

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA



FACULTAD DE POSTGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA

ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

TEMA:

LOS CONTRATOS OUTSOURCING Y LOS RIESGOS EN LAS FASES

CONTRACTUALES

AUTORA:

HEIDY BELTRÁN OLAYA

BOGOTÁ D. C.

2016

PROBLEMA, HIPÓTESIS, OBJETIVOS

Problema

En los contratos estatales de tipo outsourcing se presentan riesgos para la administración.

Hipótesis:

Resulta evidente que toda operación contractual entraña riesgos técnicos que es necesario prever, en este orden de ideas, el conocimiento teórico de los mismos es factor relevante para prevenirlos y evitar daños eventuales a la administración.

Objetivos

General

Efectuar un estudio teórico sobre los riesgos de los contratos outsourcing y los de cuarta generación (4 G), en relación con las normas, jurisprudencia y doctrina existentes en Colombia.

Específicos

Analizar los aspectos más importantes y los elementos que integran los contratos outsourcing.

Analizar el origen de la distribución de riesgos y de financiación de los contratos estatales de tipo outsourcing en Colombia.

ESTADO DEL ARTE

RAI 1

Tema: Apéndice en contratos outsourcing con operadoras petroleras, para reducción de riesgos en las fases contractuales

Autora: Julieth F. Rodríguez Morales

Institución: Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de Estudios a Distancia – FAEDIS- Especialización alta gerencia.

Año: 2015

Tipo de trabajo: Monografía de grado.

Problema:

¿Cómo disminuir el riesgo en los contratos outsourcing con operadoras petroleras, en las fases contractuales del proceso de contratación?

Hipótesis:

La implementación de la Responsabilidad Social (RSE) y el manejo que se provee a las comunidades del entorno donde desarrollan su actividad las empresas tanto del sector petrolero como el de hidrocarburos; dada la magnitud del impacto por traer inherentes desastres ambientales de difícil recuperación, como consecuencia de malas contrataciones, es decir, sin acatamiento de la normatividad vigente tanto a nivel nacional como internacional en las etapas contractuales; repercusiones donde el impacto no es solamente económico, sino que trascienda las fronteras de responsabilidad social, para una empresa dedicada a la actividad de hidrocarburos es de suma sensibilidad, por cuanto afecta el medio ambiente al no cumplir con

normas legales relacionadas al manejo de los temas sociales y medioambientales, que generalmente acarrearán consecuencias económicas, y grandes atrasos en los diferentes procesos de excavación, perforación, extracción y/o procesamiento del crudo.

Objetivos:

Implementar el apéndice en los contratos outsourcing con operadoras petroleras, para la reducción de riesgos en las fases contractuales, fortaleciendo la responsabilidad social de las empresas y por ende del Estado.

Resumen marco teórico-conceptual:

Por tratarse de un estudio de caso, en donde se toma como ejemplo la situación presentada en la empresa “Emerald Energy Plc”, en donde se constata que los contratos de servicios con riesgo, del cual se analizan para demostrar de forma concreta que los riesgos son mayores cuanto en el proceso de contratación no se exigen todos los requisitos derivados de la normatividad vigente para el sector de petróleo e hidrocarburos tanto a nivel nacional como internacional; por cuanto lo que se busca es frenar la irresponsabilidad social y ambiental que repercute principalmente en las zonas donde se desarrollan este tipo de actividades; no importa si las empresas contratantes, suscriben pólizas de seguridad, por cuanto quien tiene la responsabilidad con el Estado es la empresa, claro está, que mucho después de perder tiempo y dinero en litigios largos que parecieran eternos.

Con el ánimo de disminuir desde la etapa precontractual, se hace necesario que los entes estatales cuenten con la asesoraría de un profesional del área de derecho, que sea experto en los procesos de contratación en la fase pre-contractual como en la contractual, con éste tipo de empresas; no se trata que tenga experiencia en contratación, sino que conozca ampliamente el manejo del sector petrolero y de hidrocarburos propiamente dicho.

Si bien, es cierto que en la elaboración de los contratos se debe tener en cuenta y de forma totalmente clara para las partes involucradas la distribución de los riesgos, máxime si se tiene en cuenta que por tratarse de empresas del sector petrolero y de hidrocarburos, por regla general y por cumplimiento de la norma, deben asumir riesgos, por la misma naturaleza de su actividad, y por ende deben estar en la obligación y capacidad de proveer recursos financieros y técnicos para la realización exploración.

El segundo punto que se analiza está relacionado, con lo que la ley establece para las empresas del sector petrolero, determinando el grado de libertad que el Estado le debe fijar a las compañías internacionales con relación a las operaciones y planeación del desarrollo de actividades, así como los planes de inversión inherentes a su operación.

No menos importante, resulta el hecho de que se especifique, dentro de los términos del contrato el área asignada, debidamente identificada, tiempo de duración, detallando las actividades a realizar, se trate de exploración o producción, al igual que las obligaciones generales, entre otros aspectos relevantes en las etapas contractuales, que configuran el esquema correspondiente para el pago de regalías e impuestos.

Para la fase pos-contractual, se aduce al Manual de contratación emanado por el DAPRE, en el año 2014, y el cual toda empresa pública o privada debe adoptar y empezar a implementar dentro de sus correspondientes procesos de contratación, por cuanto se constituye en la principal herramienta para la contratación del Estado colombiano.

Conclusiones:

Durante épocas se han presentado en el país grandes falencias en los procesos de contratación de las diferentes etapas precontractual del Estado colombiano con empresas que desarrollan actividades tanto en el sector petrolero como con el sector de hidrocarburos, bien sean extranjeras o nacionales, lo cual se evidencia principalmente en los riesgos innecesarios,

especialmente en la subcontratación con terceros, presentando falencias en dos fases: precontractual y contractual, al no confirmar la información.

