

# EL CONTRATO DE *OUTSOURCING*: ALGUNAS REFLEXIONES PRÁCTICAS

(*THE OUTSOURCING AGREEMENT: SOME PRACTICAL INSIGHTS*)

Working Paper IE Law School

AJ8-199

15-03-2013

Cátedra José María Cervelló

**Luis dos Santos Martins<sup>1</sup>**

**Abogado de IBM España**

(*Asignado internacional en IBM Corporation,  
Nueva York, EE.UU.*)

**LL.M IE Law School**

**[luis@santosmartins.net](mailto:luis@santosmartins.net)**

**Resumen/ Abstract:**

La externalización de determinadas actividades constituye una herramienta de gestión empresarial, cuya mayor o menor eficiencia depende, en gran parte, de la correcta elaboración y negociación del contrato que regula las relaciones entre los contratantes. El contrato de *outsourcing* es complejo y requiere una estrecha colaboración entre las partes para la correcta consecución de su objeto. En este estudio, que no pretende ser un análisis exhaustivo de todas las cláusulas que el contrato de *outsourcing* debe recoger, se intenta reflejar algunas conclusiones de naturaleza eminentemente práctica sobre determinados puntos que, por su importancia o carácter controvertido, podrán ser útiles para aquellos profesionales que se dedican a la negociación de este tipo de contratos.

*The outsourcing of certain activities is a business management tool. The efficiency of such tool relies on the accurate draft and negotiation of the agreement that must govern the contractual relationship between the contracting parties. The outsourcing agreement is a complex agreement requiring a close cooperation between the parties to secure a successful fulfillment of its scope. This paper does not seek to be an exhaustive analysis of all the provisions that an outsourcing contract should include. Instead, it only tries to consider some eminently high-level practical views on some key and controversial items, which might be useful to professionals engaged in the negotiation of this type of contracts.*

**Palabras clave/ Keywords:** externalización, servicios, activos, empleados, niveles de servicio, protección de datos personales y medidas de seguridad, propiedad intelectual, incumplimiento contractual, *benchmarking*.

*Outsourcing, services, assets, employees, service level agreements, data privacy and security, intellectual property, contractual breach, benchmarking.*

---

<sup>1</sup> Este trabajo refleja opiniones de carácter estrictamente personal, que en ningún caso pueden interpretarse como la posición de IBM respecto a los temas tratados.

La publicación de la Serie Working Papers IE-Law School está patrocinada por la Cátedra José María Cervelló.  
Copyright © 2013 Luis dos Santos Martins.  
Este working paper se distribuye con fines divulgativos y de discusión.  
Prohibida su reproducción sin permiso del autor, a quien debe contactar en caso de solicitar copias.  
Editado por el IE Law School, Madrid, España

*The publishing of Serie Working Papers IE-Law School is sponsored by the José María Cervelló IE Chair.  
Copyright ©2013 Luis dos Santos Martins.  
This working paper is distributed for purposes of comment and discussion only.  
It may not be reproduced without permission of the copyright holder.  
Edited by IE Law School and printed at IE Publishing, Madrid, Spain*

## Introducción

El objetivo de cualquier empresa es la creación de valor de forma sostenida en el tiempo mediante una utilización eficiente de los recursos adecuados para el desarrollo de su actividad, sobre la base de decisiones de inversión, financiación y gestión corriente. La consecución de dicho objetivo incluye un conjunto de tareas que, si bien son necesarias para el desarrollo de la actividad principal, tienen un carácter accesorio y, por lo tanto, no constituyen actividades intrínsecas al objeto de la organización. En consecuencia, pueden ser desarrolladas por otro agente económico, según distintos modelos de subcontratación.

El objeto del presente trabajo es precisamente estudiar uno de dichos modelos de subcontratación, específicamente, la descentralización productiva o externalización, es decir, lo que en el vocabulario anglosajón se denomina *outsourcing*<sup>1</sup>. En este caso, se analiza el *outsourcing* de los sistemas informáticos de la empresa.

