

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



EL CONTRATO DE TERCERIZACIÓN (*OUTSOURCING*) Y LA NECESARIA
PARTICIPACIÓN DEL NOTARIO EN SU FACCIÓNAMIENTO

HEIDY YANNETH GONZÁLEZ MÉNDEZ

GUATEMALA, JUNIO DE 2012

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

**EL CONTRATO DE TERCERIZACIÓN
“OUTSOURCING” Y LA NECESARIA PARTICIPACIÓN
DEL NOTARIO EN SU FACCIÓNAMIENTO**



HEIDY YANNETH GONZÁLEZ MÉNDEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, junio de 2012.

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. Avidan Ortiz Orellana
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO: Lic. Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Ricardo Alvarado Sandoval
Vocal: Lic. Jose Antonio Melendez Sandoval
Secretario: Lic. Hector Orozco y Orozco

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Marco Tulio Escobar Herrera
Vocal: Lic. Eber Dodanin Aguilera Toledo
Secretario: Lic. Rigoberto Rodas Vasquez

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales del Examen General Público).



LIC. EDUARDO SAMUEL CAMACHO DE LA CRUZ

ABOGADO Y NOTARIO

COLEGIADO 9225



Guatemala, 13 de mayo de 2011.

Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Licenciado Castro Monroy:

En cumplimiento a la providencia dictada por la Unidad de Tesis, procedí a asesorar bajo mi dirección a la estudiante HEIDY YANNETH GONZÁLEZ MÉNDEZ, para la elaboración de su trabajo de tesis denominada: "EL CONTRATO DE TERCERIZACIÓN (OUTSOURCING) Y LA NECESARIA PARTICIPACIÓN DEL NOTARIO EN SU FACCIÓNAMIENTO". Por lo cual, manifestando que me fundamento en lo que indica el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, emito el siguiente dictamen:

El trabajo en mención, considero, en mi opinión, es altamente meritorio, advirtiéndose el empeño de la autora en la investigación y en la construcción del marco teórico, como en el contenido científico y técnico de la misma que, nos muestra y sirve de aporte para un desarrollo abundante, en lograr entender la importancia del tema estableciendo que debe ser de sumo interés para los Notarios. Es por este motivo de la globalización que el Notario actúe en la negociación del contrato atípico mercantil de tercerización (*outsourcing*) ya que por no estar regulado en la legislación guatemalteca; en este momento los empresarios se encuentra en una nebulosa jurídica y el Notario tiene la obligación de revisar detenidamente cada cláusula del contrato con el fin de asesorar al empresario si no existen cláusulas que puedan desfavorecerlo en determinado momento; así también asesorar a su cliente de incluir en el contrato aquellas condiciones que lo favorecerán en la relación mercantil.

6 AV. 11-43 ZONA 1. N.4 OFICINA 401

TEL. 40063399 22513178



LIC. EDUARDO SAMUEL CAMACHO DE LA CRUZ

ABOGADO Y NOTARIO

COLEGIADO 9225



Por lo tanto, habiendo existido un trabajo de investigación razonable en la utilización de la metodología adecuada, de la utilización correcta de la técnica de abstracción bibliográfica a través de fichas que proporcionan abundantes aportes doctrinarios relacionados con el tema que, indudablemente complementan el trabajo, con una aceptación correcta en la redacción y, ortografía, así como la legislación correspondiente en derecho comparado; las conclusiones y recomendaciones fueron realizadas de forma apropiada en base a las averiguaciones encontradas durante la redacción del presente trabajo, de forma legal y doctrinaria, obteniendo así un aporte jurídico, científico y teórico valioso para la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y los profesionales del Derecho, complementado con textos suficientes para el apoyo de la investigación.

Por tanto, previo a haber realizado las correcciones correspondientes en el sentido de que sea admitido el trabajo propuesto como tesis de graduación del bachiller Heidy Yanneth González Méndez, hago constar que el mismo cumple con todos los requisitos legales, de forma y fondo establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público el cual establece literalmente "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que consideren pertinentes."

Considero adecuado el trabajo de tesis y emito DICTAMEN FAVORABLE aprobando el trabajo de tesis titulado: "EL CONTRATO DE TERCERIZACIÓN (OUTSOURCING) Y LA NECESARIA PARTICIPACION DEL NOTARIO EN SU FACCIÓNAMIENTO".

Reitero mis muestras de respeto al señor jefe de la unidad de tesis, con la satisfacción de retribuir en algo a mi alma mater.

Lic. Eduardo Samuel Camacho de la Cruz
Colegiado número 9,225

Lic. Eduardo Samuel Camacho de la Cruz
ABOGADO Y NOTARIO

6 AV. 11-43 ZONA 1. N.4 OFICINA 401

TEL. 40063399 22513178



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, treinta de mayo de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **LUIS ENRIQUE MEJÍA FRANCO**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **HEIDY YANNETH GONZÁLEZ MÉNDEZ**, Intitulado: **“EL CONTRATO DE TERCERIZACIÓN (OUTSOURCING) Y LA NECESARIA PARTICIPACIÓN DEL NOTARIO EN SU FACCIÓNAMIENTO”**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estime pertinentes”.


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
CMCM/ brsp.

LICENCIADO LUIS ENRIQUE MEJÍA FRANCO

ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala, 25 de Octubre de 2011.

Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Licenciado Castro Monroy:

Me place saludarle deseándole los correspondientes éxitos en ese Despacho y demás labores profesionales.

Por este medio en cumplimiento al nombramiento realizado a mi persona, como Revisor del trabajo de tesis de la bachiller **HEIDY YANNETH GONZÁLEZ MÉNDEZ**, intitulado "**EL CONTRATO DE TERCERIZACIÓN (OUTSOURCING) Y LA NECESARIA PARTICIPACIÓN DEL NOTARIO EN SU FACCIÓNAMIENTO**". Me permito dictaminar respecto a la revisión del mismo en el siguiente sentido:

1. Se procedió a revisar el análisis, las teorías, metodología, hipótesis y aportaciones sustentadas por el autor, así como la estructura y el desarrollo de la investigación, las cuales se consideran atinentes a un trabajo de investigación de tesis de grado
2. La redacción y técnicas de investigación fueron adecuadas para el documento, de igual forma la información y bibliografía recopilada para su análisis y descripción fue trabajada y ordenada correctamente.
3. El trabajo desarrollado abarcó en su totalidad las distintas áreas y temas necesarios y vinculantes para probar la hipótesis planteada por el autor; destacando en sus conclusiones y aportando en las recomendaciones la importancia que persigue la regularización en la legislación guatemalteca el contrato de Tercerización (Outsourcing) en referencia a la necesaria participación del notario en su faccionamiento, en lo que respecta

BUFETE PROFESIONAL. 6 AV- 1-51 ZONA 9 TERCER NIVEL OFICINA 303
TELEFONO 57-07-58-54

LICENCIADO LUIS ENRIQUE MEJÍA FRANCO

ABOGADO Y NOTARIO



a la veracidad legalidad y autenticidad que otorga a los actos que autoriza, que son respaldados por el Estado y por la fé pública que ostenta y por esto es necesario la intervención del notario en la negociación de los contratos ya que uno de los puntos básicos al buscar la tercerización es el contar con un contrato por escrito que sea claro en establecer los puntos necesarios para que se cumpla la entrega del servicio requerido

4. De la revisión practicada, se establece que el trabajo contiene una contribución científica importante no solo para la Universidad de San Carlos de Guatemala, sino para los actores políticos y académicos responsables del análisis de la coyuntura nacional y del planteamiento de soluciones a los problemas de trascendencia e impacto social.
5. El presente trabajo reúne los requisitos reglamentarios exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público en la Universidad de San Carlos de Guatemala el cual literalmente establece "Tanto el asesor como el revisor de tesis, hará constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto de contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que consideren pertinentes."
6. En consecuencia confiero **DICTAMINAR FAVORABLEMENTE** en el sentido que al ser cumplidos los requisitos previstos en dicho normativo, debe la bachiller sustentante ser sometida al examen público ante el Tribunal Examinador correspondiente para optar al grado académico de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Agradeciendo su atención a la presente y sin otro particular, me suscribo como su atento y seguro servidor.

Atentamente,


Lic. Luis Enrique Mejía Franco
Colegiado número 2904



BUFETE PROFESIONAL. 6 AV- 1-51 ZONA 9 TERCER NIVEL OFICINA 303
TELEFONO 57-07-58-54



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, cuatro de junio de dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante HEIDY YANNETH GONZÁLEZ MÉNDEZ intitulado EL CONTRATO DE TERCERIZACIÓN (OUTSOURCING) Y LA NECESARIA PARTICIPACIÓN DEL NOTARIO EN SU FACCIÓNAMIENTO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

CEHR/iyc





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por darme la vida, cuidarme, amarme y darme todo lo que necesito; permitirme el día de hoy alcanzar uno de mis más grandes sueños, dándome fortaleza, esperanza y amor; llenándome de tantas bendiciones, este logro es gracias a Él y para Él.
- A MIS PADRES:** Sebastián Noé González Ángel, por ser una gran inspiración en mi vida de superación y esfuerzo, por su gran amor y entrega, este logro es para ti. Teresa de Jesús Méndez Salguero, por ser la mujer que más amo en mi vida y porque sin ella no fuera lo que soy, por todo su amor, cuidado, ternura, preocupación, consejos y oraciones, gracias por estar siempre a mi lado incondicionalmente, este triunfo es para ti.
- A MIS HERMANOS:** Francis Noé González Méndez, Joohan Roberto González Méndez y Mónica Fernanda González Méndez, por compartir conmigo todo el largo camino de mi vida, por aconsejarme y guiarme con su ejemplo de perseverancia.
- A MI HIJA:** Rosaura Isabella González González por darme tanto amor incondicional, darle alegría a mi vida hacerme sentir orgullosa de ser su mami y sobre todo ser un ejemplo de vida para ella.
- A MI FAMILIA:** Francisco Méndez de la cruz (+), Rosaura Salguero (+) Luciano Noé González y Dolores Ángel de González. Aurelio (+), Oscar Ismael (+), Carlos Humberto (+), y Vicenta. Por su apoyo, consejos, cariño y amor incondicional.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Notario y el derecho mercantil.....	1
1.1 El notario.....	1
1.2 Sistemas notariales.....	2
1.2.1 Sistema latino.....	3
1.2.2 Sistema sajón.....	4
1.3 Características del derecho notarial.....	5
1.4 Relación con otras ciencias.....	5
1.5 Principios generales.....	6
1.6 Fuentes.....	8
1.7 Requisitos para ejercer el notariado.....	8
1.8 Causas de inhabilitación para ejercer el notariado.....	10
1.9 Rehabilitación del notario.....	11
1.10 Deberes, derechos y prohibiciones del notario.....	12
1.10.1 Deberes del notario.....	12
1.10.2 Derechos y prohibiciones.....	13
1.11 Aspectos históricos del derecho mercantil guatemalteco....	15
1.12 Autonomía del derecho.....	17
1.13 Antecedentes.....	17
1.14 Fines.....	20
1.15 Características.....	21
1.16 Principios.....	22
1.17 Fuentes del derecho mercantil.....	23
1.17.1. La costumbre.....	23
1.17.2. La jurisprudencia.....	23
1.17.3. La ley.....	24
1.17.4. La doctrina.....	24
1.17.5. El contrato.....	25



CAPÍTULO II

2. El contrato mercantil.....	27
2.1. Naturaleza jurídica.....	27
2.2. El Contrato.....	27
2.2.1. Características del contrato mercantil.....	30
2.2.2. Elementos del contrato.....	30
2.2.3. Autonomía de la voluntad.....	31
2.2.4. Elementos esenciales del contrato.....	32
2.2.5. El consentimiento.....	32
2.2.6. El objeto.....	33
2.2.7. Solemnidad.....	34
2.3 Elementos de validez del contrato.....	34
2.3.1 La capacidad.....	34
2.3.2 Ausencia de los vicios del consentimiento.....	34
2.3.3 El error.....	35
2.3.4 Dolo.....	35
2.3.5 Violencia.....	35
2.3.6 Lesión.....	36
2.3.7 Licitud en el objeto motivo o fin.....	37
2.4. Caracteres.....	37
2.4.1 Los contratos típicos.....	37
2.4.2 Los contratos atípicos.....	38

CAPÍTULO III

3. Tercerización (<i>Outsourcing</i>).....	39
3.1 Antecedentes del contrato.....	40
3.2 Ubicación conceptual del contrato.....	41
3.3 Aspectos generales.....	43
3.4 Denominación del contrato.....	45



	Pág.
3.5 Definición.....	46
3.6 Naturaleza jurídica de la tercerización (<i>Outsourcing</i>).....	49
3.7 Características.....	53
3.7.1 Relativas al contrato entre las partes.....	54
3.7.2 Relativas a la empresa de tercerización (<i>Outsourcing</i>).....	55
3.7.3 Contrato nominado.....	55
3.7.4 Contrato atípico.....	56
3.7.5 Contrato de organización.....	56
3.7.6 Contrato de duración.....	56
3.7.7 Contrato de resultado.....	56
3.7.8 Contrato principal.....	56
3.7.9 Contrato consensual.....	57
3.7.10 Contrato con prestaciones recíprocas.....	57
3.7.11 Contrato oneroso.....	57
3.7.12 Contrato vinculación.....	57
3.8 Objetivos de la tercerización (<i>Outsourcing</i>).....	58
3.9 La tercerización (<i>Outsourcing</i>) en el ambiente jurídico.....	58
3.10 Beneficios del contrato de tercerización (<i>Outsourcing</i>).....	59
3.10.1 Focalización al core business.....	60
3.10.2 El core business de goldentemple.....	60
3.10.3 Delegación de facultades.....	60
3.10.4 Transferencia de riesgo.....	61
3.10.5 Reducción de costo.....	61
3.10.6 Estabilidad en el precio.....	62
3.10.7 Maximización del capital.....	62
3.10.8 Diversificación.....	63

