

OUTSOURCING*

JUAN RASO DELGUE

Profesor Titular de Relaciones Laborales y Director
del Instituto de Relaciones Laborales
de la Universidad de la República del Uruguay.

Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

SUMARIO:

I. Una acotación previa.- II. Concepto de *outsourcing*.- III. Las causas de la externalización del trabajo.- IV. Las actividades objeto de *outsourcing*.- V. *Outsourcing*, relaciones laborales y Derecho del Trabajo.- VI. La otra cara del *outsourcing*: la precarización del trabajo.- VII. Conclusiones.

I. UNA ACOTACIÓN PREVIA

Hace tan solo pocos años hubiera parecido un esnobismo titular un artículo laboral con un nombre extranjero, en este caso inglés. Lo cierto es que entre tantas manifestaciones de cambio, van apareciendo expresiones, términos - generalmente de origen anglosajón - que ingresan en el nomenclador del Derecho del Trabajo: *outsourcing*, *staff leasing*, *management*, *out-placement*, *part-time*, *non-standard*, *just in time*, etc. La aparición de los nuevos anglicismos no es casual y responde - a nuestro juicio - a dos motivos diferentes. El primero se vincula con la presencia cada vez más intensa de la disciplina de las relaciones laborales en todo estudio - aún jurídico - sobre el trabajo. Es sabido que las relaciones laborales (*Industrial Relations*) son un campo de estudio de origen anglosajón, por lo que al trasladarse al mundo latino (y el traslado implica también traslado de *doctrina* y de términos) conservan expresiones de la lengua original de esos estudios. El segundo motivo es que la generalización del idioma inglés - un idioma que acompaña la globalización - va imponiéndose también en el Derecho de los diversos países: desde la contractualística internacional hasta la definición de institutos o expresiones puntuales de las diversas disciplinas jurídicas. Es cierto que es posible castellanizar palabras como *part-time* o *just in time*, pero también es evidente que la terminología inglesa se ha impuesto y es hoy mundialmente usada para referirse al fenómeno del trabajo a tiempo parcial o de la producción *sobre pedido* o *justo a tiempo*.

Algo parecido acontece con la expresión *outsourcing* que se va imponiendo en nuestras latitudes no solo a nivel de publicaciones, sino también y fundamentalmente de las prácticas laborales.

II. CONCEPTO DE OUTSOURCING

Su traducción literaria podría ser "*de fuente externa*", "*de origen externo*" (*source* fuente, origen). Su significado apunta al proceso de "sacar al externo" de la empresa procesos de la producción o del trabajo, tradicionalmente desarrollados al interior de la misma. Purcell y Purcell definen el *outsourcing* como "la utilización de servicios

* Artículo originalmente publicado en *Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo*, Montevideo, Agosto 2000. La presente publicación se hace con la expresa autorización del autor. Agradecemos a Germán Ramírez-Gustón Ballón por haber gestionado la cesión del presente artículo.

de subcontratación ofrecidos por proveedores especializados". Característica de esta modalidad es que un contratante externo realiza funciones internas de la empresa cliente y las organiza según las directivas de esta última¹. Por su parte el autor venezolano García Álvarez, luego de recordar que la expresión refiere a una *fuerza externa en suministro de servicios*, señala que la empresa moderna no invierte innecesariamente en infraestructuras: "la subcontratación representa la oportunidad de dejar en manos de compañías expertas la administración y el manejo eficiente y efectivo de los procesos que no están ligados directamente con la naturaleza del negocio"².

Cruz Villalón recuerda que el término *outsourcing* proviene de la experiencia empresarial americana, que comienza a emplearlo a principios de la década del 90, y expresa que el mismo se refiere originalmente a la cesión a un tercero de "todos o parte de los servicios informáticos propios para que ese tercero se los preste a través de un contrato de servicios". Pero el término experimenta una significativa expansión en los años siguientes, para referirse "a la cesión a terceros de otros servicios diversos a los propiamente informáticos, con la finalidad de reforzar el objetivo de que la empresa cedente se dedique a lo que constituye su actividad nuclear, contratando la ejecución de cualquier otro tipo de funciones adicionales, por muy especiales que sean estas"³.