Podemos adelantar que mediante la externalización de dichas tareas es posible alcanzar una mayor eficiencia en la estructura de costes de la empresa, en virtud de una disminución no solo en la inversión inicial en tecnología, sino también en los costes asociados a la imprescindible renovación tecnológica a lo largo del tiempo como consecuencia de la obsolescencia de las infraestructuras. Al convenir con otra empresa externa la realización de trabajos y tareas que normalmente serían efectuados internamente por la propia empresa y al estar este tercero especializado en las actividades externalizadas, los esfuerzos de la empresa pasan a concentrarse en su actividad principal<sup>2</sup>, con lo que se generan ahorros y se incrementa la calidad de los servicios prestados por el proveedor especializado en los trabajos externalizados.

El ordenamiento jurídico español no impone ningún obstáculo a la externalización como estrategia empresarial. Al contrario, el principio de libertad de empresa que recoge el artículo 38 de la Constitución Española (CE) permite al empresario estructurar la organización productiva de la forma que considere más eficiente, respetando obviamente el marco normativo que regula su actuación en la economía de mercado<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> El Tribunal Supremo ha definido el *outsourcing* de sistemas informáticos como la prestación por parte de un tercero de servicios de información basados en la técnica de la información, manifestando que el proveedor asume prácticamente todas las actividades informáticas necesarias para mantener la actividad comercial del cliente. Véase STS de 27 de octubre de 1994 (R.C.U.D 3742/1994).

<sup>2</sup> En su *core business*, que está constituido por las competencias estratégicas, únicas y distintivas de la organización que le permiten distinguirse de las demás. Véase HAMEL, G. y PRAHALAD, C.K., “Competing for future”, Harvard Business School Publishing, Harvard, 1996.

<sup>3</sup> “La libertad de empresa encuentra su fundamento último en idénticas valoraciones a las que subyacen y sustentan el resto de los derechos fundamentales que tienen la estructura de libertades: asegurar a los individuos una esfera de actuación libre de ingerencias estatales. Su función específica es —junto a las restantes libertades económicas— garantizar la independencia y la autonomía de los ciudadanos permitiéndoles «ganarse la vida» y desplegar su potencial creativo en el ámbito económico de forma autónoma respecto del Estado y hacerlo de la

En resumen, la externalización constituye un sistema de producción en que el empresario decide desplazar o relocalizar una parte de la actividad productiva de la empresa —en principio tareas accesorias a la consecución del objeto social— hacia un agente económico especializado en dichas tareas para que este las realice de forma más eficiente desde un punto de vista técnico y económico<sup>4</sup>. La empresa libera recursos humanos y financieros que le permiten, entre otras cosas, el desarrollo de nuevos productos y la entrada en nuevos mercados.

En este contexto, se podría sintetizar que las razones para la externalización son, entre otras, las siguientes: a) reducir costes de instalación e inversiones iniciales abultadas, principalmente en tecnología y recursos humanos especializados; b) ganar flexibilidad técnica y productiva y garantizar una continua renovación tecnológica; y c) incrementar la eficiencia, la capacidad de adaptación y el dinamismo en un mercado cada vez más globalizado. Cabe destacar que la externalización no constituye un fenómeno circunstancial para neutralizar los ciclos económicos. Al contrario, representa un modelo empresarial sostenible y estructural con carácter de continuidad y supone, por tanto, uno de los pilares fundamentales del desarrollo económico y de la internacionalización de las empresas.

Por su importancia desde un punto de vista económico, el presente estudio aborda los aspectos estrictamente prácticos relacionados con la redacción y negociación de este tipo de contratos, específicamente de los contratos de *outsourcing* para la gestión y desarrollo de los sistemas informáticos de la empresa. En ese sentido, la componente práctica se sobrepone a la perspectiva teórica o al encuadramiento legislativo, dado que el sistema jurídico español consagra la primacía de la autonomía privada, donde la ley se autolimita amparando la libertad de tratos y contratos y otorgando a estos rango de ley entre las partes<sup>5</sup>.

Cuando se hace referencia al *outsourcing* de servicios informáticos se abarca un amplio abanico de actividades susceptibles de descentralización. Algunos ejemplos son la gestión y mantenimiento de aplicaciones de *software*, la gestión de centros de proceso de datos (*data centres*), la operación de ordenadores centrales (*mainframe*), la administración de redes, el soporte técnico a usuarios (*helpdesk*) u otros componentes relacionados con la gestión de la infraestructura informática de la empresa.

