

En segunda instancia se debe tener en cuenta la primacía de la realidad, principio que consiste, como su nombre lo indica en la prevalencia de los hechos reales sobre los pactos o convenciones estipulados entre las partes.

El artículo 53 de la Constitución Política consagra este principio, elevándolo a nivel constitucional, y en la normatividad laboral se desprende, entre otros artículos, del 23 cuando menciona los elementos esenciales del contrato de trabajo, y señala:

Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. (Art 53 C.P).

### **3.2. Outsourcing en la legislación colombiana**

Contratar una firma de outsourcing no es nada distinto a conseguir un contratista independiente, el

cual, según el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 3.º del Decreto 2351 de 1965, agrupa personas naturales o jurídicas que se obligan, mediante un contrato civil o mercantil, a ejecutar una obra o a prestar un servicio a favor de un contratante o beneficiario, quien también podrá ser una persona natural o jurídica, a cambio de un precio, y a asumir todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.

El contratista independiente tiene la obligación de tener resultados respecto al contratante, y en virtud de la autonomía técnica y directiva que le corresponde para ejecutar la obra o servicio tendrá que utilizar sus propios insumos y recursos, entre ellos el factor humano. (Bermúdez, 2005).

Lo anterior significa que las personas que el contratista independiente vincule para cumplir el objeto contratado serán sus trabajadores, pues frente a ellos ejerce el poder de subordinación y de allí se predica que es un verdadero patrono y

debe asumir todas las cargas que ello implica.

Debe diferenciarse el contratista de un simple intermediario, en cuanto este último es una persona que se encarga de contratar los servicios de otras para que ejecuten trabajos en beneficio y por cuenta de un patrono, es decir que no tiene la posibilidad de ejercer subordinación respecto a los trabajadores.

El artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo indica que el beneficiario de la obra o contratante será solidariamente responsable por las obligaciones laborales del contratista en el caso que las labores encomendadas a este último no sean extrañas a las actividades normales en su empresa o negocio.

## **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

### **Conclusiones**

El outsourcing ha surgido como estrategia de gestión para mejorar la competitividad

y constituye un excelente recurso para la empresa moderna, ya sea del sector público o privado ya que se está imponiendo en la mayoría de empresas como una forma eficaz de mejorar su eficiencia en un entorno cada vez más competitivo.

El contrato de outsourcing es una figura representativa de los contratos atípicos, que presenta amplias formas y contenidos que facilitan su adaptación y utilización en diversos negocios y sectores, esto lo hace un negocio jurídico atractivo para operar en un mercado de continua expansión.

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

### Recomendaciones

Se requiere la profundización del estudio sobre los diversos contratos que pueden surgir entre los individuos pertenecientes a un país en vía de desarrollo, de manera que se pueda describir la función económica ellos, teniendo en cuenta que están dadas por la necesidad económica, social o jurídica que se pretenda satisfacer.

Cuando se aborde la temática de los contratos atípicos, debe tenerse muy en cuenta que para que esta figura contractual sea valedera, se deben dejar claramente definidas las obligaciones y responsabilidades de las partes, y, sobre todo, se debe enfatizar en la autonomía que tiene el contratista en la ejecución de la obra o servicio, ya que a pesar de su atipicidad, las partes deben estipular este tipo de situaciones con el único fin de legalizar los convenios y beneficiar a las partes interesadas.

No cabe duda de que a medida que la civilización avanza cobran mayor importancia los contratos atípicos, puesto que el tráfico mercantil moderno

desborda en mucho los supuestos sobre los que se levantan las normas típicas contractuales, razón por la cual el legislador debe proveer al ordenamiento de instrumentos que superen la inmediatez de lo legislado y trasciendan a la misma velocidad de las exigencias del tráfico civil y comercial de los particulares.

#### REFERENCIAS

- Bermúdez, A. Katerine (2005). Discurso Laboral. Outsourcing y Derecho laboral. Universidad externado de Colombia. Recuperado el 30 de noviembre de 2015 de: <http://portal.uexternado.edu.co/pdf/Derecho/derechoLaboral/DiscursoLab2.pdf>.
- Camacho, López María (2005). Régimen Jurídico aplicable a los Contratos Atípicos en la Jurisprudencia Colombiana. Revista E-mercatoria. Recuperado el 01 diciembre de 2015 de: [www. DialnetRegimenJuridicoAplicableALosContratosAtipicosEnLaJ-3625884.pdf](http://www.DialnetRegimenJuridicoAplicableALosContratosAtipicosEnLaJ-3625884.pdf).
- Código Sustantivo del Trabajo art 34 y ss.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia 10 de agosto de 1994, Rad. 6494, *Magistrado Ponente: Ernesto Jiménez Díaz*.
- Elisa Echaiz Moreno, Daniel. El Contrato de Outsourcing. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM. Recuperado el 20 de noviembre de 2015 de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/122/art/art6.htm>
- Gete Alonso María Del Carmen & Calera. Estructura y Función del Tipo Contractual, Barcelona, Bosch, 1979, p. 18.
- Gidró, Gil y Rueda, Basilio. Nuevos modelos de gestión empresarial. Madrid: Círculo de Empresarios, 1998, p. 7.
- Martínez, Suárez M.N. (2013). El Contrato de Outsourcing en la Legislación Colombiana Recuperado el 20 de noviembre de 2015 de: <http://repositorio.cuc.edu.co/xmlui/bitstream/handle/11323/60/30562647.pdf>.
- Mestre Barón Ayda Luz (2013). Naturaleza Jurídica del Contrato de Outsourcing. Corporación Universitaria Rafael Núñez, Cartagena Colombia. Recuperado

el 28 de noviembre de 2015 de:  
<http://siacurn.curnvirtual.edu.co.pdf>

Moncada Lezama M. C. & Monsalvo Bolívar J. (2000). Implicaciones Laborales del Outsourcing. Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado el 1 diciembre de 2015 de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis15.pdf>.

Morales Molina, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General. Octava edición, Bogotá: Editorial ABC, 1983, t. I.

Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. Teoría General del contrato y del negocio jurídico. Sexta edición. Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2000.

Peña Nossa, Lisandro. De Los Contratos Mercantiles Nacionales e Internacionales, Negocios del Empresario. Editorial Universidad Católica de Colombia. 2 Ed. Bogotá D.C. 2006. 415p.

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

Triana, Zambrano Oscar Julián (2015). Efectos laborales de la contratación en el marco del Outsourcing y/o

subcontratación en Colombia. Universidad Católica de Colombia. Recuperado el 30 de noviembre de 2015 de [http://repository.ucatolica.edu.co/0/1/Efectoslaboralescontrataci%C3%B3n-en-marco-outsourcing Colombia.pdf](http://repository.ucatolica.edu.co/0/1/Efectoslaboralescontrataci%C3%B3n-en-marco-outsourcing%20Colombia.pdf).

### Curriculum Vitae

**Anderson Giraldo Pérez:** Egresado Facultad de Derecho IUE, diplomado en contratos atípicos cohorte IV.

**Melissa Jaramillo Ochoa:** Egresado Facultad de Derecho IUE, diplomado en contratos atípicos cohorte IV.

**Atilano Munive Angulo:** Egresado Facultad de Derecho IUE, diplomado en contratos atípicos cohorte IV.