Podemos concluir expresando que por *outsourcing* entendemos la transferencia al externo de la empresa de etapas de la gestión y de la producción, reteniendo esta el control sobre las mismas. Este último aspecto diferencia el *outsourcing* de los contratos comerciales comunes, a través de los cuales, la empresa adquiere bienes o servicios de terceros. En la contratación común, el empresario actúa como cualquier cliente que elige bienes y servicios producidos en forma independiente por un tercero. En el *outsourcing* el empresario ejerce una ingerencia de hecho en la producción de bienes y servicios del tercero: vigila, da indicaciones, interviene, ejerce en definitiva un verdadero poder de control emparentado con el tradicional poder de dirección y sigue reteniendo la conducción y organización de todo el ciclo productivo.

En cuanto al nombre *outsourcing*, si bien ha adquirido suficiente notoriedad, es frecuentemente sustituido en nuestro país y en el mundo latino, con otras expresiones como, externalización, descentralización productiva o la más vernácula "tercerización".

III. LAS CAUSAS DE LA EXTERNALIZACIÓN DEL TRABAJO

Como ha expresado Pérez del Castillo, "la empresa moderna busca una configuración magra, reservando para sí el quehacer principal del negocio. Cuando concentra su intervención directa en lo esencial, está buscando eficacia y competitividad a través de una estructura más flexible"⁴. En un mundo cada vez más

¹ PURCELL Kate y PURCELL John, *Outsourcing, sub-outsourcing e lavoro temporaneo*, en *Diritto delle Relazioni Industriali* N° 3/VIII, Milán, Giuffrè Editore, 1998, p. 350.

² GARCÍA ALVAREZ Rafael, *Outsourcing*, febrero de 2000, bogado del Web.

³ CRUZ VILLALÓN Jesús, *Outsourcing, contratos y subcontratación*, ponencia presentada al X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999.

⁴ PÉREZ DEL CASTILLO Santiago, *La subcontratación y otras formas atípicas de aportar trabajo a la empresa*, en *rev. Fillos de Casación* 92-93, Montevideo 1994, p. 301.

necesitado de trabajo, la empresa con menor número de trabajadores, cotiza mejor en la bolsa. Por lo tanto la antigua organización se reduce a un núcleo duro de trabajadores estables, que tienen como elemento común un gran sentido de identificación con el *management*. No importa si son gerentes, jefes de sección, secretarías o cadetes: todos ellos están emocionalmente y funcionalmente unidos a los fines que persigue la organización. La empresa invierte en la permanente recalificación de estos trabajadores con los cuales mantiene relaciones de confianza y de participación.⁸

Alrededor de ese núcleo "en plantilla", se forma un segundo nivel constituido precisamente por todas aquellas actividades que la empresa ha "externalizado". Dichas actividades pueden referirse a parte del proceso de producción o a funciones internas de la empresa, como por ejemplo la gestión de los *recursos humanos* y la administración contable. A vía de ejemplo, indiquemos que en las prácticas de las empresas multinacionales, una de las formas comunes del *outsourcing* es la de confiar a grandes estudios jurídico-contables la administración interna de sus subsidiarias en el exterior, incluyendo la contratación y gestión del personal.

¿Por qué el fenómeno del *outsourcing*? Básicamente cuatro son a nuestro juicio las causas que han promovido en la última década la externalización del trabajo:

1) **La reducción de los costos**

En una realidad globalizada y altamente competitiva, la reducción de costos se vuelve un objetivo central de toda política de gestión empresarial. El *outsourcing* permite reducir costos estructurales y laborales. En el primer caso, es evidente que la empresa ahorra costos fijos, como los que refieren a la inversión en infraestructura productiva. Pero también busca ahorrar costos laborales: en general el trabajo externalizado es menos costoso que el trabajo interno. La economía "laboral" responde a dos fuentes de ahorro: a) determinados contratos permiten reducir aportes a la seguridad social y beneficios laborales (como la licencia, el salario vacacional, el aguinaldo); en nuestro país, el arrendamiento de servicios de empresas unipersonales es un claro ejemplo; b) la contratación mediata - realizada a través de intermediarios o subcontratistas - permite trasladar riesgos laborales (y sus relativos costos) a la empresa tercera.