CAPÍTULO IV

4. El notario en el funcionamiento del contrato de tercerización (<i>Outsourcing</i>).....	65
4.1 Puntos básicos para lograr una tercerización (<i>Outsourcing</i>) exitoso.....	66



	Pág.
4.2 Aspectos legales de la tercerización (<i>Outsourcing</i>).....	66
4.2.1 Definir terminología.....	68
4.2.2 Estructura del contrato.....	69
4.2.3 Terminó de cargo y pago.....	72
4.3 Tipicidad legislativa del contrato.....	74
4.4 El contrato en la legislación extranjera.....	75
4.4.1 Modelo de regulación legal del contrato.....	76
4.5 Gestiones previas	79
4.6 Gestiones posteriores a la tercerización (<i>Outsourcing</i>).....	80
4.7 La necesaria participación del notario en la negociación.....	80
4.8 Fases del contrato.....	82
4.8.1. Inicio.....	83
4.8.2 Evaluación.....	83
4.8.3 Planeación.....	83
4.8.4 Contratación.....	84
4.8.5 Transmisión al nuevo servicio.....	84
4.8.6 Administración y revisión.....	84
4.8.7 Alcance Económico.....	85
4.9 Derechos y obligaciones de las partes.....	86
4.9.1 Derecho de la empresa cliente.....	86
4.9.2 Obligación de la empresa cliente.....	86
4.9.3 Derecho del outsourcer.....	87
4.9.4 Obligación del outsourcer.....	87
4.10 Terminación y resolución del contrato de tercerización (<i>Outsourcing</i>).....	87
4.11 Ventajas del contrato de tercerización (<i>outsourcing</i>).....	88
4.12 Desventajas del contrato de tercerización (<i>outsourcing</i>).....	90
4.13 Solución de conflictos.....	91
CONCLUSIONES.....	93
RECOMENDACIONES.....	95
BIBLIOGRAFÍA.....	97



INTRODUCCIÓN

Siendo la función notarial, la actividad que despliega el notario, es necesario que el profesional del derecho la ejerza cumpliendo con todos y cada uno de los requisitos exigidos por la ley, ya que la veracidad, legalidad y autenticidad que otorga a los actos que autoriza, son respaldadas por el Estado y por la fe pública que ostenta. En el ejercicio del derecho mercantil el notario juega un papel de mucha importancia, ya que el derecho mercantil regula contratos típicos mercantiles, como lo son: el contrato de participación, hospedaje y contratos atípicos mercantiles como lo son el leasing, claque, factoring, que pueden o no constituirse o modificarse en escritura pública, y cumplir ciertos requisitos formales previos y posteriormente a su autorización; por lo que el notario, en el ejercicio de su función debe ser conocedor de todos y cada uno de los trámites que deben seguirse para la legitimación y segura autorización de éstos.

La relación existente entre estas dos ramas del derecho han provocado numerosos problemas que plantean interesantes cuestiones en lo que corresponde a la correcta y adecuada función notarial, que en el presente estudio jurídico-doctrinario se desarrolla, con el objeto de aclarar y determinar duda sobre la intervención del notario en la legítima creación de las obligaciones de las sociedades.

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

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



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

Los métodos utilizados en la presente investigación son: inductivo, analítico y sintético, con los que se pudo comprobar la necesidad de que el notario conozca claramente cada una de las funciones notariales dentro del faccionamiento del contrato atípico mercantil de tercerización "outsourcing"; y la técnica deductiva, considerando que al analizar cada uno de los elementos que se fueron encontrando en el camino para completar el presente trabajo, se llega de manera más eficaz a concluir en los puntos planteados en el inicio del trabajo de la investigación.

El capítulo primero, abarca todo lo concerniente al derecho notarial, sistemas notariales, la función notarial, requisitos para ejercer el notariado y se engloban lo relacionado a los contratos mercantiles; el capítulo segundo desarrolla los diferentes contratos mercantiles, es decir los contratos típicos y los atípicos para que el lector tenga una noción de lo que son los contratos y pueda comprender el por qué, cómo y para qué de este trabajo; el capítulo tercero contiene el desarrollo del contrato de tercerización "outsourcing", se compone del estudio, análisis y desarrollo de este contrato incluyendo algunos aspectos de orden práctico; por último en el capítulo cuarto se aborda todo lo relacionado con el faccionamiento del contrato de tercerización "outsourcing", que es el objeto principal de ésta investigación, se retoman los aspectos jurídicos que son los que más interesan para la realización del presente trabajo.

Sirva a los profesionales del derecho esta investigación ya que en ella se describe la tercerización o "outsourcing" como el resultado de la especialización empresarial y la desincorporación de ciertas actividades de las instituciones mercantiles, ya sea individuales o sociedades. De ello se derivan los nuevos contratos mercantiles de outsourcing en donde se formaliza jurídicamente este tipo de relaciones comerciales.



CAPÍTULO I

1. Notario y el derecho mercantil

Punto interesante es la figura del notario, sobre él descansa uno de los aspectos fundamentales de la institución notarial y en su ejercicio, hace cotidianamente derecho notarial, puesto que además de la labor social que ejecuta, mediante un deber de consejo y asesoría a quienes acuden a él, desempeña un papel trascendental, comprobado al autorizar y faccionar el instrumento notarial, plasmando en él la voluntad de las partes, justificando así la importancia de que al notario se le exija el conocimiento apropiado del derecho.

1.1. Notario

Existe una diversidad de definiciones respecto al profesional que ejerce el notariado, pero únicamente como referencia citaré algunas definiciones que a criterio de la sustentante son las más completas y certeras:

“El notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a este fin y confiriéndoles autenticidad; conservar los originales de estos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticidad”.¹

¹ De la Cámara y Alvarez, Manuel. *El notario latino y su función*, pág. 4.

“El notario es el funcionario público investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley, a los instrumentos en que consignen los actos y hechos jurídicos. La formulación de los instrumentos se hará a petición de parte.”² (sic.)

“Es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales.”³(sic.)

En las tres definiciones antes mencionadas se destacan dos puntos importantes respecto al notario, primero como funcionario público y segundo, investido de fe pública, por lo que la calidad de notario enmarca también seguridad, certeza, verdad, un sin fin de cualidades que como profesionales del derecho se le atribuyen, por lo que es de suma importancia que se cumpla con todas y cada una de las funciones notariales de la mejor manera posible.

1.2. Sistemas notariales

Existen muchas clasificaciones con respecto a sistemas notariales, pero las más importantes son:

- Sistema latino: también llamado sistema francés, de evolución desarrollada y público.
- Sistema sajón: también llamado anglo-sajón, subdesarrollado, de evolución frustrada y privado.

² Pérez Fernández del Castillo, **Bernardo**. **Derecho notarial**, pág. 119.

³ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 489.

Carral y de Teresa, dice: “Es imposible una clasificación que agote todos los sistemas del notariado, pues éste, que es un producto de la costumbre, sigue en cada lugar especiales tradiciones y características. Toda clasificación puede enfocarse desde varios puntos de vista: subjetivos, objetivos, formales, etc.”⁴

En segunda categoría se encuentran los sistemas de funcionarios judiciales y el de funcionarios administrativos.

1.2.1. Sistema latino

El sistema latino es utilizado por varios países, incluyendo Guatemala, por lo que continuación detallo las características más importantes del mismo:

- En el caso de Guatemala, pertenece al Colegio de Abogados y Notarios, ya que ejercen conjuntamente ambas profesiones.
- Es personal la responsabilidad en el ejercicio profesional.
- En relación al ejercicio este puede ser cerrado o abierto, limitado e ilimitado.
- En Guatemala, el sistema es abierto, ya que no se tienen restricciones dentro del territorio nacional, pues en algunos casos se puede actuar fuera del territorio nacional.
- Es incompatible con el ejercicio de cargos públicos que lleven añeja jurisdicción, así también para los funcionarios y empleados de los organismos ejecutivo y judicial y municipalidades que devenguen sueldo del Estado o del municipio y el Presidente del Organismo Legislativo.
- Debe ser profesional universitario.

⁴ Carral y de Teresa. Luís. Derecho notarial y derecho registral, pág. 67.



- Desempeña una función pública, pero no depende directamente de la autoridad administrativa.
- Es un profesional del derecho.
- Existe un protocolo notarial en el que asienta todas las escrituras que autoriza.
- Desempeña una función pública, dando autenticidad a los hechos y actos ocurridos en su presencia y recibe e interpreta la voluntad de las partes, dándole forma legal, al faccionar el instrumento público.

1.2.2. Sistema sajón

Este sistema es utilizado por países como Estados Unidos, Noruega, Canadá, a continuación algunas características del mismo:

- El notario es un fedante o fedatario, pues su actividad se concreta a dar fe de la firma o firmas de un documento.
- No da asesoría a las partes.
- No es obligatorio tener título universitario.
- La autorización para su ejercicio es temporal, pudiendo renovarse.
- Debe prestar una fianza para garantizar la responsabilidad en el ejercicio.
- No existe colegio profesional y no llevan protocolo.

1.3. Características del derecho notarial

- Su actuación es dentro de la fase normal del derecho, en donde no existen derechos subjetivos en conflicto, es decir ausencia de litis.
- Otorga certeza y seguridad jurídica a los hechos y actos solemnizados en el instrumento público, en virtud de la fe pública que ostenta el notario.
- Aplica el derecho objetivo condicionado a las declaraciones de voluntad y a la ocurrencia de ciertos hechos de modo que se creen, concreten o robustezcan los derechos subjetivos.
- Su naturaleza jurídica no puede encasillarse en la tradicional división entre el derecho público y el derecho privado, pues se relaciona con el primero en cuanto a que los notarios son depositarios de la función pública de fedación y con el derecho privado porque esa función se ejerce en la esfera de los derechos subjetivos de los particulares.

1.4. Relación con otras ciencias

El derecho notarial se relaciona con todas las ramas del derecho, pero principalmente con:

- Derecho civil: Por cuanto que los contratos son por regla general el contenido del instrumento público y estos se encuentran regulados dentro del derecho civil.



- **Derecho mercantil:** Rama del derecho que regula contratos dentro de los cuales por disposición expresa de la ley deben observarse formalidades, haciéndolos constar en escritura pública o simplemente se hacen constar en acta notarial.

- **Derecho procesal civil:** Puesto que, esta rama del derecho está formada con normas que imponen requisitos formales, con la diferencia que en el derecho procesal civil lo aplicamos cuanto existe litis, en cambio el derecho notarial no.

- **Derecho administrativo:** El notario tiene muchas obligaciones ante la administración pública, tal es el caso de ser un recaudador del fisco, cuando paga un impuesto sobre un negocio.

- **Derecho registral:** En virtud de que casi todos los instrumentos que el notario autoriza, deben presentarse en los distintos registros públicos, para que sean operados.

1.5. Principios generales

Como toda rama del derecho, el derecho notarial está compuesto por una diversidad de principios:

- a) **Fe pública:** "Es la presunción de veracidad en los actos autorizados por un notario, los cuales tienen un respaldo total, salvo que prospere la impugnación por nulidad o falsedad".⁵

⁵ Muñoz, Nery Roberto. *Introducción al estudio del derecho notarial*, pág. 6.



- b) Forma: En virtud de que el derecho notarial indica la forma en que debe ser plasmado el instrumento público.
- c) Autenticación: “Forma de establecer que un hecho o acto ha sido Comprobado y declarado por un notario, ya que aparece su firma y sello refrendándolo, en Guatemala debe registrarse en la Corte Suprema de Justicia”.⁶
- d) Inmediación: “La función notarial demanda un contacto entre el notario y las partes y un acercamiento de ambos hacia el instrumento público.”⁷ Implica propiamente recibir la voluntad y el consentimiento de las partes.
- e) Rogación: El notario actúa por solicitud de interesado. El notario no actúa por sí mismo o de oficio, siempre es requerido por uno o varios particulares.
- f) Consentimiento: Constituye un requisito esencial y debe estar libre de vicios. Sin el consentimiento no puede haber autorización notarial. Mediante la firma del o los otorgantes, se expresa el consentimiento. (Artículo 29 del Código de Notariado, numerales 10 y 12).
- g) Unidad del acto: Este principio se basa en que el instrumento debe perfeccionarse en un solo acto.

⁶ Ibid, pág. 7.

⁷ Nery, Argentino. Tratado teórico y práctico de derecho notarial, pág. 366.



- h) Protocolo: Con el objeto de resguardar para lograr la perdurabilidad y seguridad en que quedan los instrumentos públicos y facilitar obtener copias de ellos, es necesario plasmar las escrituras matrices u originales faccionadas por el notario.
- i) Seguridad jurídica: El Código Procesal Civil y Mercantil en su Artículo 186, establece que los instrumentos autorizados por notario, producen fe y hacen plena prueba, de aquí se desprende la seguridad jurídica que el notario da a los instrumentos públicos que facciona.
- j) Publicidad: Los actos que autoriza el notario son públicos, por medio de la autorización notarial se hace pública la voluntad de la persona, aunque actualmente existen algunas excepciones en cuanto a testamentos y donaciones por causa de muerte.

1.6. Fuentes

Nuestra legislación regula, que la única fuente del derecho notarial es la ley, ya que los notarios pueden hacer sólo lo que la misma les permite.

1.7. Requisitos para ejercer el notariado

El Código de Notariado Decreto 314, en su Artículo 2º indica los siguientes requisitos habilitantes del notario:

1. "Ser guatemalteco de origen Mayor de edad, del estado seglar domiciliado en la república salvo lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 6.