Lo más notorio en la fase poscontractual, es donde se evidencia el no seguimiento de los protocolos normativos en las leyes nacionales y que rigen para los contratos de explotación petrolera en el país, aspectos que provocan retrasos en las labores de excavación y procesamiento del crudo principalmente.

Se hace necesario que las empresas dedicadas al sector petrolero tengan en cuenta que el lugar donde adelanten sus tareas de exploración y posteriormente explotación, por normatividad, está obligada tanto a nivel nacional como internacional, a acatar reglas muy precisas tendientes a favorecer a los trabajadores y al medio ambiente.

Dado que existen grandes riesgos y un tanto de desconocimiento de los riesgos ambientales que puedan llegar a presentar las empresas del sector petrolero e hidrocarburos, se hace indispensable que el Estado colombiano, siga implementado y exigiendo total cumplimiento a las Normas ISO a través del Instituto Colombiano de Normas Técnicas ICONTEC, entre las cuales se encuentran:

-ISO 9001:2008, las cuales se requieren para la implementación de un adecuado sistema de gestión de calidad para cualquier empresa, indistintamente de su tamaño o actividad económica.

-La NTC-OHSAS 18001: 2007. Sistemas de Gestión en Seguridad y Salud Ocupacional. La cual debe ser de estricto cumplimiento dentro de la aplicación de procesos y procedimientos empresariales, teniendo en cuenta los altos riesgos que pueden ocurrir en el proceso de explotación petrolera; por todo lo anterior se recomienda que en los procesos de contractuales se adopte el “ Apéndice en contratos outsourcing con operadoras petroleras, para reducción de riesgos en las fases contractuales” tendiente a minimizar el riesgo y buscando

siempre la protección del medio ambiente en las áreas geográficas donde se adelanten este tipo de actividades.

RAI 2

Tema: Control Político: Implementación en las Concesiones de Cuarta Generación

Autora: María Catalina Marzola Loaiza.

Institución: Universidad CES Facultad de Derecho.

Tipo de trabajo:

Artículo científico parte del proyecto de investigación titulado: *Control político: Implementación en las concesiones de cuarta generación*, inscrito en la línea de investigación de derecho público del Grupo de Estudios Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad CES. El proyecto fue asesorado por la Doctora Adriana Victoria Álvarez Trujillo.

Año: 2015.

Hipótesis:

Es un hecho que las esferas e instituciones del Estado colombiano están permeadas por la corrupción, y la contratación estatal no es ajena a este fenómeno, por ello se requiere no solo de normas jurídicas, sino de la implementación de mecanismos y herramientas que se materialicen desde el ejercicio del control social y político.

Objetivos

General:

- Analizar los aspectos más importantes y los elementos que integran el control político y el contrato de concesión de obras públicas.

- *Específicos*

- Considerar el origen de la distribución de riesgos y de la financiación de las concesiones de infraestructura en Colombia,
- Llevar a cabo un análisis crítico y propositivo en consideración a las normas, jurisprudencia y doctrina existentes sobre el tema.

Metodología O Enfoque Metodológico:

La metodología utilizada es cualitativa teniendo, en cuenta contempla una etapa exploratoria, consistente en un rastreo conceptual de las diferentes doctrinas, jurisprudencia y ley Colombiana, pertinente a los elementos de este tipo de contratos que no han sido investigados a profundidad; y explicativa porque expone y analiza el modelo que se propone sobre los sujetos – concesionario y cedente- de control en su acción con miras a la ejecución del objeto contractual en cumplimiento de los fines y principios estatales.

Marco teórico-conceptual

Para el caso del control político que se realiza en Colombia, está plenamente establecido que forma parte de las funciones del Congreso; más sin embargo la autora retoma a modo de análisis los intentos de moción de censura, como herramienta de control político realizados en debate público en el Senado a 4 ministros, sin que haya prosperado siquiera uno, pese a que la información y documentación expuesta, parecieran significar todo lo contrario, con lo cual se demuestra, que éste mecanismo está muy condicionado a los intereses políticos del poder burocrático que esté gobernando.

La autora, para abordar el tema del control político a los contratos de concesión 4G, hace en primera instancia una presentación de las diferentes conceptos respecto a la definición de los contratos de concesión de obras públicas y el control político, partiendo de los fines del Estado establecidos en la Constitución Nacional, para lo cual hace referencia a la necesidad de

que el Estado desarrolle contratos de concesión amparados en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, debido a la incapacidad de que desarrolle por sus propios medios las obras en beneficio de la comunidad o que puedan representar una transformación significativa en el desarrollo de una región determinada, como lo es, el caso de la realización de obras de gran magnitud, para las cuales no cuenta con los recursos financieros suficientes para asumir la realización de las mismas.

El segundo punto que expone hace referencia a la tendencia de las concesiones de cuarta generación en Colombia, no sin antes hacer una exposición de los atrasos y pérdidas en que ha incurrido el Estado colombiano, como consecuencia de la ausencia casi en su totalidad del control político en las concesiones 1G, 2G y 3G; aclarando las falencias que dicho mecanismo ha presentado, toda vez que hace un recuento de los intentos de moción de censura sin ningún resultado para los intereses del estado, con lo cual queda más que demostrado, la ineficacia de dicho procedimiento como mecanismo de control político a los contratos de concesión.

Por último, hace énfasis en la imperiosa necesidad de que el control político se ejerza en las concesiones de cuarta generación, recomendando mecanismos como la citación ante las Cámaras, la cual es una herramienta que le permite a los congresistas indagar acerca de las acciones y/u omisiones cometidas por algunos funcionarios del Estado, permitiéndoles obtener información de forma certera y relevante de su gestión. Éste mecanismo debe ser por excelencia la forma de ejercer un verdadero control político de la rama legislativa sobre la rama ejecutiva.

Así mismo, se debe continuar con la implementación de las Audiencias Públicas, por cuanto permiten la participación directa de todos los interesados, permitiendo a su vez que aquellos que puedan resultar afectados como consecuencia de dicha decisión o que tengan

algún interés particular, puedan expresen su opinión respecto al objeto de la convocatoria. Siendo éste un mecanismo, con el cual el congreso puede conocer de mano de los directamente beneficiados y/o perjudicados sus expresiones y opiniones, realizando así un control político sobre los actores estatales.

