

# EL OUTSOURCING Y SU VINCULACIÓN CON LA GESTIÓN ESTATAL

Por José Luis Cortés Recabarren

## Sumario:

1. Antecedentes Generales. 2. Conceptos. 3. Razones para la adopción del Outsourcing en la gestión de las empresas. 4. Servicios u operaciones susceptibles de externalizar. 5. Naturaleza del Outsourcing. 6. El Outsourcing en la administración estatal chilena.

## I.- Antecedentes Generales.-

A partir de la segunda mitad del siglo XX el comercio ha sufrido una acelerada evolución, no sólo respecto de los volúmenes de bienes y servicios que se transan en el mercado, o con relación a la globalización y caída de las fronteras naturales pos período de la guerra fría, sino además por la fuerte competencia por obtener el mayor porcentaje posible del mercado demandante. Todo lo anterior ha motivado que las empresas desarrollen estrategias destinadas a desarrollar mejores niveles de gestión, reducir sus gastos directos y generar economías a escalas que les permitan competir con sus pares y, como resultado, mantener su presencia en el mercado. Las empresas que no enfrentan estos nuevos escenarios de súper competencias y de consumidores cada vez más demandantes y conscientes de sus derechos individuales, naturalmente van derecho al fracaso.

¿Qué mecanismos o instrumentos, o qué estrategias emplean las empresas en esta constante lucha por la supervivencia en el mundo de los negocios? Son múltiples. Uno de éstos, el denominado Outsourcing, forma parte de lo que los eruditos llaman la reingeniería, esto es, la revisión fundamental y el rediseño radical de los procesos de negocio para lograr mejoras espectaculares en medidas críticas y contemporáneas de desempeño como el costo, la calidad de servicio y la velocidad de los procesos. Lo que persigue la reingeniería de las instituciones en general es, enfrentadas al paradigma de los cambios, adaptarlas de tal modo que éstas estén en condiciones de satisfacer eficiente y eficazmente las nuevas y mayores demandas de los consumidores o usuarios, de acuerdo a las siempre cambiantes realidades del mercado. Pero también la reingeniería supone que estas instituciones adopten nuevas y frescas formas de hacer negocios (nuevas operaciones mercantiles, como el factoring, el franchising, el engineering, etc) y modernas formas de gestión internas, como serían el outsourcing y el benchmarking. Estas dos herramientas de la reingeniería constituyen, al decir de los expertos, "astutas" alternativas de las empresas para ser más competitivas y exitosas en el mercado global de hoy.

Desde una perspectiva histórica, 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 proveedores externos. Sin

embargo, esta estrategia fue haciéndose obsoleta con el desarrollo de la tecnología, pues nunca los departamentos podían mantenerse tan actualizados y competitivos como lo hacían las agencias independientes especializadas en un área específica. Fue así como en los años 70 surgió el boom de las agencias consultoras y del Outsourcing. Las empresas empezaron a encontrar más fácil contratar a un consultor externo experto en un área, que tener que mantener y desarrollar ese departamento internamente. No solo les permitía disminuir los costos sino que la calidad ofrecida por los asesores expertos les resultaba mejor.

## II.- Conceptos.-

Existen múltiples conceptos de lo que los economistas entienden por Outsourcing. Veamos algunos:

"Es la acción de recurrir a una agencia externa para operar una función que anteriormente se realizaba dentro de la compañía" (Dorban Chacón, 1999)

"Transferencia a terceros de actividades no medulares" (Revista Producto, edición Agosto de 1997)

"La contratación externa de recursos anexos"

Desde el punto de vista gramatical, la palabra Outsourcing es un vocablo inglés, compuesto por dos palabras: "Out" (fuera, afuera, lo que está en el exterior), y "Sourcing" (también aparece escrito en algunas publicaciones como outsourcing, con "s"), una expresión derivada del vocablo inglés "source", que significa "fuente u origen" (de datos, información o antecedentes) De ahí que esta expresión inglesa puede traducirse literalmente como "la acción de buscar o requerir información o datos fuera de", y puede equivaler en el idioma español a los conceptos de *externalizar* o *externalización*.