2. Haber tenido título facultativo en la república o la incorporación con arreglo a la ley
3. Haber Registrado en la Corte Suprema de Justicia el título facultativo, la firma y sello que usará con el nombre y apellidos usuales.
4. Ser de Notoria Honradez”

Según el análisis realizado se puede entender que: a) Ser guatemalteco. b) Mayor de edad, es decir mayor de 18 años, según el Código Civil en su artículo 8º. c) Del estado seglar, es decir no ser ministro de ningún culto. d) Domiciliado en la república, con la excepción de aquellos actos y contratos que surtirán efectos en Guatemala y en los casos en los que el notario guatemalteco estuviera en el extranjero. e) Poseer título facultativo, el cual se obtiene en cualquiera de las universidades de la república, o bien con título obtenido en el extranjero autorizando dicha incorporación la Universidad de San Carlos de Guatemala, con exclusividad. f) Se debe de registrar en la Corte Suprema de Justicia el título facultativo, así como la firma y el sello que usará con el nombre y apellidos del notario. g) Ser una persona de notoria honradez. h) Ser colegiado activo, según el Artículo 90 de la Constitución Política de la República de Guatemala. i) Inscribirse electrónicamente en el Archivo General de Protocolos, registrar firma, sello y entregar una fotografía.



1.8. Causas de inhabilitación para ejercer el notariado

El Código de Notariado Decreto 314 en su Artículo 3, cita los impedimentos para ejercer el notariado los cuales son:

1. "Los civilmente incapaces
2. Los toxicómanos y ebrios habituales
3. Los ciegos, sordos o mudos
4. Los que hubieren sido condenados por alguno de los siguientes delitos:
falsedad, robo, hurto, estafa, quiebra o insolvencia fraudulenta, cohecho e infidelidad en la custodia de documentos, prevaricato y malversación."

Las causas de Inhabilitación pueden ser de carácter permanente, total, absoluto y la ley concede acción pública a las personas y al Ministerio Público, con el objeto que denuncien ante la Corte Suprema de Justicia, la existencia de alguna causal que impida al notario desempeñar esta función.

En Guatemala los órganos que pueden decretar la inhabilitación de un notario son: Los Tribunales de Justicia, la Corte Suprema de Justicia y Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. Cuando se refieren a los;

- a) Los civilmente incapaces, al hablar de incapacidad nos referimos a nuestro ordenamiento jurídico civil el cual define como incapaces a los mayores de edad que adolezcan de enfermedad mental que los priva de discernimiento, y deben ser declarados en estado de interdicción. Regulado en los Artículos del 9 al 14, del Decreto Ley 106, Código Civil.



- b) Toxicómanos y ebrios habituales.
- c) Ciegos, sordos o mudos y los que adolezcan de cualquier otro defecto físico o mental que les impida el correcto desempeño de su cometido.
- d) Los que hubieren sido condenados por alguno de los delitos que a continuación se enumeran: falsedad, robo, hurto, estafa, quiebra o insolvencia fraudulenta, cohecho e infidelidad en la custodia de documentos y en los casos de prevaricato y malversación. En estos casos el notario infractor de la ley debe ser procesado según el Código Penal, ante los Tribunales de Justicia, y sancionado por el Colegio Profesional de Abogados y
- e) Notarios, cuando este hubiese faltado a la ética o atentado en contra del decoro y prestigio de la profesión, según la gravedad del delito.

1.9. Rehabilitación del notario

Para Guillermo Cabanellas rehabilitar es: “Habilitar de nuevo autorizar el ejercicio de los derechos suspendidos o quitados”.⁸

Rehabilitar es autorizar de nuevo el ejercicio de los derechos suspendidos del notario. Esto implica que el notario que hubiere sido condenado por algún delito de los mencionados en el inciso 4º del Artículo 3 Código de Notariado, podrá ser rehabilitado y el proceso se tramitará ante la Corte Suprema de Justicia siempre y cuando concurren los requisitos que establece el Artículo 104 Código de Notariado Decreto 314 siguientes:

⁸ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de derecho usual*, págs. 523 y 524.



- a) Transcurridos dos años más del período como pena en la sentencia.
- b) Que hubiese observado buena conducta durante el tiempo de la condena.
- c) Que no hubiere reincidencia.
- d) Que emitiera dictamen favorable el Consejo Superior de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

La Corte Suprema de Justicia, por consiguiente, sólo tiene asignada competencia para conocer de las rehabilitaciones cuando la sanción ha sido impuesta por ese organismo o por otro órgano jurisdiccional con base en la comisión de un delito.

1.10. Deberes, derechos y prohibiciones del notario

Son todas las actividades que el notario debe desarrollar y cumplir para no contrariar la ley, así mismo, defender y exigir sus intereses, los cuales le son otorgados mediante la ley en el marco del Estado de derecho que le protege y a los cuales debe ajustar la función notarial para un mejor desarrollo y control.

1.10.1 Deberes del notario

Dentro de los deberes del notario se encuentran los siguientes:

- a) "Registrar la firma y sello en la Corte Suprema de Justicia", Artículo 2º del Código de Notariado.



b) "Pagar el derecho de apertura de protocolo cada año en la tesorería del Organismo Judicial", Artículo 11 del Código de Notariado.

c) En la autorización de los instrumentos públicos, dentro del cual hay tres clases de obligaciones, obligaciones previas: que consisten en legitimar a las partes, calificando la capacidad civil y legal para otorgar los instrumentos obligaciones simultáneas: dar a conocer el contenido y efectos jurídicos del negocio jurídico y dar lectura al instrumento. Obligaciones posteriores: una vez otorgado y autorizado el instrumento público, el notario debe cumplir con remitir los avisos correspondientes a las instituciones públicas donde deban ser inscritos.

1.10.2 Derechos y prohibiciones

Dentro de los derechos, del notario los cuales se encuentran establecidos en el Código de Ética profesional del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, menciona los siguientes:

a) Artículo 1 Libertad de Aceptación, que en su parte conducente establece:

"...rechazar los asuntos en que se solicite su patrocinio, sin manifestar los motivos de resolución salvo los casos de nombramiento de oficio, en que la declinación debe ser justificada."

b) Artículo 6 Cobro de Honorarios, que en su parte conducente establece: "...el provecho o retribución nunca puede constituir decorosamente el móvil determinante de los actos profesionales."



Otro de los derechos del notario se encuentra estipulado en el Código Civil, en lo relativo al contrato de servicios profesionales, Artículo 2029 el cual establece: "El profesional tiene derecho, además de la retribución, a que se le paguen los gastos que haya hecho con motivo de los servicios prestados, justificándolos y comprobándolos debidamente."

Así también hace mención de las prohibiciones de las cuales debe abstenerse a realizar el notario en el ejercicio, siendo algunas de ellas las siguientes:

Artículo 40 Prohibiciones: Obligar directamente o indirectamente al cliente a utilizar sus servicios notariales.

"El notario debe abstenerse de....."

- a) Facilitar a terceros el uso de protocolo
- b) Ocultar datos que interesen al cliente o a las partes del acto o contrato.
- c) Detener indebidamente documentos que se le hubieren confiado o negarse a extender la constancia correspondiente, sin causa justificada".

Es importante reconocer que la figura del notario, forma parte integrante dentro del sistema social, dentro del derecho notarial y sin éste no existiría la función notarial como se le conoce hoy en día, lo cual queda demostrado a través de los siglos, como la necesidad de solemnizar los actos y negocios trascendentales.

Sin embargo, para que el notario ejerza la función notarial se necesita, dependiendo del lugar donde se encuentre, de sistemas notariales, que son formas de organizar el notariado, como a continuación se expone.



1.11. Aspectos históricos del derecho mercantil guatemalteco

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

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

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

A la llegada del gobierno conservador de Rafael Carrera, significó el estancamiento de nuestra evolución legislativa, ya que volvió a la legislación española, al grado de que



estudios facultativos de derecho se hacían sobre las leyes de Toro y la Novísima Recopilación. Especial atención merece el Código de la Revolución Liberal. "En el año 1877, al promulgarse los nuevos Códigos de Guatemala, se incluyó un Código de Comercio, con una Ley especial de enjuiciamiento mercantil. De la fecha anterior llegamos hasta 1949, oportunidad en que promulgó un nuevo Código de Comercio contenido, en el Decreto número 2946 del Presidente de la República".⁹

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

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

⁹ Carral y de Teresa, Luis, **Derecho registral**, pág. 80.



1.12. Autonomía del derecho mercantil

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

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

1.13. Antecedentes.

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



Ciertamente entonces el estudio del ser humano, al menos en este aspecto, debe ser desde un enfoque holístico en donde antropólogos, sociólogos y psicólogos serían los expertos llamados a tender puentes de investigación sobre tales planteamientos. No obstante ello, podrían citarse algunos fenómenos políticos, sociales, jurídicos y principalmente económicos que han influido no sólo en la construcción del esquema moderno sino en la variación y percepción que del mundo tienen los individuos. Indudablemente que el hombre también está constituido por el "homo economicus", este está determinado, en gran medida, por los factores económicos que lo circundan. Desde la aplicación y percepción marxista respecto de que la fuerza de trabajo está comprendida dentro de las mercancías y que la conciencia del hombre está determinada materialmente por su posición económica y el concepto de clase. En esta parte el sistema jurídico, parte de la supraestructura social, juega un papel importante para la conservación y supervivencia de un estado de cosas. A partir del influjo de lo económico y su importancia en todas las demás relaciones se podría afirmar que este ha sido el motor, no sólo del progreso tecnológico, sino también de todas las relaciones humanas en la actualidad (valga citar el enorme número de mujeres casadas que hoy día están inscritas en actividades económicas, las que otrora quedaban en el ámbito privado y doméstico, no sólo por las conquistas de los grupos feministas y la cada vez más consiente necesidad de igualdad entre los sexos sino porque el mismo mercado ha exigido, por un lado, una mayor oferta de empleos y por otra que ese mismo mercado, en el que antiguamente sólo figuraba el hombre, exige cada vez más del individuo una actitud "consumista" para satisfacer las necesidades familiares razón por la que hoy en día el varón no se da abasto para sufragar los gastos familiares). Es decir, el intercambio de bienes y servicios traducidos en materia económica ha acompañado al hombre desde



los primeros homínidos, desde la primera división sexual del trabajo y a lo largo de toda la historia de la humanidad. También se ha notado la influencia de fenómenos político y sociales como la revolución francesa —el principio de la libertad absoluta *laissez faire-laissez passer*, llegando a la nueva revolución tecnológica que modificó la forma de percibir el mundo y de relacionarse en la tecnológica, hasta llegar al fenómeno de la modificación genética (últimos avances en materia científica) que representa otro momento histórico y que llevará a la humanidad a un lugar aún insospechado.

Evidentemente existe una serie de situaciones que no fueron siquiera imaginadas, en otros tiempos. En estas circunstancias existe una evidente influencia de todos los fenómenos sobre la vida del hombre en sociedad y sobre las personas individualmente consideradas, sin embargo, dado que estamos frente al continuum micro-macro o dicho de otra forma frente a una postura multidimensional, en donde existen macro conceptos que modifican la realidad a partir del conocimiento de la complejidad, los sociólogos abordan la temática con mucha propiedad, es también cierto que el individuo, grupos de individuos o clases sociales han influenciado también a la sociedad llevándola a lo que hoy presenciamos y que indudablemente es parte del desarrollo, evolución o avance de la humanidad.

Como se ha visto el fenómeno económico ha jugado un papel trascendental en la conformación de las instituciones y de las relaciones sociales como hoy día las conocemos. De ahí que el comercio con su pujante actividad sirvió de modificación de las conductas sociales. Hoy día cuando estamos frente a un nuevo orden mundial, dibujado sobre la base del libre comercio, los estados, sociedades y pueblos han adoptado nuevas prácticas comerciales, caracterizadas por su dinamismo, y estas a su



vez han flexibilizado las normas jurídicas para que respondan a la rapidez y versatilidad propias del comercio. De ahí que hoy se hable de nuevos contratos y del derecho mercantil tan informal y tan adecuado a la actividad que intenta regular.

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

1.14. Fines

“Los fines de las leyes relativas al comercio, particularmente del Código de Comercio guatemalteco, se dirigen a la organización, regulación y ordenación de la actividad mercantil y comercial, sus sujetos, las empresas mercantiles, los contratos mercantiles, títulos mercantiles connotados por un amplio margen de libertad y celeridad que contribuya al desarrollo de la actividad económica mercantil”.¹⁰ (sic.)

¹⁰ De Pina Vara, Rafael. **Elementos del derecho mercantil mexicano**. Pág. 97

1.15. Características del derecho mercantil

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

- a) Es poco formalista: La circulación para que sea fluida, exigen que la formalidad esté relegada a mínima expresión, salvo en los casos en que su ausencia puede sacrificar la seguridad jurídica. Los negocios mercantiles se concretan en simples formalidades sólo explicables para un conjunto de relaciones que por su cantidad no podrían darse fácilmente de otra manera. Ejemplificando lo anterior se da una representación civil mediante el otorgamiento de un contrato de mandato; en cambio, la representación en materia de títulos de crédito se da por un simple y sencillo endoso de procuración.
- b) Inspira rapidez y libertad en los medios para traficar: El poco formalismo anteriormente relacionado, se somete con agilidad del tráfico comercial. Ello obliga a que el derecho funcione a la par de la realidad que se le presenta.
- c) Adaptabilidad: Que el comercio se relaciona con el ser humano por ser una de sus funciones, dicha función cambia día a día por diversos motivos ya sean políticos, científicos, culturales, por lo que las formas de comerciar de van desarrollando progresivamente. De ello resulta que la legislación siempre va en zaga de la práctica.

Entonces una característica de este derecho para tomarse en cuenta es que, en su contexto general debe irse adaptando a las condiciones reales del mismo fenómeno comercial.

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

e) **“Posibilita la seguridad del tráfico jurídico:** En la observancia estricta de que la negociación mercantil está basada en la verdad sabida y la buena fe guardada, de manera que ningún acto posterior puede desvirtuar lo que las partes han querido al momento de obligarse.”¹¹

1.16 Principios

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

- a) La buena fe;
- b) La verdad sabida;
- c) Toda prestación se presume onerosa;

¹¹ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**, tomo I, pág. 42.



d) Intención de lucro; y,

e) Ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación”¹².