---

forma menos regulada posible. La relación de la libertad de empresa —al igual que la del derecho al trabajo y al libre ejercicio de una profesión u oficio— con el principio de autodeterminación y de autorrealización del individuo es, pues, estrecha y manifiesta. Es parte de la gran trama institucional establecida para asegurar a los ciudadanos la libre elección de sus fines vitales y de los medios para alcanzarlos”. PAZ-ARES, Cándido y ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Artículo 38», en María Emilia CASAS BAAMONDE y Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario”, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, págs. 980 a 1000.

<sup>4</sup> Véase KAHALE CARRILLO, Djamil Tony, “Descentralización Productiva y Ordenamiento Laboral. Un estudio sobre la contratación externa de actividades Descentralizadas”, Cuadernos de Aranzadi Social, número 39, Aranzadi, Madrid, 2011, pág. 46.

<sup>5</sup> Tal como se refleja en el artículo 1091 CC.

En este estudio no se menciona específicamente la externalización de procesos de negocio, como por ejemplo la gestión de las relaciones con los clientes, las actividades relacionadas con las finanzas, tesorería y administración de la empresa (actividades de *back-office*) o los procesos asociados a la gestión de recursos humanos o a la cadena de suministro. Sin embargo, se puede decir que las reflexiones prácticas que se hacen a lo largo de este trabajo son igualmente válidas, *mutatis mutandis*, para esta tipología de contratos de *outsourcing* denominados, según la terminología anglosajona, *Business Process Outsourcing* (BPO).

Igualmente, se abordarán algunos aspectos que son muchas veces relegados a un segundo plano en la negociación de este tipo de contratos. La práctica diaria pone de manifiesto que esto un error, muchas veces fatal, porque suelen ser estos aspectos menos considerados en el proceso de negociación la causa de las controversias entre las partes en el marco de la relación contractual.

## **1. Objeto contractual y relevancia de la descripción de los servicios**

El objeto del contrato de *outsourcing* es complejo y amplio, pero deberá ser siempre cierto y determinado. Además, conforme a lo establecido en el artículo 1271 CC, pueden ser objeto del contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres. Teniendo en cuenta su complejidad y extensión, el objeto suele reflejarse en un anexo al contrato específicamente elaborado a tal efecto. La mayor parte de las veces la preparación del anexo de servicios en un contrato de *outsourcing* se deja en manos del equipo técnico —y así tiene que ser en una primera fase—, pero es indispensable la intervención de los abogados que lideran las negociaciones, dado que este suele ser el documento más importante del contrato. Casi todos los problemas y litigios relacionados con los contratos de *outsourcing* se derivan de deficiencias en este anexo, que la mayor parte de las veces carece de claridad y es incompleto, lo que se intenta remediar mediante la inclusión de las denominadas “*sweeps clauses*”. Estas cláusulas pretenden ser un verdadero “cajón de sastre”, al incluir de forma generalista y sin detalle todas las prestaciones inherentes, similares, de la misma naturaleza o cualesquiera otras desarrolladas internamente por los mismos empleados de aquellas que se externalizan y que constituyen el objeto del contrato (sin especificar dichas actividades). Este recurso refleja una pésima técnica contractual que muchas veces pretende encubrir la falta de rigor, preparación y conocimiento técnico del equipo negociador, así como el miedo a lo desconocido de los profesionales que participan en la negociación. Es importante no confundir el riesgo con el miedo. El riesgo es un componente natural del proceso de decisión, pero el miedo no puede serlo. Los profesionales del Derecho involucrados en un proceso de negociación deberían entender los riesgos asociados a la transacción, explicárselos a sus clientes, si es necesario, para que estos tomen decisiones informadas. Pero el miedo, que

muchas veces es la razón para la inclusión de estas cláusulas generalistas, pone de manifiesto carencias a la hora de entender todos los aspectos de la transacción.