Podemos intentar definir técnicamente, entonces, el Outsourcing o la Externalización como ***una forma de gestión moderna de la empresa (o las instituciones), mediante la cual ésta (el cliente) se desprende de una o más operaciones, áreas de producción o actividades propias prescindibles, por un período más o menos largo de tiempo (dependiendo de las características de cada contratación), para entregarlas al gestionamiento y desarrollo de una agencia o firma externa especializada (el Outsoucer), quien se hace cargo de éstas por un precio determinado.***

En unos casos, esta contratación puede conllevar, por parte de la firma Outsoucer, la obligación de transferir al cliente todos los beneficios derivados de los avances tecnológicos, especialmente cuando se trata de la externalización de los sistemas y operación informática. En otros, no se da esta transferencia, sino que la externalidad se limita simplemente a procesos administrativos, a la gerencia de áreas menores (aseo, vigilancia, mantención, etc).

**Lo que no es el Outsourcing.** Este mecanismo *no es un contrato mercantil* en sí, no obstante que como lo señalaremos el estatuto jurídico de las partes contratantes queda definido a través de un contrato, generalmente un Convenio de prestación de servicios. *Tampoco es una operación mercantil* en estricto rigor, la que envuelve la "concertación de varios actos o negocios jurídicos vinculados entre sí, para el logro de una determinada finalidad económica" (Ricardo Sandoval López, Nuevas Operaciones Mercantiles, 3ª edición, 1996, página 1) *Tampoco es una especie de Mandato o Comisión Mercantil*, mediante el cual el cliente encomendaría al Outsoucer la gestión de uno más negocios determinados, pues en el Outsourcing el agente externo no actúa por cuenta o en representación de su cliente.

**Lo que sí es el Outsourcing.** El Outsourcing, también llamado externalización o tercerización, *consiste básicamente en una modalidad de gestión o de gerenciamiento*, mediante la cual se decide encargar a proveedores externos aquellas actividades que no son la columna vertebral de un negocio. Estos terceros expertos son llamados a hacerse cargo de "parte del negocio" o de un servicio puntual de la empresa. La compañía "delega" el gerenciamiento y la operación de uno de sus procesos o servicios a un prestador externo - denominado Outsoucer -, con el fin de agilizarlo, optimizar su calidad y/o reducir sus costos.

La externalización es, entonces, dejar en manos de profesionales externos la realización de funciones no claves de la empresa, con los fines antes descritos. El término no significa más que sacar fuera de la compañía todas las aplicaciones y sistemas corporativos que se deseen para que sean gestionados por especialistas externos, los cuales pueden actuar bajo dos modalidades: ya involucrarse en los objetivos como un socio, ya subcontratando una función menos compleja que no requiere vinculación. Y desde el punto de vista de su alcance, el Outsourcing puede también revestir dos modalidades: total, lo que implica la transferencia de equipos, personal, redes, operaciones y responsabilidades administrativas al contratista, o parcial, cuando solo se transfiere alguno de los elementos anteriores.

El Outsourcing consiste, entonces, en contratar y delegar a largo plazo uno o más procesos no críticos para el negocio, a un proveedor más especializado, lo que lo diferencia sustancialmente de la simple contratación de servicios a terceros. Esta última operación no lleva envuelta en sí una herramienta de gestión moderna de una institución o empresa, pues ésta no tiene la intención de "deshacerse" de ciertas operaciones o procedimientos que le resultan prescindibles para delegarlas en expertos o servidores externos. Esta última sólo persigue obtener de un tercero un servicio material o inmaterial específico, necesario para el cumplimiento de sus fines, pero en ningún momento la empresa se desprende de un área de gestión.