1.17. Fuentes del derecho mercantil

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

1.17.1 La costumbre

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

1.17.2 La Jurisprudencia

Citando nuevamente el Artículo 2 en su primer párrafo de la Ley del Organismo Judicial, “la jurisprudencia está concebida como fuente complementaria”, en ese orden es fuente de derecho en derecho Mercantil. Asimismo, de acuerdo con lo establecido en nuestro Código Procesal Civil y Mercantil, cuando se producen cinco fallos reiterados en juicios sometidos al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, por medio del recurso de casación, se genera la doctrina legal que puede citarse como fundamento de

¹² *Ibid*, pág. 43.



pretensiones similares. Esto demuestra que en nuestro ordenamiento guatemalteco carece de estimación por la jurisprudencia como fuente de derecho y, en consecuencia, también del derecho mercantil.

1.17.3 La Ley

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

1.17.4 La Doctrina

Son muy pocos los autores que niegan la calidad de fuentes a la doctrina; sin embargo, en el derecho mercantil sucede algo especial. Por el lento proceso legislativo ya que la doctrina corre pareja con la práctica; lo que sucede con la ley.

Entonces para que este derecho sea viable, los principios que ya estudiamos, y que son doctrinarios, vienen a ser fuentes coadyuvantes en la interpretación del contexto legal, por disposición del Artículo 1o del Código de Comercio.



1.17.5 El Contrato

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





CAPÍTULO II

2. El Contrato mercantil

Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos. Que extiende las reglas del contrato a los demás actos jurídicos, unilaterales o bilaterales, diferente es la fórmula adoptada por el código alemán según el maestro Borja Soriano que imita el código brasileño, ya que se destina a las reglas del acto jurídico, como categoría especial, aun cuando ello no implica, de modo alguno, que considere que el contrato tiene otra naturaleza.

2.1 Naturaleza jurídica

“Los contratos mercantiles se dan en el marco del derecho privado en los que las partes se encuentran en igualdad de condiciones, haciendo uso de la autonomía de la libertad para contratar”.¹³

2.2. El contrato

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

¹³ Palomar de Miguel, Juan. **Diccionario para juristas**. Pág. 140.



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

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

En el diccionario jurídico convenio viene del vocablo convenir, del latín convenire, ser de un mismo parecer, ajuste o concierto de dos o más personas. Y por contrato, según el diccionario jurídico proviene del latín contractus derivado del verbo contrahere, es un acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce consecuencias jurídicas.

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

Contrato la especie y al convenio el genero; "convenio es el acuerdo de dos o más personas para crea, transferir, modificar o extinguir obligaciones" y contratos son "los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos". El maestro Rojina Villegas nos dice que: "...el convenio tiene dos funciones; una positiva, que es crear o transmitir derechos y obligaciones, y otra negativa, modificarlos o extinguirlos".¹⁴

¹⁴ Rojina Villegas, Rafael. **Compendio de derecho**; Contratos civiles; Pág. 234.



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

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

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

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

2.2.1 Características del contrato mercantil

- Es un medio (instrumento jurídico) de la circulación mercantil.
- Es regulado por el Código Civil y el Código de Comercio.
- Tiene Libertad de Forma aunque el Estado obliga a realizar numerosas operaciones con arreglo a formas rígidamente preestablecidas. Su intención es la de proteger el interés del público en general.
- Reducción del principio de la autonomía de la voluntad en materia de contratación. Los contratos mercantiles se suponen elaborados en igualdad de condiciones por las partes contratantes. Sin embargo, en la realidad, existen compañías privilegiadas que **imponen** su ley a los clientes. Es el caso de contratos bancarios, seguros, transportes, suministros de gas, agua, electricidad, etc. Son los denominados contratos-tipo en los que raramente se realizan modificaciones por exigencias de particulares.

2.2.2 Elementos del contrato

Al referirnos a los elementos del contrato, los autores mexicanos, siguen el criterio del Código Civil, se clasifican a los elementos del contrato en esenciales y de validez.

Son elementos esenciales; el consentimiento, y de validez, la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la licitud en el objeto, motivo o fin y la forma.

2.2.3 Autonomía de la voluntad

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

Diversos son los conceptos sobre la autonomía de la voluntad; según Mazeud, "la voluntad de las partes les otorga la posibilidad de contratar, de no contratar, de fijar las condiciones del contrato, y de modificar el contrato a su conveniencia, inclusive ponerle término".¹⁵

Para Borja Soriano dice que la "noción de libertad individual se expresa habitualmente diciendo que todo lo que no está prohibido, está permitido".¹⁶

Entonces podemos decir que esta libre actuación nos faculta para:

- Para contratar;
- Para no contratar;

¹⁵ Mazeud, Henry, Leon y Jean. **Lecciones de derecho civil**. Argentina. Pág. 105.

¹⁶ Borja Soriano, Manuel. **Derecho de las obligaciones**. Pág. 78.



- Para modificar el contrato;
- Para determinar las condiciones del contrato;
- Para dar por terminado el contrato.

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

Pero en todos los casos, en que alguien puede libremente decidir sobre determinado contrato, habrá el principio de la autonomía de la voluntad. La libertad de no contratar autoriza para rechazar determinado acto u oferta.

2.2.4. Elementos esenciales del contrato

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

3.2.5 El consentimiento

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



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

Esta Voluntad debe ser:

- Una voluntad real;
- Voluntad seria y precisa;
- Que se exteriorice, sea de manera expresa o tácita.

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

2.2.6. El objeto

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

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

La cosa objeto del contrato debe de:

- Existir en la naturaleza;

- Ser determinada o determinable en cuanto a su especie;
- Estar en el comercio.

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

2.2.7. Solemnidad

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

2.3. Elementos de validez del contrato

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

2.3.1 La capacidad

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

2.3.2 Ausencia de los vicios del consentimiento

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



2.3.3. El error

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

2.3.4. El dolo

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

Se distingue el dolo incidental del dolo principal, el dolo principal recae sobre la causa o motivo determinante de la voluntad de los contratantes.

Se da cuando induce a éstos a celebrar un contrato que de otra manera no hubieran celebrado.

2.3.5. Violencia

Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes. Cuando se convierte en una fuerza física irresistible, configura ya no un consentimiento viciado, sino falta absoluta.



Que sea grave, debe importar al peligro de perder la vida, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante o de una persona allegada a él. Como requisito objetivo de la violencia se requiere, por un parte, que la amenaza importe el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de sus bienes del contratante, del cónyuge, de sus ascendientes, descendientes, o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado. Como requisito subjetivo, se necesita que la amenaza sea seria, es decir de tal naturaleza que puede impresionar a una persona razonable.

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

2.3.6. Lesión

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

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

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



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

2.3.7 Licitud en el objeto motivo o fin

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

3.4 Caracteres

Los contratos mercantiles se caracterizan por su literalidad, es decir que establecen y se rigen por el contenido propio de los títulos contractuales. Además incorporan dentro de los contratos mercantiles una serie de derechos entre las partes que intervienen en los negocios.

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

2.4.1 Los contratos típicos

“Los contratos típicos son aquellos que se encuentran regulados, enumerados, descritos y expresados en el Código de Comercio, es decir aquellos contratos nominados por



ejemplo: El seguro, fideicomiso, la compraventa mercantil, el aval, la tarjeta de crédito, el contrato estimatorio etc.”¹⁷

2.4.2 Los contratos atípicos

Los contratos atípicos en el derecho mercantil guatemalteco son aquellos, que por exclusión o falta de regulación, no están determinados, contenidos, expresados en el Código de Comercio, pero que pueden ser creados por la autonomía de la voluntad de los sujetos del derecho mercantil.

“En este sentido la línea que sigue el Código de Comercio es la del “numerus apertus” teniendo únicamente la limitación de que dichos contratos no vayan contra el orden público ni la legalidad contenida en las normas jurídicas del derecho mercantil. En esta rama podemos encontrar al outsourcing, el leasing etc”.¹⁸

¹⁷ Ramírez Valenzuela, Alejandro. **Introducción al derecho mercantil y fiscal**. Pág. 350.

¹⁸ *Ibid.*



CAPÍTULO III

3. “Outsourcing” (Tercerización)

Hasta hace muy poco se creía que el único proveedor que tenía una empresa, era quien le suministrara materias primas. Hoy, se tienen tantos proveedores como procesos se puedan contratar. Permitiendo que foráneos suministren productos que se requieren pero que distraen en su elaboración por no tener la habilidad, los recursos, la capacidad, el gusto o simplemente no se quieren hacer.

Cuando las empresas descubrieron que ciertas áreas era mejor dejarlas para otros, que si poseían más habilidad, conocimiento, experiencia, creatividad y capacidad económica al realizarlas, empezaron a tener óptimos resultados porque se concentraron en hacer lo que era importante para el negocio.

Inicialmente se creyó que el beneficio de la subcontratación era para pequeñas empresas, que por falta de recursos empezaron a entregar su contabilidad, nómina, inventarios y cuentas por cobrar; a lo que en un tiempo se denominó servicio (*service*). Mas sin embargo empresas de mayor tamaño vieron la ventaja de entregar a terceros el manejo de alta tecnología, de la tecnología que cambiaba rápidamente, o aquellos oficios que implicaban una capacitación permanente y costosa. También, medianas empresas se quitaron el problema de hacer investigaciones de mercados y de contratar personal.

Como se puede ver, no es de un determinado tamaño de empresa la potestad de usar la tercerización "*outsourcing*". Es aplicable a cualquier tipo de negocio que piense en grande y quiera sin costos adicionales alcanzar mejores resultados.

3.1. Antecedentes del contrato

Es imposible referirse al contrato de outsourcing sin antes abordar sus antecedentes que se relacionan con los conceptos trabajo y globalización, lo que jurídicamente ahora nos lleva hacia el derecho laboral y el novísimo derecho global. Sobre el particular, existen dos posiciones que explican el nacimiento de la Tercerización "*outsourcing*":

a) Por un lado, es la posición más aceptada aquella que explica que el "*outsourcing*" nace incipientemente en los años setenta del siglo pasado con la revolución post-industrial, y encuentra su punto de ebullición dos décadas después con la revolución informática, para culminar con el modelo fordista. "Durante este periodo, la empresa estadounidense se convierte en gran empresa, dedicándose no sólo a su negocio principal, sino también a actividades satelitales que, aunque no son esenciales, sí son necesarias. Y es el modelo post-fordista el que, de acuerdo a Raffaele De Luca Tamajo, posibilita la flexibilización laboral, transformando los cimientos del entonces tradicional derecho laboral"¹⁹.

b) Por otro lado, se encuentra la posición que sostiene que en Italia la economía informal es la creadora de la especialización flexible, antecedente de la

¹⁹ De Luca Tamajo, Raffaele, "Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti", *Rivista Italiana de Diritto del Lavoro*, Roma, núm. 1, 2007, p. 3., p. 35.

Tercerización “*outsourcing*”; en efecto, surgió a propósito de la informalidad del sector agrario en su paso a la economía agroindustrial, donde la pequeña empresa agraria necesitaba de servicios especializados del sector informal (por tener menor costo de servicios) y de donde nace la entonces incipiente figura de la Tercerización “*outsourcing*”

De estas dos tesis que explican la aparición de la Tercerización “*outsourcing*”: la economía de gran escala y la economía informal, es, sin embargo, la primera de ellas la que ha recibido mayor aceptación por parte de la doctrina.

3.2. Ubicación conceptual del contrato

El contrato de Tercerización “*outsourcing*” no constituye una institución del derecho laboral, como tampoco lo es del derecho civil, pues se ubica en el derecho comercial, específicamente en el ámbito contractual. “Francesco Messineo diferencia entre las obligaciones *do ut des* (de dar), *do ut facias* (de hacer) y *facio ut facias* (mixtas)”²⁰, y Pablo Salvador Coderch indica que “la teoría general de los contratos permite la creación de nuevos tipos contractuales, los cuales en ocasiones gozan de un alto grado de desarrollo en su tipicidad económica y social sin haber alcanzado la tipicidad legal”²¹. Ambas referencias doctrinarias, en cuanto al contrato de *outsourcing*, permitirían arribar a dos conclusiones: primera, que dicho contrato podría contener obligaciones tanto de dar como de hacer; y, segunda, que se trataría de un contrato, aunque nominado, atípico.

²⁰ Messineo, Francesco, **Doctrina general del contrato**, 3a. ed., Milán, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, p

²¹ Salvador Coderch, Pablo et al., **Autonomía privada, fraude a la ley e interpretación de los negocios jurídicos**, Barcelona, InDret, 2004, p. 5. 35..

Un criterio bastante extendido en materia contractual es la distinción entre los contratos civiles y mercantiles. Siguiendo a Joaquín Garrigues, sostiene que esta distinción ha girado fundamentalmente en torno a los actores, el escenario y la finalidad; así, en el contrato mercantil interviene cuando menos un comerciante (actor), se da en el ámbito empresarial (escenario) y apunta hacia el comercio (finalidad). Agrega el mismo autor que "los contratos mercantiles se distinguen por las notas de rapidez y del rigor que exige ausencia de formalismo"²². En tal orden de ideas, el contrato de outsourcing califica como un contrato mercantil. No obstante, el criterio de la distinción entre contratos civiles y mercantiles sólo perdura actualmente con fines didácticos, pues desde el Código Civil italiano de 1942 se inició la tendencia hacia la unificación de las obligaciones. Por ello se prefiere aludir actualmente a los contratos empresariales como aquellos que son de utilización frecuente por las empresas en su actuación en el mercado, situación claramente apreciable con el contrato de Tercerización "*outsourcing*".

Sin perjuicio de la naturaleza jurídica de este contrato y de las diferencias que ostenta respecto al mandato, la locación de obra, la locación de servicios y la subcontratación, todo lo cual se desarrolla más adelante, se afirma que el contrato de outsourcing es un contrato mercantil (en el criterio tradicional) y un contrato empresarial (en el criterio moderno) que constituye una herramienta de gestión de negocios.

²² Garrigues, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, 7a. ed., Bogotá, Temis, 1987, t. IV, p. 13.