Conclusiones:

Sin lugar a dudas el gobierno nacional ha establecido que las obras de infraestructura de gran impacto, como la construcción de la malla vial nacional, se harán por medio de contratos de Concesión cuarta generación, en donde se pondrá en manos de particulares contratos multimillonarios, que si bien es cierto, una vez culminadas las obras serán de gran impacto comercial y mejorarán la competitividad, también es cierto, que al momento de otorgar las licitaciones públicas, tal como lo establece la ley, no se da cumplimiento a toda la normatividad actual, puesto que se siguen seleccionando oferentes de acuerdo a los intereses políticos y económicos del gobierno.

Con la venta de ISAGEM, hecha por cierto con muchas irregularidades, con un único oferente, con lo cual se viola el principio de seleccionar el mejor oferente, pues no existe punto comparativo de evaluación; el Estado colombiano dispone de los recursos financieros requeridos supuestamente para las carreteras 4G, que la ANI, ha aprobado.

Por todo lo anterior, se hace indispensable que aparte de la moción de censura, la cual se ha demostrado con los años y procesos cuestionados que no es el mecanismo verdadero para que el Congreso realice un real y eficiente Control Político a los contratos por concesión de obras públicas, sino que se deben adoptar las directrices, especialmente lo concerniente a la publicidad de los contratos, es decir, que prime la transparencia para todos los oferentes, y no que se terminen haciendo adjudicaciones a los amigos y familiares de políticos e inversionistas

privados, en donde muchas veces los accionistas son igualmente familiares de reconocidos políticos.

Es hora de empezar a implementar acciones de transparencia en la contratación estatal, y de adoptar en los procesos de contratación todos los mecanismos y herramientas actuales para evitar que los dineros del Estado terminen satisfaciendo las necesidades económicas de contratistas y Asociaciones Público Privadas, y no se vean representados en los beneficios que fueron trazados para una determinada comunidad beneficiaria.

RAI 3

Tema: Propuesta de actualización de los factores de evaluación en las contrataciones del Estado. Sostenibilidad ambiental como punto de partida.

Autor: Getulio Ordinola-Talledo.

Institución: Universidad de Piura, Perú. Facultad de Derecho.

Tipo de trabajo: Monografía de grado.

Año: 2015.

Problema:

¿Cómo frenar el constante deterioro del medio ambiente como consecuencia de la inadecuada actividad contractual del Estado en la que los actores involucrados, especialmente la Administración Pública, no armonizan los criterios técnicos – económicos con los criterios ambientales – sostenibles?

Hipótesis:

En Perú en la actualidad en lo concerniente a contratación estatal se está teniendo en cuenta el principio de sostenibilidad ambiental como rector general de toda la actividad contractual del Estado, acorde a lo establecido en el marco del Decreto Legislativo N° 1017, con lo cual se pretende fomentar ventajas para la eficiencia de los agentes económicos

involucrados para el medio ambiente, y para la economía en todos los procesos de contratación estatal.

La contratación estatal es la herramienta de gestión pública por excelencia, mediante la cual se ejecuta la mayor parte del gasto público, procurando realizar un manejo adecuado de los recursos públicos.

Siendo así, se debe exigir la realización de una evaluación integral de las ofertas brindadas en el mercado y optar por la más beneficiosa en términos de costo, calidad y oportunidad. En suma, es imprescindible la intervención de los particulares como colaboradores de la Administración Pública por medio de la celebración del respectivo acuerdo, el cual que se encuentra definido jurídicamente como un contrato administrativo.

Objetivos Generales y Específicos:

Generales:

Poner énfasis en el poco –por no decir nulo– alcance práctico que el principio de sostenibilidad ambiental tenga en el sistema de contrataciones públicas peruano.

Proponer la inclusión legislativa de un criterio ambiental como factor de evaluación desde el punto de vista técnico, con lo cual se introduce el componente ambiental en los bienes, servicios u obras a contratar.

Resumen marco teórico-conceptual:

El autor tiene una línea investigativa tomando como punto de referencia la “Contratación pública en el marco del Decreto Legislativo N° 1017”, promulgada en Perú como norma reguladora de toda la contratación pública, haciendo una exposición mediante un análisis de la actual situación existente para el caso del Estado peruano, abordando su ordenamiento jurídico y destacando la inexistencia de una norma que plasme de manera general y sistemática, y que por ende pueda ser rectora de todo el conglomerado contractual

del mismo Estado; resaltando que toda la contratación pública está aparentemente regulada por el citado Decreto Legislativo, para lo cual se hace necesario que haga mayor énfasis en el impacto económico y social de los procesos de contratación con el estado, buscando siempre la protección ambiental, tan ampliamente estipulada en normas internacionales, siendo evidente la necesidad de integrarlos a ordenamiento jurídico peruano.

De igual forma, se plantea que el principio de sostenibilidad ambiental, pese a la gran normatividad internacional y todas las declaraciones que el Estado peruano ha venido adoptando referente a los procesos de contratación con el Estado, las mismas no se están cumpliendo y menos valorando al momento de la selección del mejor oferente, la gran mayoría se adjudican por el menor costo ofertado, dejando de lado la experiencia y la responsabilidad en términos de calidad ambiental de cada ofertante.

Con lo anterior se puede establecer que la política de contratación pública, aplicada en forma oportuna puede ser la mejor herramienta del estado peruano y/o cualquier estado para fomentar e implementas las políticas públicas que propenden por la conservación ambiental.

En la segunda parte, el autor se enfoca sobre la “Implementación de una contratación pública verde o sostenible”, comenzando por la exposición acerca de la normatividad internacional, dejando entrever la gran necesidad de que el Estado comience a integrar los criterios de sostenibilidad ambiental en todos los procesos de contratación en cuanto a compras se refiera.