Para el Outsoucer esta modalidad de gestión viene a ser su negocio de servicios que ofrece en el mercado, y para el cliente es la respuesta a su necesidad de mejorar su gestión propia, de manera que al ponerse en contacto ambos se produce una verdadera alianza estratégica, cuya meta a

mediano o largo plazo es el fortalecimiento de esta última, para la cual el agente o experto externo pasa a ser su colaborador directo, casi un socio más de la misma.

### **III.- Razones de la adopción del Outsourcing para la gestión de las empresas.-**

Algunas de las razones esgrimidas por los entendidos para externalizar los servicios son:

1.- La transferencia de riesgos.- Cuando determinadas organizaciones, grupos o personas ajenas a la compañía son contratados para hacerse cargo de parte del negocio o de un servicio puntual, se produce una delegación del gerenciamiento y la operación de uno o más de sus procesos, quienes dan garantías de experiencia y seriedad. En cierto modo, este tercero pasa a ser parte de la compañía pero sin incorporarse formalmente a ella. Se produce una independencia absoluta entre ésta y quienes son contratados por la firma de Outsourcing.

2.- El Outsourcing estimula el empleo local.

3.- El empleo de personal externo y el diálogo fresco y nuevo con la empresa dan lugar a una creatividad y a un potencial o espontaneidad que antes era difícil de obtener.

4.- Ahorro y reducción de los costos directos de la empresa beneficiaria.

5.- Disposición de capital de la compañía para las funciones propias.

6.- Acceso a dinero efectivo.

7.- Manejo eficiente de las funciones difíciles.

8.- Acceso a las capacidades y tecnología de punta.

9.- Permite a la institución enfocarse a los asuntos propios de su negocio.

10.- Mejora la calidad de servicio.

11.- Atención de los trabajadores o funcionarios de la empresa o institución al objeto verdadero del negocio o servicio.

12.- Reducción y mejor aprovechamiento del espacio físico.

### **IV.- Servicios u operaciones susceptibles de externalizar.-**

De acuerdo a un reciente estudio, estos son los servicios altamente considerados para su externalización:

1.- Sistemas y estrategia técnica.

- 2.- Análisis de negocios.
- 3.- Análisis y diseños de sistemas.
- 4.- Desarrollo e implementación de aplicaciones.
- 5.- Diseño e implementación de redes.
- 6.- Operaciones de centro de datos.
- 7.- Operaciones de redes.
- 8.- Soporte técnico.
- 9.- Soporte usuarios finales y departamento auxiliar.

En este aspecto, los departamentos más susceptibles de ser externalizados son los servicios jurídicos, la administración, el transporte, la logística, servicios auxiliares (limpieza, seguridad, mensajería, mantenimiento) y los sistemas de información. En el caso de la informática, firmas importantes de softwares han anunciado que muy pronto sacarán al mercado productos hosting, es decir, autorizados para su cesión en arriendo, lo que constituye un paso más en la externalización de los procesos.

#### **V.- Naturaleza del Outsourcing.-**

Hemos dicho anteriormente que el Outsourcing es más bien una "modalidad" de gestión empresarial, una "herramienta" que aplica los procesos de reingeniería, un "mecanismo" desarrollado por la práctica mercantil y empresarial encaminada al logro de determinados objetivos de largo alcance.

Ya que, entonces, el Outsourcing es considerado como modalidad, herramienta o mecanismo de la gestión empresarial, es de concluir que éste no constituye en sí una especial figura contractual atípica del derecho.