3.3. Aspectos generales.

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

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

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

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

En 1998, “La Tercerización “*outsourcing*” alcanzó una cifra de negocio a nivel mundial de cien mil millones de dólares. De acuerdo con estudios recientes, esta cantidad se disparará hasta 282 mil millones de dólares”.²³

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

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

Todo esto permite a la empresa enfocarse ampliamente en asuntos empresariales, tener acceso a capacidades y materiales de clase mundial, acelerar los beneficios de la reingeniería, compartir riesgos y destinar recursos para otros propósitos”.²⁴

²³ Vázquez Arminio, Fernando. **Derecho mercantil, fundamentos e historia**. Pág. 40.

²⁴ **Ibid.**



3.4. Denominación del contrato

Suele utilizarse el nomen juris anglicano outsourcing para referirse a este contrato que los italianos conocen como decentralizzazione della produzione, esternalizzazione di business o terzarizzazione, y que en los países francófonos se refiere como externalisation d'activités. Aquí la denominación no es un tópico que pueda soslayarse fácilmente, porque la misma, en su amplísima traducción, ha generado la confusión del concepto originalmente estadounidense y su tergiversación, especialmente en el derecho continental, con términos como tercerización y subcontratación. Añádase a lo anterior que el derecho laboral internacional abordó el tema de la externalización productiva u outsourcing en la 85o. Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), llevada a cabo en 1997, donde se adoptó el termino de subcontratación para delinear los derechos laborales del trabajador, confundiendo aún más el panorama de la figura contractual del outsourcing, llegando al extremo de dudarse doctrinariamente si es que el contrato de "outsourcing" es un contrato comercial o, como algunos consideran (aunque se trata de una minoría), un contrato laboral.

Si bien la tercerización implica la realización de trabajos fuera de la actividad principal, los trabajadores tienen una relación de subordinación con la empresa contratante, lo que no sucede en el "outsourcing" por la desvinculación laboral, pues es un contrato que únicamente exige resultados, eliminando toda relación de subordinación, y quedando sólo un régimen de supervisión de dichos resultados, mas no de la actividad que realiza el outsourcer.

3.5. Definición

La Tercerización "*outsourcing*" ha sido definido de varias maneras. Se pueden mencionar:

- a) Es cuando una organización transfiere la propiedad de un proceso de negocio a un proveedor. La clave de esta definición es el aspecto de la transferencia de control.
- b) Es el uso de recursos exteriores a la empresa para realizar actividades tradicionalmente ejecutadas por personal y recursos internos. Es una estrategia de administración por medio de la cual una empresa delega la ejecución de ciertas actividades a empresas altamente especializadas.
- c) Es contratar y delegar a largo plazo uno o más procesos no críticos para un negocio, a un proveedor más especializado para conseguir una mayor efectividad que permita orientar los mejores esfuerzos de una compañía a las necesidades neurálgicas para el cumplimiento de una misión.
- d) Acción de recurrir a una agencia externa para operar una función que anteriormente se realizaba dentro de la compañía.
- e) Es el método mediante el cual las empresas desprenden alguna actividad, que no forme parte de sus habilidades principales, a un tercero especializado. Por habilidades principales o centrales se entiende todas aquellas actividades que



forman el negocio central de la empresa y en las que se tienen ventajas competitivas con respecto a la competencia.

- f) Consiste básicamente en la contratación externa de recursos anexos, mientras la organización se dedica exclusivamente a la razón o actividad básica de su negocio.
- g) Productos y servicios ofrecidos a una empresa por suplidores independientes de cualquier parte del mundo.
- h) la Tercerización "*outsourcing*" es más que un contrato de personas o activos, es un contrato para resultados.
- i) Contrato en virtud del cual una de las partes, el *outsourcer*, se encarga de la gestión de los sistemas informáticos de la empresa cliente, adaptándolos a sus necesidades a cambio de un precio.
- j) La Tercerización "*outsourcing*" es una tendencia actual que ha formado parte importante en las decisiones administrativas de los últimos años en todas las empresas a nivel mundial.

En ese contexto, es meritoria la Circular de la Comisión Federal de Bancos (de Suiza) sobre la *externalisation d'activités*, donde define al *outsourcing* en los siguientes términos: "una empresa practica un *outsourcing* (externalización de actividades) en el sentido de la presente circular, cuando encarga a otra empresa (delegataria) asegurar,

de manera independiente y duradera, una prestación de servicios esencial para la actividad de la empresa"²⁵.

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

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

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

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

²⁵ Circulaire de la Commission Fédérale des Banques: *Externalisation d'Activités (outsourcing)*, de fecha 26-8-1999 y modificada el 22-8-2002.



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

Es preciso aclarar que outsourcing es diferente de relaciones de negocios y contratación, ya que en éstas últimas el contratista es propietario del proceso y lo controla, es decir, le dice al suplidor qué y cómo quiere que se desempeñen y se fabriquen los productos o servicios comprados por lo que el suplidor no puede variar las instrucciones en ninguna forma. En el caso de "outsourcing el comprador transfiere la propiedad al suplidor, es decir, no instruye al mismo en como desempeñar una tarea sino que se enfoca en la comunicación de qué resultados quiere y le deja al suplidor el proceso de obtenerlos".²⁶

3.6 Naturaleza jurídica del contrato de "outsourcing"

El avance en los servicios del comercio y de la industria supone una variación de las formas jurídicas tradicionales que se está dando en la práctica con la adopción de mecanismos y contratos, sobre todo en el derecho mercantil, que requieren de un extenso estudio, análisis social, económico, y jurídico para medir el impacto de tales institutos sobre la economía guatemalteca, sobre la tradición jurídica y sobre los derechos de las personas trabajadoras, que pudieran resultar dañados si existe una ilimitada autonomía de la voluntad sin que exista regulación del

²⁶ Ramirez Valenzuela. Ob. Cit. Pág. 390.

Estado, a pesar de tales postulados es evidente la creciente tendencia de los ejecutivos de hoy en día quienes enfrentan a una gran cantidad de cambios y tendencias sin precedentes.

“Estos cambios incluyen la necesidad de ser globales, la necesidad de crecer sin usar más capital, la necesidad de responder a las amenazas y oportunidades de la economía, el envejecimiento de la fuerza laboral, la reducción de costos y batallar por el pensar del consumidor.”²⁷

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

A continuación se desarrollaran aspectos importantes como algunas definiciones de outsourcing, tipos, razones por las cuales llevarlo a cabo, ventajas y desventajas del mismo así como las estrategias y riesgos involucrados en dicho proceso.

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

²⁷ Sánchez Bejarano, Manuel. **Obligaciones civiles**. Pág. 73.



- Actividades que hacen uso intensivo de recursos: Mediante esta técnica las compañías pueden entrar en un nuevo mercado sin la necesidad de incurrir inmediatamente en inversiones considerables de equipo. Algunas utilizan esta técnica buscando aumentar su eficiencia y reducir los costos.

- Actividades que usan servicios especializados: La subcontratación ofrece a las empresas gran flexibilidad en sus sistemas, ya que pueden contar con el apoyo de un tercero especializado que pueda adaptarse mejor a los cambios del mercado.

- Actividades relativamente independientes: Una forma de identificar actividades que no formen parte de las habilidades centrales de una empresa, es observar aquellas tareas que tienen una relativa independencia con respecto a las demás funciones de la compañía. Respecto a las actividades que no se deben subcontratar están: la administración de la planeación estratégica, la tesorería, el control de proveedores, administración de calidad y la supervisión de la satisfacción del cliente y de reglamentos como: responsabilidad del producto, calidad, regulaciones ambientales, higiene, seguridad del personal y seguridad pública.

- Seleccionar al proveedor: Se pueden mencionar ciertos pasos a llevar a cabo en la selección de un proveedor, como por ejemplo:
 - Analizar la relación costo / beneficio.



Si se obtiene un resultado positivo, es decir que el proveedor puede realizar a un costo menor y con igual o mayor calidad dicha actividad, quiere decir que la empresa ha logrado identificar una actividad que no forma parte de sus habilidades principales.

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

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

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

Seleccionar cuidadosamente a los proveedores.

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

Por más atractivo y beneficioso que pueda parecer, no se debe olvidar que la subcontratación es delicada, se están colocando actividades importantes para la empresa en manos de terceros que pueden perjudicar los intereses de la

compañía si no se ajustan a sus necesidades. Es por esto, "que uno de los puntos básicos al buscar subcontratar es el contar con un contrato por escrito, que sea claro en establecer todos los puntos necesarios para que el tercero cumpla con la entrega del producto y/o servicio así como con las características requeridas por la empresa. Una vez escogido el proveedor adecuado para la desintegración, la empresa debe establecer las metas y los costos del proyecto de subcontratación".²⁸

3.7 Características.

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

²⁸ Aunque este es un aspecto más relacionado con las necesidades de las empresas es conveniente que los juristas comprendan los conceptos relativos a esta temática con el fin de brindar mejor soporte en caso de intervenir en estas modalidades contractuales

3.7.1. Relativas al contrato entre las partes.

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

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

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

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

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

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



3.7.2. Relativas a la empresa de tercerización "Outsourcing"

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

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

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

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

3.7.3 Es un contrato nominado.

Su nomen juris más utilizado es "contrato de outsourcing", aunque en Italia también se le denomina "de centralizzazione della produzione" (descentralización de la producción), "esternalizzazione di business" (externalización del negocio) y "terzarizzazione" (tercerización); en los países francófonos, "externalisation d'activités" (externalización de actividades); y en la Unión Europea, "externalización de la producción".



3.7.4 Es un contrato atípico.

Actualmente no está regulado legislativamente en Guatemala.

3.7.5 Es un contrato de organización.

Supone la redefinición de la estructura organizativa de la empresa cliente.

3.7.6 Es un contrato de duración.

Las prestaciones se extienden en el tiempo (tracto sucesivo) para la realización de las actividades delegadas.

3.7.7 Es un contrato de resultados.

El outsourcer suele estar obligado a conseguir los resultados que inicialmente planteó la empresa cliente (como metas cuantificables en el mercado).

3.7.8 Es un contrato principal.

Goza de autonomía y está acompañado, más bien, de otros contratos, que son accesorios a él, como licencia de uso de marca o know-how.



3.7.9 Es un contrato consensual.

Al ser atípico, no existe solemnidad alguna para su celebración, siendo suficiente el acuerdo de voluntades de las partes contratantes.

3.7.10 Es un contrato con prestaciones recíprocas.

La empresa cliente y el outsourcer deben cumplir las respectivas prestaciones que se deben mutuamente.

3.7.11 Es un contrato oneroso.

El outsourcer será retribuido por la actividad que realiza.

3.7.12 Es un contrato de vinculación.

La vinculación ocurre en el escenario económico y/o empresarial, puesto que —en términos simples— tanto la empresa cliente como el outsourcer apuntan a la realización de un mismo negocio con la división y consecuente especialización de tareas, pero si no existe dicha vinculación no perjudica la autonomía jurídica de los contratantes (quienes conservan su denominación, objeto, titular o titulares, plantel de trabajadores, derechos y obligaciones contraídas, etcétera) y es que aunque el outsourcer está obligado a entregar resultados, tiene pleno poder de dirección sobre aquella parte del negocio que le ha sido delegada.

Adquiere un compromiso muy importante con la organización que la contrata, puesto que de ella dependerá que se proporcione un adecuado nivel de servicio. El servicio prestado debe ser suficientemente flexible como para adaptarse a cambios de negocio, organizativos o funcionales en la organización, así como al entorno tecnológico.

3.8. Objetivos de la tercerización “outsourcing”.

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

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

3.9. La tercerización y el ambiente jurídico

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



Una empresa de seguridad (le daremos el nombre ficticio de Águila) que brinda tal servicio a una empresa que distribuye vehículos (a la cual le llamaremos Autos de Primera). La empresa de Águila asigna a un agente de seguridad a la empresa Autos de Primera, en la cual por las condiciones de la empresa necesitan a una persona en el puesto que tenga ciertos conocimientos de mecánica general y conocimientos de computación, el agente más idóneo para el puesto es asignado.

Por problemas de carácter personal no se lleva bien con los trabajadores de Autos de Primera. Autos de Primera no puede despedirlo por ser empleado de Águila. Autos de Primera no puede desligarse del contrato con Águila por ser el contrato de un plazo definido.

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

3.10. Beneficios del Contrato de Tercerización “outsourcing”

Los beneficios que se obtienen con la celebración del contrato de outsourcing no son meramente jurídicos porque, al insertarse en la estructura organizativa del negocio, aquellos serán también de carácter económico. En este orden de ideas se pueden mencionar los siguientes beneficios como ejemplos:

3.10.1. Focalización al core business.

“Es, sin duda, el beneficio más notable del contrato de outsourcing porque, al transferirse un proyecto o una actividad productiva o de servicios, la empresa cliente puede dedicarse sin mayores preocupaciones a su core business, lo cual conlleva, a su vez, a otros beneficios como mayor rentabilidad, mejor calidad en el servicio, especialización de habilidades y adquisición de nuevas tecnologías o conocimientos, entre otros”²⁹.

3.10.2. El core business de golden temple

La empresa de alimentación estadounidense Golden Temple ha firmado un contrato con el proveedor de servicios de gestión outsourcing para ERP OneNeck para hospedar y gestionar sus sistemas de gestión Oracle E-Business Suite en entorno Microsoft Exchange. La externalización de las tareas de gestión de la infraestructura IT permitirá a la empresa centrarse en nuevas estrategias para mejorar el servicio al cliente.

3.10.3. Delegación de facultades.

El outsourcer prestará servicios especializados para la realización de determinadas actividades, las que por ello mismo supondrán mayor rentabilidad y mejor calidad en el servicio.

²⁹ Ross Schneider, Ben, “El core business del outsourcing”, Comercio & Producción, Lima, núm. 2316, octubre del 2004, pp. 16-18.

HP y Morgan Stanley firman un acuerdo de tercerización “outsourcing”

Morgan Stanley y HP han anunciado la firma de un acuerdo IT según el cual Hewlett-Packard gestionará las infraestructuras de IT de la entidad financiera, en España, durante los próximos cinco años. El acuerdo incluye la gestión, por parte de HP, de los centros de datos, los sistemas, las comunicaciones y los puestos de usuario de Morgan Stanley, la planificación e implantación de distintos proyectos de transformación y de un modelo de gobierno (oficina de gestión), así como la transferencia a HP de 18 personas que hasta ahora formaban parte de la entidad financiera.