Hace una exposición con respecto a reuniones de trabajo adelantadas con el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y el Ministerio del Ambiente (MINAM), para fomentar dentro de los procesos de contratación un sistema de compras sostenibles y eco-etiquetado.

Conclusiones:

En el Perú, si bien es cierto han existido problemas ambientales que afectan al Estado en las diferentes etapas contractuales, se pretende que con la aprobación del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, se sientan las bases jurídicas de la dimensión ambiental internacional en la conciencia del legislador peruano; como fundamento de la política ambiental, planificación ambiental, y todas aquellas consideraciones ambientales referidas a los ecosistemas y diversidad biológica del Perú, propiamente dicho; las cuales han ido tomando un mayor reconocimiento transfronterizo, obligando cada vez a todos los actores de la actividad pública y privada; considerando la aplicación directa de las normas consagradas en los compromisos y tratados internacionales.

A pesar de toda la normatividad implementada con respecto al tema de sostenibilidad ambiental adoptada por los legisladores peruanos, es evidente que se requiere la implementación de técnicas concretas que aseguren la real aplicación de los principios ambientales en los procesos de contratación pública, especialmente a las compras del estado; porque recordemos que el Estado, debe obrar como garante, y por ende es quien debe establecer y exigir el total cumplimiento de unas políticas ambientales precisas y que las mismas sean inherentes a los procesos de compras de la contratación estatal.

Propuestas.

El autor plantea que, en aras de mejorar los procesos de contratación referente a las compras con el Estado, se hace necesario adoptar e implementar los aspectos normativos internacionales.

Si lo que se pretende es sentar las bases de una política pública de compras verdes, se debe partir del principio de que el Estado en todas sus actuaciones debe exigir valoraciones objetivas, que le puedan permitir determinar cuál es la oferta más conveniente, no sólo desde

el punto de vista económico, sino desde lo ambiental, donde se incluya como factor de evaluación de oferentes un criterio ambiental.

Es imprescindible articular conjuntamente con el Ministerio del Ambiente, con lo cual se lograría fomentar y a la vez ir fortaleciendo una verdadera cultura de protección medioambiental, apoyada por supuesto desde el papel primordial de la contratación del Estado.

MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL

Los contratos outsourcing.

Definición

El término outsourcing, proviene del anglosajón históricamente hablando, por cuanto el mismo no tiene una significación jurídica propiamente dicha, por cuanto consiste en un sistema de contratación relativamente nuevo tanto en Latinoamérica, como Colombia, para pretender tener una idea aproximada que permita su fácil comprensión se hace necesario recurrir a los diversos conceptos y consideraciones que existen al respecto y que a su vez permitan dar una luz propia acerca del concepto del contrato de outsourcing tan de moda en la actualidad, para lo cual se retoman algunas opiniones nacionales e internacionales.

Dentro de la normatividad anglosajona, P. Neal (Citado por Marcucci Díaz-Granados, César Rafael. Pág. 293), en su calidad de exdirector de negocios de la firma ISL de IBM, con referencia al outsourcing lo describe como la práctica de transferir parte del proceso administrativo al igual que la operación de algunas funciones a un tercero (independiente de la empresa).

Por su parte, Rothery y Robertson (1977), al referirse a los contratos outsourcing señalan que consisten en recurrir a una entidad externa con el objeto de operar una función que anteriormente la empresa realizaba, no sin antes hacer claridad para comprender que dicha práctica puede ser vista como una transferencia de los procesos de planeación, administración y operación actividades consideradas de alto costo para la empresa, y que finalmente son cedidas a un tercero, quien asume los costos, todo a cambio de unos beneficios debidamente establecidos y pactados de común acuerdo entre las partes.

De otra parte, los autores Mondy y Noe (2005:12), al considerar los contratos de outsourcing, expresan que éste consiste en un proceso que transfiere responsabilidades de un área de servicio y sus objetivos a un proveedor externo.

Así mismo, dentro de los autores de habla hispana, es interesante el aporte de Escrihuela Morales (2007: 1427), quien entiende el outsourcing como un proceso en el cual un organismo contrata a empresas especializadas en la prestación de determinados servicios, para disminuir costos.

Igual de valioso, resulta la consideración acerca del outsourcing, planteada por Jarillo José Carlos (2002:140), quien lo expresa como el mecanismo mediante el cual una empresa deja de realizar una operación considerada costosa y no principal, para lo cual subcontrata a un tercero que asume los gastos del personal y activos requeridos para la realización de las actividades o servicios contratados.

No menos importante es la consideración dada por Paulo Basto Tigre (2005), al definir el contrato outsourcing como la práctica de delegar ciertas funciones a una tercero externo, bajo la normatividad de un contrato de servicios formalizado.

Resulta interesante considerar el punto de vista de Casanovas August (2011), al entender el outsourcing como la operación consistente en confiar por parte de una empresa a otra el procedimiento de ejecutar para ella, una parte de sus procesos de producción o de servicios, debiendo conservar la responsabilidad económica, de calidad y de servicio.

Dentro de la doctrina jurídica nacional, también se presentan valiosos aportes que contribuyen al enriquecimiento y conllevan a la definición, con respecto al contrato outsourcing, para lo cual se trae a consideración los aportes dados Retis Amaya Juan Manuel (2005), quien explica que dicho negocio jurídico es una técnica de gestión empresarial, de

naturaleza mercantil, cuyo objeto es la subcontratación de determinados servicios por parte de una organización externa.

Por su parte, Aljure Sefair Sandra (1999), en su tesis de grado de la Pontificia Universidad Javeriana, considera al contrato outsourcing como aquella alianza que resulta estratégica entre dos empresas, en el cual una subcontrata a la otra para la prestación de servicios en una actividad que aunque necesaria, no es la esencia de la empresa contratante, generando una relación centrada en confianza, y buscando beneficios para las partes.