Lo anterior no significa que esta modalidad no requiera para su concretización de la formalización de contratos típicos o atípicos propiamente tales, pues es de rigor suponer que la entrega de ciertas áreas productivas para la gestión de un tercero experto requiere de la celebración de al menos un contrato, generalmente de prestación de servicios. Este último, de usual celebración entre clientes y proveedores sirve para definir el conjunto de derechos y obligaciones recíprocas entre ambas partes, y contemplar las condiciones en que estos servicios externalizados se prestarán por la firma Outsoucer, por una parte y, por la otra, el precio que aquella pagará a ésta en las fechas fijadas de común acuerdo. Este contrato de prestación de servicios, base sine qua non del Outsourcing, se sujeta a las normas del derecho privado, es de carácter consensual y de tracto sucesivo, y por lo general es celebrado por el cliente (empresa o institución) después de un proceso de selección por

concurso público o privado.

Cabe señalar que si bien mediante este mecanismo la empresa se desprende de la gestión de determinadas áreas de gestión o producción, se entiende que este desprendimiento no es absoluto y permanente, pues los plazos de entrega de éstas a las firmas expertas se hace por un período definido y acotado en el tiempo, a cuyo término perfectamente la empresa puede (si los análisis respectivos así lo indican) volver a asumir la gestión por sí de esas áreas. Tampoco hay desprendimiento de parte de la propiedad de la empresa, sino más bien de una forma de gestionar parte de la misma. Es un resultado de la planificación estratégica.

Será interesante el negocio para la empresa proveedora o prestadora de los servicios de externalización, según sean los plazos y condiciones ofrecidos por el cliente.

## **VI.- El Outsourcing en la administración estatal chilena.-**

### **1.- Fuente legal.-**

La función estatal se desarrolla a través del acto administrativo y también, frente a la sociedad civil, mediante la celebración de contratos sujetos al derecho común.

Para el cumplimiento de sus funciones, la ley ha dotado a los servidores públicos de una serie de potestades, facultades, atribuciones y prerrogativas, cuyo objetivo principal es, según lo dispuesto en el artículo 5° de la ley 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, "velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública", debiendo considerar que de acuerdo al precepto Constitucional el Estado "está al servicio de la persona humana" (artículo 1° C.P.R.).

Ahora, el reconocimiento legal de la Administración para utilizar este mecanismo de gestión moderna, eficiente y eficaz de los recursos públicos emana del artículo 34° de la Ley de Bases, la ley 18.803, de 1989, y la Ley 19.886 sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 250, de 2004.

El artículo 1° de ésta última, expresa:

"Los servicios públicos regidos por el Título II de la ley N°18.575, podrán encomendar, mediante la celebración de contratos, a municipalidades o a entidades de derecho privado, todas las acciones de apoyo a sus funciones que no correspondan al ejercicio mismo de sus potestades". Y define las acciones de apoyo como "todas las que no constituyen directamente las potestades públicas encomendadas por la ley a cada uno de los servicios y que sean complementarias a dichas potestades?" (inciso segundo)

## 2.- Límites.-

El artículo antes señalado merece, por su trascendencia, los siguientes comentarios:

1° La externalización autorizada por la ley está limitada únicamente a acciones de apoyo, respecto de funciones que no correspondan al ejercicio mismo de la potestad pública, la que en sí no puede delegarse a terceros. Es decir, dice relación con funciones secundarias de carácter eminentemente funcional.

2° Estas acciones de apoyo no pueden recaer en el ejercicio de potestades públicas.

3° Son acciones complementarias.

De ahí que, la propia ley pone un límite a la profundización que pretenda efectuar un determinado servicio en la externalización de su gestión, señalando que ésta sólo es posible respecto de acciones de apoyo más no de las que correspondan al ejercicio de la potestad pública en sí.

¿Qué se considera como "acciones de apoyo"? La propia ley señala algunos casos, sin que ella sea taxativa: recepción, recopilación, preparación, revisión y evaluación de antecedentes, procesamientos computacionales, cobranzas y percepción de pagos, conservación y reparación de bienes inmuebles y muebles, aseo y otros servicios auxiliares.