3.10.4. Transferencia del riesgo

Con la delegación, la empresa cliente también transfiere el riesgo al outsourcer, quien asumirá el costo que conllevaría la pérdida del negocio.

3.10.5. Reducción de costos

Los costos de la empresa cliente se reducen precisamente por la transferencia del riesgo al outsourcer, al haber dejado en manos del experto aquella parte del negocio que no forma parte de su core business. Es ilustrativo aquí el caso de la empresa British Petroleum Exploration que, en 1991, logró reducir sus costos de 360 millones de dólares a 110 millones de dólares, siendo la petrolera con menores costos de producción en el mercado mundial, y ello gracias a la celebración de un contrato de tercerización “outsourcing”.

La reducción de costos con el outsourcing farmacéutico

Compañías de la industria farmacéutica continúan sus intentos para reducir costos y mejorar su eficiencia a través del outsourcing de varios procesos y servicios; ellas continúan incrementando nuevas áreas, especialmente la administración del área de fármaco vigilancia e historias clínicas.

Quien fuera, tal vez, la primera que inició este nuevo outsourcing en la industria fue el contrato celebrado entre Bristol-Myers Squibb y Accenture..., donde el trabajo está siendo realizado en India.

3.10.6. Estabilidad en el precio

En tanto la empresa cliente ya no asume por sí misma la elaboración del producto o la prestación del servicio, cuenta con un precio invariable, acordado en el contrato de outsourcing con el outsourcer.

3.10.7. Maximización del capital

Al reducirse los costos y estabilizarse el precio, la empresa cliente maximiza su capital al tener la posibilidad de destinar a éste los mayores beneficios económicos obtenidos en el negocio.

3.10.8. Diversificación.

Desde la aparición del contrato de outsourcing, éste se ha diversificado por diferentes mercados (uno de los más desarrollados es la India) y áreas (particularmente, la informática), existiendo actualmente diferentes modalidades que seguidamente sólo se mencionan: el business process outsourcing, el application service provider, el cosourcing, el nearshoring, el offshoring, el service level agreement, los shared services y el knowledge process tercerización (outsourcing).

Aumenta el outsourcing en Europa occidental

Según un estudio de IDC, el mercado de servicios de outsourcing de sistemas de información en Europa occidental alcanzó los 32.700 millones de dólares en el 2006, lo que supone un incremento del 7,5%. Esta tendencia continuará hasta el 2011, aunque la madurez del mercado y las dinámicas cambiantes influenciarán las estrategias de salida de mercado y outsourcing de las empresas...

Por otra parte, hay mucho debate acerca del outsourcing con muchas empresas y su aumento a medida que el año avanza. Según IDC la estrategia Multisourcing y el ahorro de costes a través del Offshoring se seguirán manteniendo, pero el impacto de estas prácticas y su verdadero coste están comenzando a salir a la luz.



China seguirá liderando la tercerización “outsourcing” en el 2011

En los próximos años, la industria mundial de la electrónica aumentará la carga de trabajo que deja en manos de otras empresas (“outsourcing” o externalización), especialmente en las de la India, quien registrará la tasa de crecimiento más rápida en el mercado, aunque no llegará a alcanzar las cifras de China, que se mantendrá como líder del sector.

Actualmente, cerca de diez firmas especialistas de externalización de electrónica (entre ellas la taiwanesa Hon Hai, Flextronics en Singapur, las estadounidenses Sanmina-SCI y Solectron, así como la finlandesa Elcoteq) hacen la mayor parte del trabajo de grandes grupos como Hewlett Packard, Cisco, Nokia y Sony. Éstos, por su parte, venden al consumidor final productos con su marca, si bien en la mayoría de los casos no colaboran con su producción física.

CAPÍTULO IV

4. El notario en el faccionamiento del contrato de tercerización “*Outsourcing*”

El “*Outsourcing*” es un medio, una herramienta, no una persona. Es importante entonces fijarle frontera dentro de los límites de lo posible, en principio muchas veces violado en el afán del proveedor de amarrar el negocio y del cliente de solucionar sus problemas operativos con una varita mágica. El amplio historial del “*Outsourcing*” bien explotado. Ayuda a mantener las expectativas de ambas partes firmemente ancladas dentro de lo realizable. Existe ya una base de conocimientos producto de las experiencias de la industria en los últimos designios. Que permite establecer claramente las posibilidades de éxito de una transacción de “*Outsourcing*” basada en las condiciones actuales tanto del cliente como el del proveedor. Este debe ser el parámetro que fije las expectativas de ambos lados al entrar en una relación de “*Outsourcing*”.

En muchas coacciones el proveedor tiende a ser explícitamente vago sobre la cartera de servicios incluidos en el costo básico de una transacción de “*Outsourcing*”. Más aún, esta vaguedad es muchas veces utilizada exitosamente como estrategia de penetración del cliente: se gana al cliente con precios artificialmente bajos para luego sacar la carta secreta del engorde del negocio a futuro: una vez firmado el contrato y concluida la transferencia de operaciones al proveedor comienza la letanía de excepciones o servicios no incluidos, que originan innumerables cargos adicionales para evitar este mal casi endémico es sumamente importante la definición clara y precisa de todos los servicios incluidos una transacción de “*Outsourcing*” a mayor precisión a priori,

menores sorpresas a posteriori. Cuando son garantía de actitud de una relación de negocios pudiendo afectar peligrosamente operaciones críticas del cliente. En este rubro entran los criterios mínimos de localidad de los servicios prestados como parte de la transacción de Outsourcing entre las partes.

4.1. Puntos básicos para lograr un “outsourcing” exitoso.

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

4.2. Aspectos legales de la tercerización “Outsourcing”

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

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

- a) ¿Conviene, por razones de confidencialidad durante las negociaciones, redactar un acuerdo independiente de no revelación con cada uno de los proveedores potenciales? Aquí aunque el análisis es del empresario o propietario de la empresa respecto de las implicaciones que para él tenga elaborar un documento de esta naturaleza éste debe contar, por razones éticas, con el compromiso del

notario u asesor de procurar que en este aspecto se guarde la confidencialidad necesaria.

- b) Definir qué sistemas y/o servicios van a subcontratarse. Este aspecto corresponde eminentemente al propietario u empresario sin embargo el notario u asesor jurídico deberá establecer para cada caso, dependiendo la naturaleza de los mismos, contratos especiales que protejan a las partes contratantes.
- c) Confirmar la viabilidad financiera del proveedor, ¿requerida el cliente una garantía de desempeño o específicas sobre la cobertura del seguro del proveedor o una indemnización por parte de la matriz del proveedor? Dadas las actuales circunstancias del país, que incluyen la fuga de capitales financieros, escándalos de intermediación financiera, y declaraciones de quiebra, el asesor jurídico debería establecer algunos de esos parámetros para aportar al cliente. En todo caso esta asesoría requiere del abogado una mejor preparación en temas económicos, contables y en contratos de seguro.
- d) ¿Quién iniciará la elaboración del contrato, el proveedor o el cliente?
Normalmente en este caso el abogado y notario debería ser la persona idónea y capacitada para la redacción de este tipo de documentos, aunque en el giro mercantil la existencia de minutas estandarizadas limita la participación del abogado y notario en este campo.

e) Alguna clase de recursos que deberán utilizarse en la elaboración y/o la negociación

Por ejemplo:

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

f) Decidir la fecha de inicio para el contrato.

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

h)Cuál será la duración del contrato

4.2.1 Definir terminología

- a) Definir los términos apropiados para este acuerdo particular de tercerización "*outsourcing*". Por ejemplo: los servicios y el nivel de servicios.
- b) Se han identificado y cuantificado las actividades claves
- c) Identificar los establecimientos donde se realizan los servicios.
- d) Identificar los equipos que usaran para proveer los servicios.
- e) identificar el software que utilizará para los servicios para ver si se va a subcontratar la tecnología informática.

4.2.2 Estructura del contrato

- a) Sería apropiado integrar en el contrato documentos de invitación a licitación y respuesta a licitación.
- b) La existencia de un solo contrato será más pertinente para en negocio jurídico
- c) Lo último podría ser una forma práctica para estructurarse el contrato si puede dividirse en etapas definidas, como outsourcing de servicios operativos seguidos por el desarrollo de nuevos servicios, o si formará parte de los acuerdos una transferencia de activos.
- d) Forma parte del arreglo de outsourcing todos los miembros del personal actual del cliente
- e) ¿Se aplica la reglamentación sobre transferencia de empresas (protección del empleo)? En Guatemala la protección es aplicable tomando en cuenta las garantías laborales contenidas en el Código de Trabajo.
- f) ¿Cuál es el grado de indemnización de cada parte en caso de demandas relacionadas sobre cuestiones de empleo? En este caso la sustitución patronal, de acuerdo a la legislación guatemalteca, debe aplicarse. Para el efecto los asesores jurídicos, en la fase de la elaboración contractual, deberán contemplar tales aspectos.



g) ¿De dónde realizará el contrato, en las instalaciones del proveedor o del cliente?

De acuerdo a la práctica por regla general en Guatemala la contratación se da en las instalaciones o sedes de la empresa que requiere el servicio. En algunos casos cuando se trata de empresas o corporaciones de grandes capitales las negociaciones se dan en continuas y compartidos intercambios de opiniones entre equipos de asesores de las empresas contratantes. Incluso esta modalidad de outsourcing es que el que aplican las Instituciones del Estado, regulado y reglamentado por la Ley de Contrataciones del Estado, que a través de procesos de cotización y licitación le traslada empresas privadas la ejecución de obras, mantenimiento de proyecto, elaboración de estudios, ejecución de programas, suministro de bienes y servicios etc., en el Estado son los abogados que forman parte de las asesorías jurídicas de las instituciones los encargados de la elaboración de los contratos correspondientes observando para el efecto la ley de la materia, las peculiaridades de la contratación con el Estado, los mecanismos de solución de conflictos provistos por la propia Ley y los usos y costumbres en materia administrativa pública.

h) Se vendería o se rentaría al proveedor instalaciones que requieran un contrato distinto por propiedades

i) ¿Debe negociarse una venta, un contrato de arrendamiento o una licencia de ocupación? En este aspecto la asesoría del abogado puede contribuir a que el cliente tome una mejor decisión sobre el particular.



- j) ¿Es responsable el proveedor de proporcionar el equipo para el funcionamiento operativo de los servicios en sus propias instalaciones? En este tipo de contrataciones, de acuerdo a la práctica suele ocurrir que quien presta el servicio, es decir la empresa contratada, utiliza su propio equipo, herramientas, e instalaciones para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Sin embargo, en el uso de la autonomía de la voluntad, suele suceder que en servicios muy especializados se requiera de la presencia del contratista en las instalaciones del contratante, o bien que se requieran servicios especializados para lo cual se necesite maquinaria, herramienta u equipo determinado.
- k) ¿Va a utilizar el proveedor el equipo del cliente en las instalaciones del cliente? Esta respuesta dependerá de la naturaleza del contrato o del servicio requerido
- l) ¿Se transferirá equipo de las instalaciones del cliente a las del proveedor? Dependiendo si se pacto en el contrato o no
- m) ¿Es necesario un contrato separado para dirigir la transferencia de propiedad? Normalmente dentro de la contratación genérica se establecen estos puntos, aunque sí se tratan de aspectos específicos, puntuales o que por su naturaleza requieran nuevos contratos el asesor jurídico debería de sugerir el/los documentos más convenientes.
- n) Se requiere un avalúo formal



- o) ¿Quién será responsable del seguro? Tanto la parte contratante como la contratada
- p) ¿Quién será responsable de los arreglos y pagos de mantenimiento? El contratado para el servicio en el plazo y tiempo estipulado
- q) Se podría requerir un contrato separado para el mantenimiento
- r) ¿Estará el proveedor utilizando Software para que lo utilice el proveedor en el outsourcing? Si lo otorga el cliente tiene que proporcionar la licencia de su propio software para que lo utilice el proveedor en el outsourcing

4.2.3 Termino de cargo y pago

- a) Se tendría que calcular los cargos por el servicio.
- b) Pueden producirse volúmenes y controlarse con suficiente exactitud para que sea viable un cargo fijo
- c) Se harán los cargos por tiempo y materiales
- d) En la contabilidad de "libros abiertos" una opción, costos del proveedor mas utilidad acordada
- e) Los cargos relacionados directamente con el desempeño en el nivel de servicio



- f) Especificar cuáles son los cargos a incluir y excluir y se cargan por separados los gastos
- g) Habrá un sistema de descuento por incumplimiento de los niveles de servicio que no estén dentro de los criterios acordados
- h) Habrá limitaciones en variaciones en los niveles por cargos a pagar
- i) Habrá trabajo de desarrollo el cual tendrá que encargarse el contratado
- j) Los cargos permiten cambios en los servicios a disposición del cliente
- k) Con frecuencia se revisarán los cambios, evoluciones y entregas.
- l) Se tendrá que fijar los métodos de pagos.
- m) Identificar las responsabilidades del proveedor:
Por ejemplo:
- Auxiliar en la evaluación de los niveles de servicio.
 - Cumplir los niveles de servicios.
 - Nombrar un representante.
 - Revisar regularmente los arreglos del outsourcing.



- Cumplir las normas del cliente en materia de higiene y seguridad.
- Identificar la responsabilidad del cliente.