Con todo lo anteriormente expuesto, según Hinojosa Martínez (2005), se puede considerar que los contratos bajo la modalidad de outsourcing, tan de moda en tanto en el mercado nacional como internacional desde el punto de vista jurídico se puede definir como un modo o método que permite operar en actividades de empresas que por razones bien sean financieras, de calidad o de rendimiento, con el ánimo de reducir costos a la vez que pueden pretender obtener mayor competitividad y resultados tangibles en sus procesos productivos.

También se define el contrato de outsourcing como aquella técnica de administración que innova principalmente en los procesos administrativos, en la medida que la empresa transfiera, a terceros-contratantes, algunos de los procesos que complementan la actividad principal de la empresa, lo cual le permite tener una mayor concentración de esfuerzos para realizar las actividades que si son consideradas esenciales para posicionarse como competitivas y así obtener resultados tangibles; convirtiendo de esta manera al contrato outsourcing en un mero proceso de gestión (García Vidal, G., y Munilla González F.: 2016).

Ésta práctica trae consigo la apertura de pequeñas empresas especializadas en servicios, metodologías o procedimientos, caracterizados por su eficiencia y calificación de la mano de obra.

En el sentido tanto gramatical como práctica, la definición más acertada que se ha encontrado ha sido la dada por Martínez S (2013), de quien literalmente se toman los siguientes párrafos, ya que se explican por sí solos:

...en nuestro medio jurídico, esta denominación del —contrato de outsourcing no es fácilmente conocida, puesto que como resalta el autor español Mata (1997), —el anglicismo ´outsourcing` no ha sido aún admitido por el lenguaje castellano, aunque, se puede decir que, en el comercio tiene significación propia. Por lo anterior, es técnicamente adecuado iniciar explorando el significado de dicho anglicismo, debido a que dicha expresión no tiene un concepto en nuestro idioma español.

Una traducción aproximada al idioma español del término —outsourcing, denota literalmente —*llevar la fuente fuera*. En efecto, al analizar el vocablo etimológicamente, la expresión —out significa fuera, externa, etc.; entre tanto, el término —sourcing, es el verbo que en los países anglosajones se utiliza para expresar el fenómeno de que alguien es —fuente. (Cita a Gambier, Alfredo y Casella, Daniel Alejandro: 1999).

...es muy frecuente que la doctrina especializada utilice como sinónimos términos tales como —abastecimiento externo (Mondy, R. Wayne y Noe, Robert M.: 2005), —subcontratación de servicios, —tercerización, —prestación externa de servicios, —externalización, —contratación de servicios a terceros (Aguilar y otros : 2001).

Aspectos más importantes y los elementos que integran los contratos outsourcing.

La normatividad colombiana, con referencia a los contratos de outsourcing, se relacionan con éstos los artículos 1499 y 1501 del Código Civil colombiano, el primero, correspondiente a la accesoriedad y el segundo a las cosas esenciales, accidentales y de la

naturaleza de los contratos, que forman parte a su vez del artículo 822 del Código de Comercio colombiano, en donde figuran dichos elementos:

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

Dentro de los elementos esenciales de los contratos outsourcing, se consideran:

Las partes. Para todo contrato comercial, deben existir dos partes involucradas, denominadas cliente o usuario (empresa contratante) y el proveedor u outsourcer (empresa contratista), como entidades jurídicas diferenciadas. Entendiendo que el cliente o usuario, debe identificar y determinar entre sus necesidades y escoger el tipo de servicio, cometido o áreas funcionales que desea subcontratar. Por su parte, el proveedor u outsourcer, se convierte en la empresa prestadora del servicio, cometido o área funcional que le permite a la empresa contratante tener plena satisfacción la necesidad que el cliente o usuario le subcontrata, y debe tener caracterizado los servicios, cometido o área funcional para el que es contratado.

El objeto. No existe contrato, sin que se establezca un objeto determinado para el outsourcing, en donde se contemplan los servicios, cometidos o áreas funcionales que la empresa cliente o usuaria requiere subcontratar o externalizar a su proveedor u outsourcer, las cuales no deben ser consideradas claves para la actividad central de la empresa cliente o usuaria; es decir, aquellas en que la empresa cliente tiene ventajas comparativas respecto a su competencia.

El precio. Dentro de los requisitos considerados jurídicamente, para que se contemple como contrato, está el precio, como contraprestación por un servicio; de tal modo que no

existe contrato sin que se establezca un precio debidamente determinado y acordado. Por lo tanto, debe existir un precio por el cual se obliguen ambas partes a pagar, sin valor fijado no se puede constituir el outsourcing, siendo elemento esencial del mismo. Siendo el precio la prestación que debe pagar el cliente o usuario al proveedor u outsourcer, y debe ser estipulado en dinero; lo cual no implica necesariamente que el pago sea en dinero, puede darse el caso que posteriormente las partes realicen un acuerdo conocido como una datio in solutum (dación en pago), lo que les da la facultad al cliente o usuario a realizar los pagos no necesariamente en dinero, sino con cosa distinta al proveedor u outsourcer.

Siendo indispensable que el precio reúna y cumpla con los siguientes requisitos:

- Ser cierto, es decir, que se establezca una cantidad de dinero determinada o determinable que permita cubrir el valor de la prestación del servicio prestado por parte del outsourcer, en donde se fijen pagos en forma periódica.

- Ser serio, por cuanto el precio no debe ser irrisorio, es decir, que entre el precio y el valor del servicio subcontratado no exista una desproporción, que a simple vista el precio se pueda observar como ridículo.

- Ser real, es decir, que quede debidamente estipulado, para que llegado el caso pueda ser exigido por el proveedor u outsourcer. A éste principio se opone el precio aparente o simulado, el cual no es exigible, por cuanto puede ser condonado en el mismo contrato, dándose por recibido sin serlo.