El anexo de servicios deberá así contemplar, como mínimo, los siguientes aspectos: a) una descripción detallada de las responsabilidades del proveedor (*outsourcer*), que depende obviamente de los servicios específicos que se externalizan, pero que normalmente incluye la planificación, gestión y ejecución de los proyectos acordados en la fase de transición cuya duración puede oscilar entre 6 y 12 meses (se trata del período en que se transfieren las actividades antes desarrolladas internamente por el cliente al proveedor)<sup>6</sup>; b) la línea base de los servicios de operación, gestión, mantenimiento, desarrollo, y otros (detallados las partes) que deberá desarrollar de forma continuada el prestador de servicios; c) los proyectos de transformación; y d) los criterios específicos para la contratación de nuevos servicios dentro del mismo marco contractual, *i.e.* ampliación del objeto del contrato. En paralelo, las partes deberán detallar, igualmente, las responsabilidades del cliente, en este caso la empresa que externaliza. Dichas responsabilidades se traducen normalmente en obligaciones de cooperación, como por ejemplo en la obtención de licencias de *software* de terceros, autorizaciones u otros permisos requeridos para que el proveedor de servicios pueda acceder y utilizar el *software* y *hardware* de otros proveedores del cliente. Otras responsabilidades podrán estar relacionadas con el mantenimiento de sistemas de respaldo, la comunicación sobre los procedimientos internos del cliente y la documentación asociada.

La conclusión a la que se llega es doble: por un lado, la importancia que cobra el anexo de servicios como documento contractual, y por otro, la necesidad de reflejar de la forma más detallada posible las actividades y responsabilidades que cada una de las partes deberá realizar durante la vigencia del contrato. El rigor de este documento facilita también la tarea de determinar si dentro del objeto del contrato se deberán o no considerar posibles servicios adicionales por parte del proveedor, a petición del cliente, o al contrario, si deberán tratarse como nuevos servicios con un modelo de precios específico.

## 2. Transferencia de activos y gestión de recursos

En la prestación de los servicios de *outsourcing*, el proveedor podrá utilizar: a) exclusivamente sus propios recursos tecnológicos; b) los recursos que son propiedad del cliente o están en régimen de *leasing*; o c) ambas modalidades (combinación de recursos

---

<sup>6</sup> En algunos contratos más complejos es necesario redactar un anexo específico para reflejar las actividades, la duración de las mismas, y los proyectos específicos de la transición de los servicios del cliente para el proveedor. Durante esta fase las partes preparan un manual de procesos y procedimientos aplicables a la prestación de los servicios.

propios y recursos del cliente). Normalmente esta última es la solución más común. Sin embargo, no raras veces el cliente, además de por las razones ya señaladas, celebra un contrato de *outsourcing* para obtener una determinada liquidez derivada de la venta de los activos que utilizaba hasta entonces para desarrollar las actividades externalizadas. Aunque no sea la opción preferida de los proveedores de servicios, en la mayoría de los casos estos están dispuestos a realizar la adquisición de las máquinas del cliente, pero en ningún caso el precio a pagar por dichos activos puede superar su valor real de mercado<sup>7</sup>. Esta compraventa proporciona una liquidez inmediata para el cliente, pero para el proveedor constituye una inversión que deberá recuperar durante la vigencia del contrato, de acuerdo con los parámetros de su estructura de costes.

Otro de los aspectos relacionados con los activos necesarios para la prestación de los servicios es la titularidad de las licencias de *software* que el cliente tiene instalado en sus máquinas y que ahora será utilizado por el proveedor para la prestación de los servicios. Este es uno de los aspectos que el cliente deberá tener en cuenta a la hora de tomar la decisión de externalizar, aunque normalmente no constituye un obstáculo real para la decisión. Sin embargo, habrá que negociar con los proveedores de dicho *software* la autorización para que el *outsourcer* acceda y utilice dicho *software* o incluso se subrogue o adquiera la titularidad de las licencias. Debemos recordar que es responsabilidad del cliente (porque es el propietario, arrendatario del *hardware* y licenciataria de las licencias de *software*) obtener cualesquiera permisos o autorizaciones necesarias para conceder al proveedor, el derecho para utilizar cualesquiera activos de terceros.