Seguridad:

Es necesaria la confidencialidad en el desempeño de los contratos como parte de los arreglos del outsourcing, se están procesando electrónicamente datos personales de personas vivas que puedan identificarse. “Esta preparado el proveedor para dar una garantía de cumplimiento de protección de datos”³⁰

4.3. Tipicidad legislativa del contrato

Al igual que tantos otros contratos empresariales (como el franchising, el underwriting y el swap), el outsourcing no se encuentra regulado en la mayoría de las legislaciones, siendo pues un contrato atípico. Esta atipicidad conlleva a que, en la materia, existan más preguntas que respuestas, siendo algunas de aquellas las siguientes: ¿qué sucederá si el outsourcer revela el know-how de la empresa cliente?, ¿será responsable el outsourcer si alguno de sus trabajadores emprende un negocio similar al efectuado por la empresa cliente, aprovechándose del know-how de ésta?, ¿qué plazo de preaviso habrá que considerar para renovar el contrato de outsourcing si es que no se pactó al respecto? y ¿cómo podrá promoverse entre las empresas multinacionales el offshoring? Por eso como ya he expuesto, la necesidad de regular en un marco legal general para los contratos empresariales (entre ellos es “outsourcing”) que recoja su estructura básica

³⁰ Sánchez Bejarano, Manuel. *Obligaciones civiles*. Pág. 83.



sin perjuicio que se complementen mediante el acuerdo de voluntades de las partes contratantes, plasmado en el propio contrato.

4.4. El contrato en la legislación extranjera

India tiene la mayor cantidad de empresas dedicadas al "outsourcing", pues muchas compañías estadounidenses y británicas han delegado actividades como call center, telemarketing, soporte técnico, administración de datos, software, e-learning, animación, arquitectura, atención en salud y servicios financieros; no obstante lo anterior, India carece de una ley específica que regule al contrato de outsourcing, rigiéndose entonces por sus normas de derecho internacional privado, cuyo principio fundamental señala: "Proper law is the law which the parties have expressly or impliedly chosen, or which is imputed to them by reason of its closest and most real connection". La jurisprudencia Hindú complementa la laguna del derecho, considerando que las partes pueden someterse tanto a las normas del derecho hindú como al derecho del territorio que ellos crean conveniente, y que, a falta de pacto, se regirán por las leyes hindúes.

Italia, Estados Unidos y la mayoría de países latinoamericanos (como Perú y México) han avocado sus esfuerzos a regular los beneficios laborales de los trabajadores del outsourcer, a propósito del interés en este tema de la OIT, mas no regulan propiamente al contrato de outsourcing en el ámbito empresarial.

Suiza sí es un ejemplo digno de resaltar en la materia examinada porque regula al contrato de outsourcing mediante la Circular de la Comisión Federal de Bancos sobre la externalisation d'activités (de 1999) y, aunque meritoria, es sectorial pues se restringe al ámbito bancario. En ella se legisla la definición de outsourcing, la aplicación territorial para el caso de los grupos de empresas y sus sucursales en Suiza, las actividades que pueden delegarse, las medidas de previsión, la responsabilidad del outsourcer frente a la entidad financiera, la supervisión estatal, la seguridad en el encargo de la tecnología, el secreto profesional y la información de los clientes.

Respecto a la forma del contrato, la mencionada circular determina que debe ser celebrado por escrito, y que, en sus cláusulas, será obligatorio citar las condiciones que están contempladas en la referida circular. En su anexo se enumeran las actividades que estarán supervisadas por la comisión federal de Suiza, tales como el comercio y la administración de valores, el control del tráfico de pagos y billetes, los sistemas de tecnologías de información, la gestión de riesgos, la administración de base de datos y contabilidad, los recursos humanos, la logística, el funcionamiento de tarjetas de crédito, el control de cartera y la consejería jurídica y fiscal.

4.4.1. Modelo de regularización legal del contrato

Artículo 1. Alcances El contrato de outsourcing es aquel acuerdo de voluntades mediante el cual una empresa cliente encarga al outsourcer la prestación de servicios



especializados, en forma autónoma y duradera, que le permitirán la realización de su actividad principal.

Artículo 2. Requisitos El contrato de outsourcing constará en escritura pública y expresará cuando menos, bajo sanción de nulidad:

1. La denominación del outsourcer, indicando el número de su documento oficial de identidad.
2. La denominación de la empresa cliente, indicando el número de su documento oficial de identidad y su objeto.
3. El plazo del contrato y la fecha de entrada en vigencia.
4. La actividad que realizará el outsourcer durante la vigencia del contrato, indicando las **tareas específicas**
5. Las responsabilidades asumidas por el outsourcer, así como los plazos en los que se deberá cumplir las tareas específicas.
6. El conocimiento que la empresa cliente está transfiriendo al outsourcer, incluyendo de ser el caso la cláusula de confidencialidad.
7. Los bienes de la empresa cliente que el outsourcer necesitará para la realización de su actividad.
8. Las condiciones en que el outsourcer brindará capacitación a los trabajadores de la empresa cliente, de ser el caso.



9. Los trabajadores de la empresa cliente que se van a delegar al outsourcer. Podrá contener, además, los pactos lícitos que las partes contratantes estimen convenientes y que coadyuven a la ejecución del contrato de outsourcing

Artículo 3. Deber de información. El outsourcer deberá informar periódicamente, según lo pactado, a la empresa cliente de las tareas realizadas en ejecución del contrato de outsourcing.

Artículo 4. Protección del Know-How. El outsourcer deberá mantener en reserva el know-how de la empresa cliente durante la ejecución del contrato de outsourcing y posteriormente a su extinción, de manera indefinida. La inobservancia de esta obligación conllevará una indemnización por daños y perjuicios a favor de la empresa cliente.

Artículo 5. Deber de cautela El outsourcer deberá adoptar las medidas de seguridad necesarias para evitar que alguno de sus trabajadores emprenda un negocio similar al efectuado por la empresa cliente, aprovechándose del know-how de ésta. En todo caso, el daño causado por el trabajador del outsourcer origina la responsabilidad solidaria pasiva de dicho trabajador y del outsourcer frente a la empresa cliente.

Artículo 6. Plazo para la renovación Salvo pacto en contrario, el plazo de preaviso para renovar el contrato de outsourcing es de 30 días

4.5. Gestiones previas a la tercerización “outsourcing”

- a. Manifestación que existe la voluntad de contratar.
- b. Evaluación por parte de la empresa que desea contratar el servicio de “Outsourcing” de algunos aspectos esenciales tales como:
 - Haber determinado detenidamente que áreas desea subcontratar; entre las cuales podrían ser: los sistemas financieros y contables, las actividades de mercadotecnia, recursos humanos, de los sistemas administrativos, otras actividades secundarias como la vigilancia, limpieza, abastecimiento de papelería, administración de comedores, etc.
 - Haber realizado los cálculos financieros de la rentabilidad que le producirá la subcontratación de servicios;
 - Determinar si la prestación de servicio se necesita dentro de la empresa o fuera de la empresa;
 - Determinar si el equipo que utilizará el personal subcontratado será puesto por el outsourcer o bien se utilizará el equipo de la empresa cliente;
 - Dependiendo del servicio a subcontratar, evaluar y definir el horario al cual deba adaptarse el personal subcontratado.



- Negociación de los honorarios con la empresa que presta el servicio.
- Definir entre ambas partes las demás cláusulas que darán vida al contrato de Outsourcing.

4.6 Gestiones Posteriores a la tercerización “outsourcing”

- a. Una vez definidas las condiciones contractuales en objeto, plazo, condiciones económicas, resolución de conflictos, etc., se procede a la firma del contrato por ambas partes.
- b. Ya que el contrato ha sido debidamente firmado por ambas partes, el mismo deberá legalizarse ante notario. Este tipo de contrato no es necesario sea tan formal como para transcribirse en documento público, basta con realizarse en documento privado.
- c. Ambas partes deberán dar cumplimiento al contrato de acuerdo a las cláusulas establecidas en el mismo.

4.7. La necesaria participación del notario en la negociación

La participación del notario se inicia desde que el cliente plantea la necesidad de subcontratar personal en algunas áreas operativas o administrativas de la empresa; es ahí donde su papel fundamental es la asesoría en cuanto a dar a conocer las ventajas y desventajas que el contrato de “Outsourcing” ofrece, en este sentido, el notario deberá “poner las cartas sobre la mesa” para que el empresario decida de acuerdo a dichas



ventajas y desventajas si contrata o no a una empresa prestadora de servicios de "Outsourcing".

Una vez tomado la decisión de contratar el servicio de "Outsourcing", el notario deberá revisar detenidamente cada cláusula del contrato con el fin de asesorar al empresario si no existen cláusulas que puedan desfavorecerlo en determinado momento; así también asesorar a su cliente de incluir en el contrato aquellas condiciones que lo favorecerán en la relación mercantil como por ejemplo:

- Establecer en el contrato de tercerización "outsourcing" que de ninguna manera dicha relación representará un negocio en participación, Joint-venture o intermediación laboral.
- Establecer una cláusula de garantía en donde el Outsourcer garantiza a la empresa cliente, que tiene reguladas las relaciones laborales con su propio recurso humano, y que éste sabe que las actividades que se realizan serán en instalaciones de un tercero, con el objeto de que a la empresa cliente no se le atribuya ni esta asuma ninguna responsabilidad en cuanto temas laborales.
- Establecer una cláusula en donde las partes de mutuo acuerdo establezcan el derecho de repetición que tiene la empresa cliente contra el Outsourcer sobre aquellos reclamos que el recurso humano del Outsourcer pudiere realizarle en materia laboral y que éste haya sido condenado a satisfacer por medio de una orden de autoridad judicial competente.

- Establecer una cláusula de confidencialidad en caso que el personal del Outsourcer tenga acceso a información confidencial de la empresa cliente que sea necesaria para que se preste el servicio contratado.

- “Establecer una cláusula por medio de la cual la empresa cliente, no asuma frente al recurso humano del Outsourcer, ninguna obligación, facultad o derecho patronal, sino que toda comunicación que tenga que llevarse a cabo, se haga por escrito y directamente con la empresa, para dejar constancia que las comunicaciones, reclamos y demás asuntos se realizaron entre las partes que originalmente comparecieron en el contrato de tercerización (outsourcing)”³¹.

4.8. Fases del contrato

Las bases del contrato se basan en la metodología y es esencialmente la incorporación de buena práctica en la toma de decisiones gerenciales.

La decisión para subcontratar necesita estar sujeta a un proceso administrativo apropiado y no tomarse simplemente, como en el caso de muchas decisiones más, sobre bases financieras o técnicas. Lo que hace esta metodología es ayudar a planear, ayudar a fijar las expectativas, tanto dentro de la organización como en el exterior, e indica aquellas áreas donde la organización necesita conocimiento especializado.

³¹ Tesis “El Contrato de Outsourcing y sus posibles implicaciones legales de índole laboral, Montoya Bergara Paola, Universidad Rafael Landívar, Octubre de 2005.



4.8.1. Inicio

Identifica el alcance que se está considerando para el Outsourcing, establece los criterios y los factores para las decisiones iniciales. En esta fase participa el gerente general o algún miembro del consejo que esté patrocinando el estudio de factibilidad del proyecto. Se debe indicar si se examinan o no los beneficios estratégicos

4.8.2 Evaluación

Examina la factibilidad del "Outsourcing"; define el alcance y los límites del proyecto e informa en que grado el proyecto debe satisfacer los criterios establecidos. En esta fase participa por lo menos algún gerente de área (Finanzas, RRHH, etc.) que no se vea personalmente afectado por el resultado de la evaluación. Se debe entregar un estudio de factibilidad que contenga una decisión acerca de si se debe o no proceder a la etapa de planeación.

4.8.3 Planeación

Establece los criterios para la licitación, define con detalle los requisitos y prepara una lista breve de invitaciones para el concurso. Participa el área de compras conjuntamente con el departamento jurídico o abastecimiento de contratos. Se entrega un plan de proceso de licitación, incluyendo la documentación para la licitación, descripción de los servicios, borradores de acuerdo al nivel del servicio, y una estrategia para las negociaciones con los proveedores. En esta fase se debe decidir a quién se invita a concursar, bajo qué criterios y las medidas del desempeño.



4.8.4 Contratación

Selecciona a un contratista preferido como resultado de un proceso de licitación. Identifica a un proveedor de respaldo. En esta fase se pueden incluir asesores externos y participarán los contratistas y sus socios. Se entrega una invitación a concursar con acuerdos del nivel del servicio, los encabezados del acuerdo y el plan de transferencia del servicio a subcontratistas. Se decide la concesión del contrato, a quién, para qué servicio, durante cuánto tiempo, con criterios de medición.

4.8.5 Transición al nuevo servicio

Establece los procedimientos para la administración de la función subcontratada. Transfiere la responsabilidad formal de las operaciones, así como el personal y los activos que se hayan acordado. Participan el personal de recursos humanos, usuarios y personal del Outsourcer. Se debe entregar un plan de transición, documentación de los procedimientos de administración y revisión. Entrega de la responsabilidad formal al Outsourcer.

4.8.6 Administración y revisión

Una vez transferida la responsabilidad al Outsourcer, éste debe encargarse de la administración del servicio para lo cual debe mantener una supervisión eficaz sobre el personal subcontratado – operativo. En el caso de que los servicios sean totalmente calificados, debe entregar a la administración informes de acuerdo a como se haya establecido en el contrato ya sea de forma semanal, mensual, trimestral o anual.



Por parte de la empresa cliente, se debe revisar el contrato regularmente para ver si están cumpliéndose los niveles del servicio acordado y se planea las negociaciones para tomar en cuenta los cambios y requerimientos adicionales; así también se decide la continuidad del contrato.

4.8.7 Alcance económico

El objetivo del contrato de tercerización "*outsourcing*" es principalmente por el beneficio económico. Las empresas que contratan la tercerización "*outsourcing*" lo hacen con un fin primordial: "la reducción en los gastos de operación", esto debido a que la empresa realiza un pago único (mensual, trimestral o como lo hayan pactado) por los servicios que le brinda el Outsourcer ahorrándose regularmente prestaciones laborales, incrementos anuales de salarios, bonificaciones incentivos y demás prestaciones que la empresa pudiera pagar a un empleado que esté en nómina trabajando directamente en relación de dependencia.