2) **La mayor flexibilidad**

El modelo económico global obliga a estrategias empresariales mucho más dinámicas: las respuestas del aparato productivo deben ser rápidas. No es posible hacer previsiones a largo plazo, el "stock" se vuelve una carga costosa e inútil, hay que producir sobre demanda y la demanda exige respuestas inmediatas. Para poder producir a medida de la demanda - *just in time* - es necesario un modelo de empresa ágil, con mayores y más rápidas posibilidades de respuesta. Externalizar parte de la producción significa no tener que soportar todos los días del año una estructura rígida, pesada y finalmente costosa. Una empresa de dimensiones reducidas y con posibilidad de contratar libremente y con rapidez los servicios que necesita - a través de terceros o de trabajadores independientes - se posicionará de manera más competitiva en el mercado.

⁸ SCARPELLI Franco, "Externalizzazioni" e diritto del lavoro: il futuro non è una meta, in rev. *Diritto delle relazioni industriali*, Milán, Giuffrè Editore, 1999, p. 352.

3) La mayor productividad

La externalización promueve la competencia de los trabajadores independientes y de los subcontratistas para ofrecer a la empresa central mejores productos a menor costo. La externalización transforma la naturaleza misma de la empresa con relación al mundo del trabajo: el empleador pasa a ser un cliente de quienes efectúan los trabajos. En tal condición, además de buscar los precios más convenientes, elimina los proveedores menos eficientes. En el *outsourcing*, el empresario sustituye la producción con la adquisición y contratará lo que le asegure la mayor productividad posible.

4) Disminución o anulación del control sindical

El modelo taylorista-fordista con sus elementos rígidos -fábrica, subordinación, categoría, salario fijo- contribuyó al desarrollo y fortalecimiento de la organización sindical. La solidaridad obrera, base de la acción sindical, se construyó sobre la base de trabajadores reunidos durante jornadas completas de trabajo en un mismo lugar, con similares funciones y con las mismas recompensas. La moderna fragmentación de la fábrica, la competitividad de los trabajadores dependientes e independientes, la polivalencia y la desigualdad de las retribuciones ponen en crisis la solidaridad obrera. El sindicato encuentra dificultad en representar intereses de trabajadores, muchas veces contrapuestos. Se comprueba por lo tanto en toda empresa que terceriza sus servicios un debilitamiento de la influencia sindical, que es en definitiva un objetivo inconfesado, pero real de muchos empleadores.

IV. LAS ACTIVIDADES OBJETO DE *OUTSOURCING*

Existe en la doctrina nacional y extranjera cierto consenso en cuanto a que las actividades que pueden tercerizarse son aquellas secundarias, accesorias al giro principal de la empresa. Racciatti al referirse a las actividades objeto de la tercerización, afirma que, desde un punto de vista abstracto y tomando en consideración la naturaleza de la actividad, solo podrán ser objeto de tercerización las "actividades-medio" o de apoyo o no sustantivas. El empresario necesariamente debe ser empleador respecto de quienes efectúan prestaciones laborales comprendidas en el ciclo productivo ordinario. Usualmente la tercerización se refiere a actividades no sustantivas o secundarias, como los servicios de limpieza, mantenimiento, transporte, vigilancia, portería, comedor o cantina. Pero también es posible utilizar criterios de razonabilidad para determinar si la tercerización, además de actividades periféricas o de servicios, puede alcanzar también alguna parte del proceso productivo. Concluye recordando que "en nuestro derecho, no hay norma jurídica que delimite las actividades que pueden ser objeto de tercerización. No obstante, la ley establece las consecuencias en materia de responsabilidad del empleador en caso de utilización de intermediarios o subcontratistas".⁶

Si bien el *outsourcing* se refiere normalmente a actividades secundarias, no excluimos la posibilidad de tercerizar segmentos de la actividad principal de la empresa. Creemos que el criterio "actividad principal/actividad secundaria" es un criterio destinado a perimir en el tiempo y responde más a la valorada actitud de poner un dique de contención a la tercerización, que a razones jurídicas que legitimen el trazado de esa línea divisoria. En un trabajo anterior⁷ planteábamos la hipótesis

⁶ RACCIATTI Octavio Carlos C., *Tercerización, externalización del empleo y desestructuración productiva*, en *rev. Derecho Laboral*, T. XL, N° 185, enero-marzo 1997, pp. 161 y 162.