Lo que la ley prohíbe terminantemente es la externalización de la potestad pública, pues ello significaría aceptar la delegación en un tercero ajeno a la Administración de las potestades que aquella ha otorgado exclusivamente a los servidores públicos. Así aparece reafirmado en lo dispuesto en el artículo 43° de la ley 18.575, que en su letra b) señala que, la delegación de atribuciones deberá hacerse sobre la base, entre otros, de que los delegados deben ser funcionarios de la dependencia de los delegantes. Cualquier convenio de esta especie que contravenga la citada disposición legal sería nulo de nulidad de derecho público.

## 3.- Jurisprudencia.-

Lo anterior aparece reafirmado por dos fuentes importantes: la jurisprudencia administrativa y la historia fidedigna de la ley.

Respecto de la primera de éstas, la Contraloría General de la República, a través de los Dictámenes N°s 22.540/90, 25.987/90, 26.965 y 30.147/96, interpretando el artículo 34° de la ley 18.575, señaló que la entrega de la ejecución de acciones de apoyo, no puede, de acuerdo a los principios básicos del Derecho Administrativo, recaer en actividades correspondientes al desarrollo de tareas propias, pues con ello se estaría confiriendo a particulares competencia para realizar funciones que el organismo público se encuentra obligado a cumplir y que, conforme con el artículo 60 número 14 de

la Carta Fundamental, en relación con el artículo 62, inciso 4, número 2 de la misma, sólo pueden determinarse por vía legislativa.

Insiste la Contraloría General de la República, a través del dictamen N°23.325, de 1998, que las funciones propias que la ley ha radicado en cada uno de los servicios públicos deben ser desarrolladas por sus propios empleados [artículo 55° letra a) del Estatuto Administrativo], sean éstos de planta o a contrata y, excepcionalmente, por las personas contratadas sobre la base de honorarios.

Por su parte, la historia fidedigna de la ley, nos clarifica qué se entiende por "labores propias", al señalar el Informe de la Comisión Conjunta de la H. Junta de Gobierno (relativa al proyecto de la ley 18.803) que éstas corresponden a las establecidas en la ley orgánica de cada institución, las cuales no podrán ser desempeñadas por el sector privado.

Así, por ejemplo, el Ministerio de Obras Públicas no podría externalizar las funciones relativas a la proyección, construcción, mantención, reparación y conservación de infraestructura pública, pues éste es su natural objeto, consagrado en su ley orgánica, el Decreto con Fuerza de Ley N°850, de 1997. Si podría, en cambio, externalizar todo lo referente a los servicios y operaciones informáticos, recopilación de datos, implementación de redes, servicios de mantención, mensajería, aseo y ornato y todas las demás de equivalente naturaleza.

#### 4.- Formalidades exigidas por la ley y su reglamento.-

La ley ha rodeado a la celebración de estos contratos de ciertas solemnidades y actos previos que es menester señalar:

a) La celebración de estos contratos debe estar precedida de un proceso transparente de selección, ya sea a través de licitación pública o privada (artículo 2°) En este punto, esta disposición ha de entenderse tácitamente derogada por el artículo 8° bis de la ley 18.575, introducido por la ley 19.653, que sólo autoriza la licitación privada previa autorización fundada, y excepcionalmente el trato directo cuando así lo aconseje la naturaleza de la negociación.

b) La celebración de estos contratos se formaliza a través de un Convenio Ad-Referéndum, es decir, sujeto a la sanción posterior de la autoridad pública competente mediante resolución.

c) La empresa proveedora o prestadora debe presentar garantía de fiel cumplimiento (artículo 2° inciso segundo)

d) Si se contempla en el Convenio el aporte del Fisco de bienes muebles o inmuebles, debe éste justipreciarse e inventariarse previamente (artículo 3°)

e) Si se conviene la ejecución de acciones que involucren la atención directa a usuarios, el proveedor debe presentar garantía adicional.