Por otra parte, la empresa al prestar mas atención a las labores que son realmente del giro de la misma, obtiene una mayor eficiencia operativa debido a que puede disponer de personal altamente capacitado para funciones mas complejas y por ende proyectar a la compañía una mayor rentabilidad en el negocio. Así también, el contrato de tercerización "*outsourcing*" pretende que la producción de la empresa sea más eficaz y competitiva dentro del comercio y por ende lograr los fines comerciales que éstas se fijen.

4.9 Derechos y obligaciones de las partes

“Tiene que establecerse cuales van hacer los derechos y las obligaciones de las partes contratantes al requerir el servicio del notario al faccionar el instrumento público”³²

4.9.1. Derechos de la empresa cliente:

- a) Definir el objeto del Outsourcing
- b) Supervisar al Outsourcer
- c) Ejercer sus derechos de propiedad intelectual
- d) Exigir la exclusividad del Outsourcer
- e) Mantener la propiedad de los bienes trasladados al Outsourcer
- f) Exigir la confidencialidad de la información proporcionada al Outsourcer
- g) “Coordinar la estrategia del negocio sin que esto cree una relación de subordinación del outsourcer respecto a la empresa cliente”³³.
- h) Obtener los resultados en los términos pactados.

4.9.2. Obligaciones de la empresa cliente:

- a) Determinar los alcances de la delegación de la actividad que realizará el Outsourcer.
- b) Proporcionar la información necesaria al Outsourcer para el cumplimiento de su prestación.
- c) Supervisar el cumplimiento de la actividad en los plazos pactados.
- d) Retribuir al Outsourcer.
- e) Cumplir con las demás cláusulas pactadas en el contrato de Outsourcing.

³² Moreno Echaiz Daniel, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLI, núm. 122, mayo - agosto de 2008, Pág. 763-793*

³³ Drtina Ralph. “*Cuándo practicas Outsourcing*”, *Harvard Deusto Finanzas & Contabilidad, Bilbao num. 7, Septiembre - Octubre 1995, Pág. 6-13*

4.9.3. Derechos del Outsourcer

- a) "Gozar de autonomía jurídica"³⁴, económica y administrativa.
- b) No subordinarse a la dirección de la empresa cliente.
- c) Realizar negocios con otra empresa en tanto no viole el pacto de exclusividad.
- d) Recibir la información necesaria de la empresa cliente para el cumplimiento de su prestación.
- e) Ser retribuido.

4.9.4. Obligaciones del Outsourcer

- a) Contratar personal capacitado para la realización del "outsourcing".
- b) Respetar los derechos de propiedad intelectual de la empresa cliente.
- c) Mantener la exclusividad a favor de la empresa cliente.
- d) Responsabilizarse por la pérdida de bienes o documentos de la empresa cliente.
- e) Presentar informe periódico a la empresa cliente.
- f) Lograr los resultados en los términos pactados, asumiendo el riesgo de dichos resultados.
- g) Cumplir con los demás cláusulas pactada en el contrato de "outsourcing".

4.10. Terminación del contrato de Tercerización "outsourcing"

- a) Su terminación normal, ya sea por haber llegado el contrato a su vencimiento.

Por haberse cumplido y ejecutado la prestación a la que ambas partes se encuentran obligadas a su término; o bien por acuerdo mutuo de las partes.

³⁴ Arce Ortiz, Elmer, "El Outsourcing y sus efectos sobre la relación de trabajo", Los principios del derecho de trabajo en el derecho Peruano; libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez, Lima, Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 200, pp. 425-440



- b) Por incumplimiento de cualquiera de las partes de alguna de las cláusulas del presente contrato, sin que dicho incumplimiento fuera subsanado dentro del tiempo convenido y toda vez se haya enviado la notificación por escrito efectuada por la otra parte solicitando la subsanación del incumplimiento.

- c) La declaración de quiebra a instancia de acreedor legítimo de cualquiera de las partes, o la presentación de solicitud de quiebra voluntaria o suspensión de pagos de cualquiera de ellas, o la interposición en contra de cualquiera de las partes de juicios ejecutivos o embargos preventivos u otras medidas cautelares que impliquen la disminución de la solvencia económica de las mismas.

4.11. Ventajas del contrato de tercerización (outsourcing)

- a) Reducción de costos por eliminación de cargos administrativos.

- b) Permite a la empresa responder con rapidez a los cambios del entorno; incrementando la competitividad de la misma.

- c) Mejora en los procesos y servicios al contratar un especialista en el área.

- d) Ayuda a redefinir la empresa mediante un cambio de reglas y un mayor alcance de la organización.



- e) Incrementa el compromiso hacia un tipo específico de tecnología que permite mejorar el tiempo de entrega y la calidad de la información para las decisiones críticas.
- f) Permite a la empresa poseer lo mejor de la tecnología sin la necesidad de entrenar personal de la organización para manejarla.
- g) Permite disponer de servicios de información en forma rápida considerando las presiones competitivas.
- h) Se comparten riesgos.
- i) Se reduce el número de tareas rutinarias.
- j) Aplicación de talento y los recursos de la organización a las áreas claves.
- k) Concentración de los negocios y disposición más apropiada de los fondos de capital debido a la reducción de los mismos en funciones no relacionadas con el giro principal de la empresa.
- l) Aumento de la flexibilidad de la organización y disminución de sus costos fijos (como por ejemplo el Mantenimiento del equipo, puesto que ya está incluido en la cuota establecida).

4.12 Desventajas del contrato de tercerización “outsourcing”

- a) Estancamiento en lo referente a la innovación por parte del Outsourcer.
- b) La empresa pierde contacto con las nuevas tecnologías que ofrecen oportunidades para innovar los productos y procesos.
- c) Posibilidad de que el Outsourcer al aprender y tener conocimiento del producto o servicio principal de la empresa los use para empezar una industria propia y se convierta de suplidor en competidor.
- d) Mal uso o falta de confidencialidad de la información compartida al personal subcontratado; en este caso la empresa cliente tiene el riesgo de que el Outsourcer también preste sus servicios a la competencia.
- e) Alto costo en el cambio de Outsourcer en caso de que el seleccionado no resulte satisfactorio.
- f) Riesgo de que la empresa sufra una demanda laboral por parte del personal subcontratado.
- g) Quejas recurrentes de los clientes por falta de una adecuada comunicación; al tratarse de un Outsourcing de atención al cliente.



- h) Falta de lealtad en las labores realizadas por el personal subcontratado, en virtud de que no son retribuidos directamente por la empresa cliente.

4.13. Solución de conflictos

Para la solución de cualquier diferencia entre las partes es necesaria la inclusión de una cláusula compromisoria que permita resolver de forma justa la controversia. Aun mas en los contratos que no cuentan con una regulación específica dicha cláusula se hace indispensable y todo debe quedar comprendido en el instrumento legal que regule el mismo.

Los Tribunales de Conciliación y Arbitraje han ido ganando confianza en la actualidad para la solución de controversias causadas entre las partes contractuales toda vez no se haya resuelto el problema de forma directa. El proceso del arbitraje ya ha sido una práctica tenida en cuenta por las sociedades mercantiles y que ha resultado eficaz en cuanto a la conciliación y solución de diferencias contractuales. Los conflictos de tipo laboral también pueden darse en el contrato de *“Outsourcing”* toda vez que el personal subcontratado demande directamente a la empresa cliente por cualquier problema de tipo meramente laboral; por lo que dentro de la cláusula de solución de conflictos es recomendable establecer la forma en que se disolverán los litigios de tipo laboral.



CONCLUSIONES

1. A través del presente trabajo de investigación, logré establecer la importancia de la función notarial en el faccionamiento del contrato de Tercerización "*Outsourcing*". El propósito fundamental de lograr este tipo de contratos es que presten mejores niveles de servicio, dado el mejor desempeño de los procesos subcontratados tales como el costo de la contratación del servicio, la empresa que lo prestará, el tiempo por el cual se contratará y las repercusiones que puede traer a futuro y todo eso en conjunto plasmarlo en un contrato.
2. No existe una ley específica que regule el contrato atípico mercantil de Tercerización "*outsourcing*" y proteja el negocio jurídico, utilizados por las sociedades y empresas mercantiles.
3. El Abogado y Notario no tiene suficientes conocimientos de los contratos atípicos mercantiles como lo es el contrato de tercerización "*outsourcing*" que se da en un ambiente de cooperación entre dos empresas, es decir, dos organizaciones con distintos objetivos y planteamientos estratégicos, se fusionan para poder compartir un mismo ideal, el servir al cliente y el obtener un mayor beneficio o utilidad.
4. Los abogados y notarios guatemaltecos no tiene conocimiento sobre la aplicación del derecho mercantil internacional como lo es el Tratado de Libre Comercio el cual es uno de los factores importantes para la realización del contrato de Tercerización "*outsourcing*"
5. Dentro de las funciones notariales del faccionamiento del contrato atípico mercantil de Tercerización "*outsourcing*", la más importante es la función directiva, en virtud de que es en este momento cuando el notario instruye a la sociedad y a la empresa que solicita sus servicios, la posibilidad de recurrir al faccionamiento del contrato porque se está adquiriendo un nuevo socio para el mejor funcionamiento del mismo y es inevitable que se regule el Know How que se está transfiriendo a la sociedad o empresa



6. En la legislación laboral y mercantil de Guatemala por la poca cultura mercantil que existe en el país, es poco común encontrar en empresas y sociedades mercantiles de gran proyección económica el “*outsourcing*” en los contratos de personal; sin embargo si se encuentran en los contratos de servicios de seguridad, el de limpieza y call centers que son empresas que pueden llegar a lograr el objetivo de aprovechar este tipo de contratos.

RECOMENDACIONES

1. Es sumamente importante que previo al faccionamiento del contrato de Tercerización “*Outsourcing*”, el notario constate que la sociedad o empresa esté legalmente constituida e inscrita en el Registro Mercantil para que el funcionario público al ser requerido por las partes para la emisión de cualquier instrumento público, documento o afines, deberá de realizar una función íntegra, compilando cada una de las funciones notariales detalladas en el presente trabajo de investigación.
2. El Congreso de la República de Guatemala debe regular los contratos atípicos mercantiles dentro del Código de Comercio por la ausencia de una regulación específica de la figura de los contratos para así determinar las verdaderas intenciones de las partes, las obligaciones, derechos y garantías de las mismas y así evitar implicaciones legales de índoles laborales, mercantiles e inclusive civiles.
3. El Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala debe de actualizar a los abogados y notarios en las reformas a las diferentes leyes, tanto de derecho nacional como internacional, con el objeto de contribuir al desarrollo del país, a elevar la calidad de servicio y economizar recursos, para hacer más rápida y eficaz la función notaria
4. Los juristas guatemaltecos deben familiarizarse con este tipo de contrataciones, no sólo como mecanismos para preservar una posición que garantice su participación en la validez y formulación de instrumentos jurídicos, sino también porque ante la realidad impuesta por el Tratado de Libre Comercio, imponen formas de comerciar ágiles y dinámicas, para lo cual ofrecen posibilidades de contratación inmediata.
5. Los abogados y notarios guatemaltecos no tienen conocimiento amplio sobre el contrato atípico mercantil de Tercerización “outsourcing” lo que provoca falta de asesoría específica sobre el objeto, naturaleza y modalidades. Asimismo deberán documentar el mismo, para dejar constancia de la buena fe y autonomía de la



voluntad de las partes que origino dicha relación, con el objeto de poder establecer y determinar las verdaderas intenciones de las partes.

6. Mientras los empresarios que suscriban contratos de Tercerización "outsourcing" lo hagan para implementar una mayor fuente de trabajo para el país siempre y cuando su empresa tenga la certeza de obtener una seguridad jurídica y que faciliten la ejecución de los procesos por ser estos más especializados en un área específica, permitiendo que los responsables de los procesos se dediquen a mejorar su desempeño.



BIBLIOGRAFÍA

- BARRERA, Jorge. **Los títulos de crédito**. México: Ed. Porrúa, S.A, 1983.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 3ª. ed. actualizada; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta. S.R.L, 1980.
- CARNEIRO, José. **Derecho Notarial**. 2ª. ed.; Lima, Perú: Ed. Edinaf, 1988.
- CARRAL Y DE TERESA, Luis. **Derecho notarial y derecho registral**. 3ª. ed.; México:Ed. Porrúa, S.A, 1976.
- DE LA CÁMARA Y ÁLVAREZ, Manuel. **El notario latino y su función**. Barcelona, España: Ed. Labor, 1961.
- GARRÍGUEZ, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. Madrid, España: Ed. Aguirre, 1961.
- LEVITT, Theodore. **The globalization of markets magazine**. Estados Unidos de América. Vintage magazine company. 1985.
- MAZEUD, Henry, León y Jean. **Lecciones de derecho civil**. Buenos Aires Argentina. Ed. Ejea. 1969.
- PALLARES, Jacinto. **Derecho mercantil mexicano**. México: Dirección General de Publicaciones UNAM, 1987.
- PALOMAR DE MIGUEL, Juan. **Diccionario para juristas**. México: Ed. Mayo, 1981.
- RAMIREZ VALENZUELA, Alejandro. **Introducción al derecho mercantil y fiscal**. México: Ed. Limusa, 1994.



ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho; Contratos civiles**: México. Ed. Antigua Librería Robredo, 1964.

SÁNCHEZ BEJARANO, Manuel. **Obligaciones civiles**. México. Ed. Oxford, 1999.

TENA, Felipe de Jesús. **Derecho mercantil mexicano, con exclusión del marítimo**. México. Ed. Porrúa, 1998.

VÁSQUEZ ARMINIO, Fernando. **Derecho mercantil, fundamentos e historia**. México. Ed. Porrúa, 1977.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. **Contratos civiles**. México. Ed. Porrúa. 2005.

Legislación:

Constitución Política de La República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente; 1986.

Código de Comercio de la República de Guatemala. Decreto 2-70 del Congreso de la República. 1970 Guatemala.

Código de Notariado de la República de Guatemala. Decreto 314 del Congreso de la República. 1946 Guatemala.

Código Procesal Civil y Mercantil de la República de Guatemala. Jefe de Gobierno Enrique Peralta Azurdia, Decreto Ley número 107. Guatemala 1963.