⁷ RASO DELGUE Juan, *La construcción jurídica del trabajo*, Montevideo, Análisis Fernández, 2000, p. 200.

que una empresa periodística decidiera tercerizar la página de espectáculos de su diario y contratara una organización externa, especializada en ese sector de la información. "Hoy en día -expresábamos- las nuevas tecnologías facilitan este traslado de tareas, porque la organización externa podrá preparar y diagramar en sus computadoras esa sección del diario y transmitir telemáticamente a la empresa principal las «planchas» completas para su impresión final. Esta hipótesis ¿es jurídicamente inviable o responde tan solo a una nueva realidad que nos asusta y ante la cual no tenemos aún contestaciones adecuadas?"

Concluimos que puede externalizarse cualquier tipo de actividad, en la medida en que la empresa principal conserve el control del proceso productivo. En efecto, si perdiera ese control, no estaríamos ante la hipótesis de externalización, sino ante una sustitución de empresas.

V. OUTSOURCING, RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL TRABAJO

Una de las características del sistema tradicional de relaciones laborales era el trabajo subordinado realizado en los locales de la empresa. En este modelo, el trabajador tenía asignado un determinado lugar físico, próximo a su empleador o a quien el empleador había delegado su poder de dirección, porque ello facilitaba la organización del trabajo. En torno al modelo, se construyó un contrato de trabajo, entre cuyas características figuraba precisamente el hecho de prestarse para un solo empleador en el centro de trabajo de este.⁸ Por otra parte la relación entre el empleador y el trabajador era una relación directa, a lo sumo mediatizada a través de cuadros intermedios dependientes del empleador. No existían terceros entre el trabajador y la empresa y la eventual presencia de intermediarios era vista con desconfianza o lisa y llanamente prohibida. Como expresa Ichino, el rasgo típico del trabajo subordinado es el vínculo directo entre el empleador y el trabajador: la sub-subordinación siempre implica un poder de dirección directo.⁹ En esa concepción, el intermediario era un tercero, que lucraba por el solo hecho de proporcionar trabajadores a un empleador: en general ese lucro constituía una renta parasitaria, que solo obedecía a cierto poder que el intermediario había adquirido de hecho, sin desarrollar ninguna función productiva. Esa intervención era conocida con una palabra también extranjera, *marchandage*, y era considerada una verdadera lacra en la contratación laboral.

En el sistema tradicional, el trabajo al externo de la empresa constituía la excepción y estaba fundamentalmente reservado a actividades secundarias y modestas como es el caso del trabajo a domicilio. Por su parte la subcontratación cubría áreas limitadas de la actividad laboral, fundamentalmente en la construcción.

Hoy la subcontratación y la intermediación se proponen como nuevas expresiones en la cadena de la producción. El lucro del tercero ya no constituye una renta parasitaria, sino que es la retribución muchas veces legítima de una agencia especializada en el suministro de determinados bienes o servicios y que responde a una organización empresarial con un *know-how* propio.¹⁰ Los subcontratistas e

⁸ CORDOVA Eiren, *Nuevas formas y aspectos de las relaciones de trabajo atípicas*, relato general al X Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Caracas, septiembre de 1985), publicado en *Rev. Derecho Laboral*, T. XXIX, N° 142, p. 247.

⁹ ICHINO Piero, *Il Diritto del Lavoro e i confini dell'impresa*, Trento (Italia), ponencia presentada a las Jornadas de AIDTSS, 4 y 5 de junio de 1990.

¹⁰ ICHINO Piero, *ib. cit.*

intermediarios no son siempre pequeñas y modestas empresas que dependen de la empresa cliente; en algunos casos se transforman en importantes proveedores -muy organizados y eficientes- y es la empresa cliente la que comienza a depender de ellos. Pensemos, a vía de ejemplo, en grandes compañías de suministro de mano de obra o en influyentes estudios jurídicos-contables (muchas veces, verdaderas multinacionales de la gestión empresarial).