El plazo de duración del contrato. Es indispensable establecer la duración del contrato, por cuanto éste se constituye en el tiempo que tienen las partes vinculadas para obligarse de manera recíproca. El outsourcing es uno de los contratos en los cuales el plazo juega un papel fundamental, porque su determinación obedece al interés de ambas partes, puesto que si los contratantes señalan un término para el cumplimiento de las prestaciones,

dicho lapso no podrá ser modificado por iniciativa de una sola parte. Se parte del principio de que el plazo se establece en beneficio de ambos contratantes, por lo tanto debe ser beneficioso para los dos.

Origen de la distribución de riesgos y de la financiación de los contratos outsourcing en Colombia.

María Graciela Brantt (2009), al tratar sobre el contrato como mecanismo de distribución de riesgos, considera los siguientes aspectos al respecto:

- La asociación entre las nociones de contrato y riesgo, deriva de que aquel constituye un medio para el intercambio económico, es decir, una herramienta para el tráfico de bienes y servicios en el mercado.
- Lo anterior, supone la exposición al riesgo de toda iniciativa de ese tipo.
- La idea de riesgo es entendido como eventual proximidad de un daño.
- El contrato no puede ser entendido en su esencia si se le examina sólo como noción jurídica, sino que debe ser apreciado en conexión con la realidad en que se inserta y dentro de la cual desempeña una función concreta: ser una herramienta para la satisfacción de intereses patrimoniales concretos de las partes, de modo que en definitiva constituye la formalización jurídica de una operación económica.
- Si se considera que al contrato le subyace en la práctica un intercambio económico, y que supone el despliegue, en un momento posterior a su celebración (...) Ello hace evidente la estrecha vinculación que existe entre contrato y riesgos (...) de la no consecución de los fines perseguidos por las partes con el mismo
- De esta forma, la noción de riesgo en el plano jurídico-contractual apunta a aceptar la posibilidad de que la finalidad última perseguida con el contrato -la

satisfacción de los intereses de las partes- no se concrete, como consecuencia de diversas circunstancias que pueden presentarse a lo largo de la vigencia del vínculo negocial.

- La contratación implica entonces una serie de riesgos, cuya repartición realizan, en primer lugar, las propias partes con su acuerdo de voluntades.
- Ahora bien, dentro de esta acepción amplia de riesgo contractual, el peligro concreto que interesa para construir la noción de exterioridad en el caso fortuito, es lo que puede llamarse el riesgo del incumplimiento, que se vincula directamente con la cuestión de la responsabilidad.
- ...el problema del incumplimiento -y por consiguiente, el de la responsabilidad- es en definitiva una cuestión de distribución de riesgos: si la respuesta es la primera de las alternativas descritas, implica que el deudor debe ser calificado como responsable de la falta de cumplimiento, con el subsecuente deber de indemnizar, correspondiéndole así el riesgo del incumplimiento. Si por el contrario, se concluye que el evento que afectó el cumplimiento no era de cargo del deudor, éste quedará exonerado de responsabilidad, y ello se traduce en que el riesgo del incumplimiento pesa en definitiva sobre el acreedor.

Riesgos en los contratos outsourcing

De acuerdo con Ruddy Fernández (monografias.com), 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 dé 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.

En Colombia, como contramedida a los riesgos que comporta el Outsourcing, se han venido implementado las Normas ISO a través del Instituto Colombiano de Normas Técnicas ICONTEC, entre las cuales se encuentran:

ISO 9001:2008

Es un modelo de gestión de la calidad con un enfoque en procesos en el que juega un papel importantísimo, entre estos aspectos, la satisfacción del cliente y la mejora continua. Sus requisitos son flexibles y fácilmente adaptables a las necesidades y características de cada organización.

La norma ISO 9001:2008 es la cuarta versión y corresponde a la tercera revisión desde la primera publicación de esta norma en 1987. Esta es la norma internacional más conocida y utilizada por todo tipo de organizaciones en todo el mundo.

En esta versión, “no se han eliminado ni aumentado requisitos”. Tampoco se ha variado la estructura de la norma pero se ha mejorado la compatibilidad con la ISO 14001:2004, norma de requisitos de los Sistemas de Gestión Ambiental. Muchos de los cambios se encuentran como notas aclaratorias en los diferentes requisitos y se presentan a modo de orientación para la comprensión del requisito correspondiente.

En esta revisión de la norma, la ISO realizó una encuesta cuyos resultados reflejaron que 80% de los encuestados estaban satisfechos con la norma y el 90% con el enfoque a procesos, además de la amplia experiencia en auditorías justificaron la necesidad de hacer modificaciones muy concretas a la norma. Las propuestas de cambio innovadoras se valorarán en la siguiente revisión en la que se prevé se incorporen nuevos requisitos (<http://blog.pucp.edu.pe/blog/freddycastillo/2010/05/23/norma-iso-9001-2008/>).

Norma NTC-OHSAS 18001: 2007.

Sistemas de Gestión en Seguridad y Salud Ocupacional. en la cual se establecen los requisitos para un sistema de administración de seguridad y salud ocupacional que permita a las organizaciones controlar sus riesgos y mejorar su desempeño.

Objetivos.

Establecer un sistema que permita eliminar o minimizar los riesgos para los empleados y otras partes interesadas que puedan verse expuestas a riesgos de seguridad y salud ocupacional asociados con sus actividades.

Implementar, mantener y mejorar continuamente este sistema de administración.

Asegurar su conformidad con la política declarada de la empresa en cuanto a seguridad y salud ocupacional.

Su aplicación será posible para cualquier tamaño de empresa sin importar su actividad económica y podrá adaptarse sin problemas al tipo de organización, la naturaleza de sus actividades y la complejidad de sus operaciones.

El equipo que trabajó en la elaboración de la norma NTC OHSAS 18001 estuvo integrado por más de 30 expertos provenientes del Gobierno Nacional, las Administradoras de Riesgos Profesionales (ARP) privadas y el ISS, sociedades técnicas y científicas, universidades y, por supuesto, empresas.