Estas formalidades son tratadas en forma específica a través del Decreto Supremo N°21, de 1990, del Ministerio de Hacienda, que constituye el Reglamento de la ley 18.803.

#### 5.- Ley de Compras Públicas.-

A partir del 30 de julio de 2003, entró a regir en nuestro país la denominada “Ley de Compras Públicas”, que precisamente regula los contratos que se celebre la Administración del Estado, a título onerosos, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones. Su artículo 2° menciona, entre estos contratos de suministro, por ejemplo, a los de adquisición y arrendamiento de equipos y sistemas de tratamiento de información, y mantenimiento de sistemas informáticos.

Lo que hace la ley no es sino reconocer esta realidad por la cual el Estado recurre a terceros, externaliza la ejecución de ciertas actividades que no forman parte de su función primordial, encargándoselas a terceros que poseen la experticia, el personal y los elementos materiales y/o tecnológicos apropiados para desarrollar funciones de apoyo a la función estatal.

#### 6.- Conclusiones.-

Tanto la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado como la ley 18.803, y su reglamento aprobado por decreto supremo N°21/90, consagran la facultad de los servicios públicos para utilizar esta herramienta de gestión moderna que es el Outsourcing. Las mismas normas enunciadas le señalan a la Administración los límites a que están sometidas en el uso de esta modalidad, esto es, autorizada únicamente para acciones de apoyo respecto de funciones que no le son propias, pues respecto de éstas últimas pesa sobre los agentes públicos la obligación legal y estatutaria de desempeño, deber absolutamente indelegable.

Habida consideración de lo anterior, merece señalar que la decisión de los servicios públicos de utilizar esta modalidad de gestión debe hacerse sobre la base de tener como meta la obtención de las ventajas y beneficios que provee, y que fueron reseñadas en el punto 3 del presente trabajo, es decir, hacer más eficiente y eficaz la función pública, reducción de los costos directos, aprovechamiento de las experiencias, experticias y habilidades propias de los agentes externos, beneficio de las nuevas tecnologías y procedimientos, mejor aprovechamiento del espacio físico y del recurso humano, mejoramiento de la calidad del servicio que se presta al usuario o cliente directo o interno, etc. Dicho en otras palabras, la decisión superior de externalizar ciertas áreas u operaciones accesorias debe estar ligada necesariamente a la fijación y cumplimiento de metas y resultados concretos, perfectamente identificables y sometidos a una constante evaluación.

Lo anterior requiere de la elaboración de políticas, planes y metas, y del estudio acabado que resulte en la necesidad de implementar este mecanismo en el marco de la modernización del servicio público. Ninguna empresa o

servicio puede pretender adoptar mecanismos o nuevas modalidades de gestión sin una previa evaluación o estudio de las opciones que ofrece la reingeniería. Hacerlo sin esta base expone a la interesada a sufrir eventuales fracasos por equivocadas o apresuradas decisiones de sus ejecutivos. En este punto, las empresas consultoras que ofrecen este servicio de análisis resultan absolutamente necesarias.

De ello se desprende que, adoptar mecanismos como el Outsourcing (o cualquier otro que ofrezca el mercado) sin el suficiente respaldo que lo justifique es contraproducente, por cuanto es perfectamente posible que la institución no solo no se vea beneficiada con las ventajas que éste mecanismo ofrece, sino que pudiera verse expuesta a la larga a enfrentar costos materiales o inmateriales no considerados.

Las instituciones públicas también deben evaluar qué áreas accesorias son susceptibles de externalizar.

En este aspecto, las instituciones públicas deben saber valorar el propio recurso humano que posee y sus propias fortalezas y ventajas, y enfrentarlas con sus debilidades y amenazas, ejercicio que se conoce con el nombre de "Análisis FODA", para, a partir de sus resultados, fijar metas y planes estratégicos. Para este plan estratégico la institución evaluará finalmente qué mecanismos, acciones, medidas y decisiones adoptará en pro de su modernización.