De todos modos, cualquiera sea la dimensión del *outsourcing* y el rol y poder de la empresa cliente y del proveedor, lo cierto es que se produce una fractura en el tradicional contrato de trabajo que vinculaba al empresario principal directamente con sus trabajadores. Esta transformación genética del vínculo laboral¹¹, produce inevitables consecuencias sobre la regulación jurídica del trabajo. Nuestro Derecho del Trabajo reposa sobre una concepción "binaria": todo trabajo responde jurídicamente a la "*summa divisio*" trabajo subordinado/trabajo independiente. Este criterio entra en crisis frente a las nuevas modalidades contractuales que promueve la externalización. Frente a la dicotomía subordinación/independencia, aparecen zonas grises, cada vez más grises y cada vez más vastas.

Con relación al Derecho del Trabajo, la externalización plantea nuevos y conflictivos problemas. Las herramientas jurídicas para enfrentar las nuevas realidades son escasas y muchas veces inapropiadas. Podemos afirmar que tales herramientas son básicamente dos: a) la tradicional diferenciación en doctrina y jurisprudencia (puesto que no existen normas legales) entre los conceptos de subordinación e independencia; b) el artículo 3 de la Ley 10.449 sobre Consejos de Salarios, que establece la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal por las obligaciones salariales del subcontratista y del intermediario. Sobre estos puntos nos remitimos a lo expresado en un trabajo anterior.¹²

VI. LA OTRA CARA DEL OUTSOURCING: LA PRECARIZACIÓN DEL TRABAJO.

En torno al contrato de trabajo típico, el Derecho del Trabajo había construido una serie de "seguridades", que componían el cuadro de tutelas del trabajador. En el cotidiano "cara a cara" con el empleador, en ese territorio que es la empresa, el trabajador construye una autonomía colectiva que le permitirá hacer frente al poder del empleador. Es en la fábrica donde nace el Derecho del Trabajo, que no es un Derecho inventado por el legislador, sino que es producto de hechos sociales: el sindicato, la huelga, el convenio colectivo existieron mucho antes de ser reconocidos y legalizados.¹³

Con la disgregación de la empresa, con la externalización del trabajo, se pierden una serie de garantías y estabildades que transforman la calidad del trabajo, volviéndolo precario e inseguro. Los trabajadores externalizados - expresan Purcell y Purcell - tienen una condición más precaria que los trabajadores internos.¹⁴ Galantino por su parte destaca la desigualdad entre los trabajadores situados al interior del área de la subordinación y los externos, señalando que una terminología de moda

¹¹ La expresión, por cierto afortunada, pertenece a nuestro colega Jorge Rosenbaum.

¹² RASO DELGUE Juan, *ob. cit.*, cap. XI a XIV.

¹³ SLEPIOT Alain, *Le contrat de Droit du Travail*, Vendôme, Imprimerie des Presses Universitaires de France, 1994, p. 200.

¹⁴ PURCELL Kate y PURCELL John, *ob. cit.*, p. 51.

¹⁵ GALANTINO Lucia, *Lettera aperta, funzione professionale e ruolo dinamico della professionalità del lavoratore*, en rev. *Diritto delle Relazioni Industriali* N° XVIII Milán, Giuffrè Editore, 1998, p. 320.

distingue en *insiders* y *outsiders*.¹⁵ A los primeros están reservadas todas las tutelas del Derecho del Trabajo, mientras que para los segundos el trabajo generalmente es precario e irregular.