Beneficios 18001.

- Permite Incorporar la seguridad y la salud ocupacional al control organizacional.
- Mejora la imagen y competitividad de la organización.
- Permite obtener una posición privilegiada frente a las autoridades competentes.
- Asegura credibilidad, centrada en el control de la seguridad y la salud ocupacional.
- Mayor poder de negociación con compañías aseguradoras.
- Respaldo de la gestión en seguridad y salud ocupacional
(<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-498453>)

Normas Técnicas 14001:2004.

Sistema de Gestión Ambiental, encaminadas a la protección del medio ambiente en las áreas geográficas donde se adelanten este tipo de actividades.

La ISO 14000 es un estándar global para los sistemas de gestión ambiental (EMS por sus siglas en inglés). El estándar proporciona el marco para que los negocios puedan demostrar su compromiso a las regulaciones ambientales. La meta del estándar de la ISO

14001:2004 es dar a la más alta gerencia de cualquier organización un marco para manejar los impactos de su actividad hacia el medio ambiente.

Debido a su naturaleza genérica y su aceptación universal, la ISO 14001:2004 tiene el potencial de afectar las prácticas de gestión ambiental de virtualmente cada compañía de fabricación en el mundo – su impacto incluso se extiende más allá del campo industrial. Cualquier compañía cuyos productos, servicios o actividades cotidianas tengan un impacto en el ambiente necesita estar enterada de la ISO 14001:2004.

Como ISO 9001:2000, la ISO 14001:2004 es un producto de la International Organization for Standardization (ISO). La ISO 14001:2004 es un estándar genérico, internacionalmente reconocido para la gestión ambiental. Del grupo de estándares de la ISO 14000, la ISO 14001:2004 es el estándar a el cual las compañías son certificadas. Los expertos predicen que los impactos de este estándar dinámico superarán la amplia popularidad del estándar de calidad mundialmente reconocido la ISO 9000. La ISO 14001:2004 verifica la conformidad del sistema de gestión ambiental de una organización basado en los requisitos especificados.

Los beneficios de demostrar conformidad al estándar ISO 14001:2004 son numerosas. Por ejemplo, asegurar conformidad al extenso arsenal de regulaciones ambientales federales y del estado requiere esfuerzo significativo y una atención constante.

Tener un marco bien definido dentro del sistema de gestión ambiental para estos esfuerzos, según lo definido en ISO 14001:2004, ayudará ciertamente a facilitar el acercamiento sistemático a la conformidad. También, los cuerpos reguladores pueden ofrecer a las compañías cierto margen de “flexibilidad” sobre funcionamiento probado y la publicación de sus registros.

La conformidad a ISO 14001:2004 puede proporcionar el mecanismo para que una organización se establezca como ejecutante genuino. Además, funcionarios de la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos (EPA) y de la administración de Seguridad y Salud Ocupacional (OSHA) han indicado que la certificación puede conducir a una reducción en el número de las inspecciones requeridas para obtener permisos. En circunstancias únicas, el EPA ha reducido multas con la condición de que los recursos financieros sean utilizados en mejores prácticas, incluyendo conformidad a ISO 14001:2004 (<https://gestionambientalempresarial.wordpress.com/>)

CONCLUSIONES

Ante el gran auge que vienen presentando en todas las áreas comerciales los contratos de outsourcing, se hace indispensable que las empresas cliente tengan muy bien definidas sus actividades principales a fin de no correr el riesgo de depender totalmente de terceros para el posicionamiento de sus productos, con lo cual estarían amenazando el equilibrio económico de las empresas.

Con respecto a los outsourcing, es evidente que muchas empresas no están dando cabal cumplimiento en el proceso contratación de las etapas precontractual, contractual y postcontractual, a la normatividad vigente y que reglamenta la contratación en Colombia, por cuanto no definen claramente los riesgos en que pueden llegar a incurrir como consecuencia de una contratación sin el lleno de los requisitos, es decir, se adjudican contratos sin el debido proceso contractual, y esto suele terminar en grandes conflictos no sólo de índole económicos para la empresa, sino que repercuten en la responsabilidad social y ambiental de la misma.

PROPUESTAS

Con el fin de mitigar los posibles riesgos sociales, económicos y ambientales a los cuales las empresas del sector petrolero han venido enfrentándose en los últimos años, como consecuencia de una contratación sin el lleno de los requisitos, es que se hace necesario examinar minuciosamente el cumplimiento de las normas de seguridad industrial e ISO que son de carácter obligatorio para las empresas u organizaciones clasificadas dentro de éste sector económico y productivo, sean extranjeras o nacionales, independientemente de las actividades de estudio, exploración, extracción y exportación de hidrocarburos propiamente dicho, y que se desarrollen en el territorio nacional, están en la obligación de acatar las sugerencias de la ANH; para lo cual deben adoptar e implementar, las normas legales, ambientales y de RSE, al interior de las empresas lo concerniente a seguridad industrial, y externamente frente a las comunidades ubicadas en el entorno donde adelantes sus actividades; obligaciones por demás desconocidas o simplemente evadidas, lo cual trae consigo fuertes sanciones relacionadas con el detrimento económico, por la irresponsabilidad y ética profesional de los contratistas en su cumplimiento.

Para los riesgos de las empresas con contratos outsourcing, es evidente que las pólizas de cumplimiento y garantía, nunca serán suficientes para el cubrimiento de los diferentes imprevistos que se puedan presentar en la ejecución del contrato.

Por todo lo anterior, y buscando disminuir los costos y responsabilidades por imprevistos, es que se justifica la implementación de un apéndice a los contratos outsourcing a fin de que la empresa cliente pueda exigir el cumplimiento de las normas contenidas allí por

parte de sus contratistas, y no se limite simplemente al contrato, con lo cual se asegura de estar expuesta a sanciones producidas por la responsabilidad de terceros.