Scarpelli habla de "capitalismo molecular" para referirse a la tendencia de conservar al interno de la empresa principal una fracción reducida de dependientes, "deslocalizando" el resto de la producción al externo a través de prácticas de *outsourcing*. "El fenómeno -agrega- parece responder a una verdadera nueva *ideología del trabajo*, que en forma más o menos conciente está finalizada a alterar y despedazar los tradicionales vínculos de solidaridad y poder social en la contraposición capital/trabajo"¹⁶. El *outsourcing* pone en discusión los paradigmas tradicionales del Derecho del Trabajo y promueve un desequilibrio entre trabajadores integrados al mismo proceso productivo, excluyendo a una parte de ellos de su protección (v.g. la contratación con trabajadores independientes o pseudoindependientes) o disminuyendo las responsabilidades de la empresa principal ante ellos. Esta nueva «ideología del trabajo» propuesta por el *outsourcing* logra alcanzar niveles de elasticidad en la regulación del trabajo, que eran desconocidos en los planteos sobre flexibilidad de los años 80. La flexibilidad en definitiva reconoce el Derecho del Trabajo y tiene como finalidad la de aligerar sus aspectos más rígidos. El *outsourcing* nos conduce a una era de la "postflexibilidad", porque la empresa al externalizar el proceso productivo, excluye al trabajador externo de la tutela del contrato de trabajo típico reservado para los trabajadores internos. A la empresa ya no le interesa "flexibilizar" la relación por el simple hecho de que a través de la externalización, ha logrado "*by-passar*" (valga el anglicismo) al propio Derecho del Trabajo. Es cierto que el trabajador, como dependiente de la empresa externa, podrá recibir de esta las tutelas del ordenamiento jurídico, pero no es menos cierto que el *outsourcing* revela la existencia de vínculos laborales más "débiles": trabajadores independientes, trabajadores temporales de empresas externas, asalariados dependientes de subcontratistas sin capitales, hasta alcanzar las amplias franjas de la informalidad y el trabajo negro. En efecto, el *outsourcing* puede en algunas de sus expresiones volverse el nexo entre la informalidad y la economía formal. En tal sentido, Prates, Aguirre y Méndez han puesto en evidencia una serie de mecanismos (entre los que se incluye la subcontratación) que conectan el trabajo informal a los procesos productivos organizados por empresas formales.¹⁷

VII. CONCLUSIONES

El fenómeno del *outsourcing* ha creado en los últimos años un profundo impacto en el sistema de relaciones laborales, encontrando imprevisto una vez más al Derecho del Trabajo. Ha producido, en expresión de Javillier, una "división de mundos", en la que la disciplina parece ya no poder dar cuenta de todas las relaciones de trabajo.¹⁸ El proceso de externalización así como crea una fragmentación del proceso productivo y de la empresa tradicional, provoca también una disgregación del vínculo

¹⁵ SCARPELLI Franco, *ob. cit.*, p. 351.

¹⁶ PRATES Susana, *Los trabajadores discontinuos en la industria del calzado. Descentralización de la producción y descentralización*, CIESU, Montevideo, Ed. de la Banda Oriental, 1987, pp. 36 a 63 y AGUIRRE Rosario, y MÉNDEZ Estela, Montevideo, *El trabajo informal urbano en Uruguay*, rev. Surra, vol. 3, n° 4, Montevideo 1988, p. 91, citadas por RACCIATTI Octavio Carlos, *ob. cit.*, p. 155.

¹⁷ JAVILLIER Jean Claude, *Le futur de la subordination dans l'évolution du droit de travail en La transformation del lavoro*, Milán (Italia), 1990, p. 43.

laboral. La "deslaboralización" del contrato de trabajo es expresión y causa de la descentralización productiva: la cadena fabril de producción se fragmenta en unidades productivas a cargo de empresas formalmente independientes, pero económicamente dependientes de una unidad central. La disciplina jurídica está aún impreparada para responder a los nuevos cambios. Como expresa Veneziani, el Derecho del Trabajo sigue un extraño destino que es responder a los cambios sociales, sin capacidad para anticiparlos. La historia de la revolución industrial y de la legislación protectora de los trabajadores, el lento surgimiento de la figura del contrato individual de trabajo como categoría jurídica del trabajo subordinado a comienzos del siglo XX, demuestran cuan lenta es la adecuación del Derecho a las transformaciones rápidas de la sociedad.¹⁹

Ante la expansión del *outsourcing*, es necesario construir un nuevo sistema de tutelas que acompañen la transformación de la organización del trabajo. He aquí un nuevo desafío para una disciplina continuamente confrontada con la realidad.

¹⁹ VENEZIANI Bruno, *Nuove tecnologie e contratto di lavoro: profili di diritto comparato*, en *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, N.º 33, Milán 1987, p. 4.