ENFOQUE METODOLÓGICO

El presente trabajo se fundamenta en el paradigma socio-crítico, con enfoque socio-jurídico, particularmente en lo que corresponde a la presencia del Estado en los contratos outsourcing, para lo cual se efectuó mediante un método de carácter bibliográfico, de tipo analítico-descriptivo-interpretativo.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, Joseph Antoni (2001). *La subcontratación de servicios logísticos*. Barcelona: Logis Book,
- Aljre Sefair, Sandra (1999). *Diseño y aplicación de la metodología de outsourcing para el proceso de compras en suits 101 Park House*. Tesis De Grado. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.
- Aparicio Pérez, Juan Carlos y Pedrajas Moreno, Abdón (2002). *La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión Interdisciplinar*. Valladolid: Editorial Lex Nova,
- Aparicio Vaquero, Juan Pablo (2002). *La nueva contratación informática. Introducción al outsourcing de los sistemas informáticos*. Granada: Editorial Comares,
- Aparicio Vaquero, Juan Pablo. Ob. Cit., P. 15.
- Asprilla Mosquera, Franklin. *El Outsourcing En La Comercialización*. Bogotá: Editorial Tercer Mundo Editores, 2005, P. 23.
- Bastos Tigre, Paulo. (2005), “*Outsourcing em tecnologias da informação e da comunicação: oportunidades para a América Latina*”, Latin America Trade Network, septiembre. 25. 81.
- Brantt María Graciela (2009). *La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato*. Revista de Derecho de la Pontificia. (Valparaíso). Versión on-line 0718-6851. Universidad Católica de Valparaíso n.33 Valparaíso dic. 2009. <http://dx.doi.org>
- Bravard, Jean-Louis y Morgan, Robert (2007). *La externalización inteligente*. Barcelona: Ediciones Deusto. Traducido por Gil San Millán, Esther.
- Casanovas, August (2011). *Estrategias avanzadas de compras y aprovisionamientos*. Lean Buying Y Outsourcing. Profit Editorial.
- Cardona Casis, C. (2005). *Consideraciones en torno a la naturaleza jurídica del nuevo contrato para explorar y explotar petróleo en Colombia -origen y antecedentes-* Tesis de Grado. Bogotá, Colombia. Pontificia Universidad Javeriana.
- Castro, Jimena. (10 de 08 de 2014). *Industria Petrolera*. Recuperado el 11 de 05 de 2015, de <https://prezi.com/yxaheyay18uv/industria-petrolera>

- Corpus Juris Secundum (C.J.N.). *The American Law Book Co*, Brooklyn, New York, 1976, V. 68, Ps. 587 Y Ss. Citado Por Brian Heywood, J. Ob. Cit., P. 26
- Escrihuahela Morales, Francisco Javier (2007). *La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministro y servicios*. La Ley. Grupo Wolters Kluwer. Manuales profesionales de ley. 1ª edición. Madrid. Ob. Cit., P. 1427.
- Fórneas Carro, José Ramón (2008). *Outsourcing*. La Coruña: Netbiblo.
- Gambier, Alfredo y Casella, Daniel Alejandro (1999). *El outsourcing. El outsourcing informático*. Material proporcionado en el postgrado de Derecho Informático modalidad a distancia de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires,
- García Vidal, Gelmar, and Fermín Munilla González. Una mirada a los modelos de administración. *Folletos Gerenciales* 6.6 (2002): 5+. *Academic OneFile*. Web. 23 Mar. 2016. Source Citation (MLA 7th Edition).
- Hinojosa Martínez, Luis Miguel (2005). *Globalización y soberanía de los Estado*. Revista electrónica de estudios internacionales. www.reei.org
- Jarillo, José Carlos (2002). *La Lógica Estratégica*. Bilbao: Ediciones Deusto.
- Marcucci Díaz-Granados, César Rafael (2005). *Panorama contextualizado del derecho laboral sustancial colombiano* e-libro, Corp Bogota: Universidad Cooperativa de Colombia..
- Marcuse, Robert (2002). *Diccionario de términos financieros y bancarios*. Cuarta edición. Bogotá D.C.: ECOE ediciones.
- Martínez Suarez, Mery Nocilasa (2013). Trabajo de grado: *El contrato de outsourcing en la legislación colombiana*. Corporación Universidad de la Costa (CUC). Facultad de Derecho. Barranquilla.
- Mata, Santiago (1997). *Outsourcing: el futuro de la empresa*. Madrid: Ecopress Ediciones.
- Mondy, R. Wayne y Noe, Robert M (2005). *Administración de Recursos Humanos*. Novena edición. México: Pearson Educación,
- Mondy, R. Wayne, Noe, Robert M. (2005). *Administración de recursos humanos*, 9ª edición, editorial Pearson Prentice Hall, México.
- Neal, Paul. Citado Por

Pablos Heredero, Carmen de *et al* (2006). *Dirección y gestión de los sistemas de información en la empresa*. Segunda edición. Madrid: Esic Editorial.

Pérez García, Miguel Y Aragón De Pérez, Victoria. *Flexibilización Laboral Y Outsourcing*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1999, P. 91.

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

Phillips, Jack J (2006). *Invertir en el capital humano*. Barcelona: Ediciones Deusto. Traducido por ATMETLLA, Emili.

Retis Amaya, Juan Manuel (2005). *El Contrato de Outsourcing*. En: III Conferencia sobre los contratos atípicos. Acta de la III Conferencia sobre los Contratos Atípicos. Bogotá D.C. Colegio de Abogados de la Universidad Católica de Colombia.

Rothery, Brian; Ian Robertson (1997) *Outsourcing. La subcontratación*. México: Limusa.

Schneider, Ben. Ob. Cit., P. 34.;

Normatividad.

Carta Política colombiana de 1991

Código Civil colombiano

Código de Comercio colombiano

Normas ISO

Sitios web:

<http://blog.pucp.edu.pe>

<https://gestionambientalempresarial.wordpress.com/>)

<http://www.eltiempo.com>

www.monografias.com