Por último, otro de los aspectos relevantes respecto de los recursos que se utilizarán en la prestación de los servicios son las instalaciones donde está ubicada la infraestructura tecnológica y los recursos humanos encargados de gestionarla. Este es uno de los aspectos importantes de la negociación, dado que puede tener un impacto relevante en el precio de los servicios. Al final, se trata de encontrar un término medio entre la tensión generada por el ansia de control que el cliente desea mantener sobre la operación de sus sistemas y la flexibilidad que necesita el proveedor para gestionar de la forma más eficiente posible los recursos necesarios para crear las sinergias susceptibles de generar los ahorros que el cliente espera alcanzar. Estos ahorros, reflejados en el precio de los servicios, serán mayores o menores en función de si el cliente está más o menos dispuesto a renunciar al control de las actividades externalizadas y asumir de forma madura el proceso de externalización, en particular mediante el traslado de sus máquinas a un centro de proceso de datos del proveedor. Lo que se sigue viendo en la actualidad, muchas veces resultado de un asesoramiento deficiente y de una incorrecta evaluación de riesgos, es la pretensión de obtener una reducción

---

<sup>7</sup> En relación con las máquinas que el cliente utilice con arreglo a un contrato de *leasing*, habrá que analizar caso por caso si es posible ejercer la opción de compra de forma anticipada por parte del cliente para en seguida vender dichas máquinas al proveedor o incluso ponderar una subrogación del proveedor en el contrato de *leasing*.

de costes mediante una pseudo-externalización que se traduce en la voluntad de continuar controlando la gestión de los recursos y las decisiones operativas, dejando el proveedor con las manos atadas para lograr su cometido de la forma más eficiente y beneficiosa para ambas partes.

Finalmente, otro de los temas que es objeto de debate durante el proceso de negociación y que el cliente tiene que considerar en su decisión es la posibilidad de que el proveedor utilice recursos localizados en un país extranjero (*offshore*) para la prestación de los servicios. Este es otro de los asuntos en que los clientes siguen estando, igualmente, asesorados de forma deficiente. Actualmente el desarrollo de Internet, de las telecomunicaciones y de las transmisiones por satélite permite la prestación de servicios de forma globalizada (*i.e.* desde casi cualquier parte del mundo). En particular, la prestación de dichos servicios desde países donde el nivel de desarrollo tecnológico es elevado, los recursos son altamente especializados, los costes de energía y mano de obra son más bajos y la estabilidad política y seguridad jurídica están garantizadas no debería constituir un obstáculo para la deslocalización de servicios, siempre y cuando se cumplan cualesquiera requisitos legales que sean de aplicación, como por ejemplo, en materia de transferencia internacional de datos personales. Aparte del cumplimiento de los mencionados requisitos, que deberán ser contractualmente salvaguardados, no hay otros obstáculos jurídicos que impidan esta deslocalización de servicios.

Así pues, teniendo en cuenta la ubicación de los recursos utilizados por el proveedor, puede haber distintos tipos de *outsourcing*: a) *outsourcing onshore*, en que el prestador de servicios utiliza recursos ubicados en el mismo país de su cliente; b) *outsourcing nearshore*, en que dichos recursos están localizados en un país próximo del país del cliente; o c) *outsourcing offshore*, en que los recursos están en países fuera del área geográfica del cliente.

Además, existen soluciones intermedias, el denominado *blended-shore outsourcing*, que resulta de la combinación de *onshore* con *offshore*, así como la utilización de recursos provenientes de países fuera del área geográfica del cliente pero que prestan los servicios en el país del cliente (*landed resources*)<sup>8</sup>. Estos recursos provienen de países que se han convertido en los motores de la producción de las nuevas tecnologías y que se han transformado en los puntos fuertes de la economía mundial<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Véase NÓBREGA PIZARRO, S. “O Contrato de Outsourcing, Wolters Kluwer – Coimbra Editora, Coimbra, pág. 15.

<sup>9</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Nuevas tecnologías y relación de trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, págs. 17-20.

### 3. Transferencia de empleados

En algunos casos, la externalización conlleva la transferencia al proveedor de los trabajadores dedicados hasta entonces al desarrollo interno de la actividad externalizada, pero en ningún caso podrá constituir un medio para encubrir una cesión ilegal de trabajadores<sup>10</sup>. Dependiendo de las circunstancias concretas, esta transferencia podrá ocurrir: a) en bases voluntarias, mediante la cesación, por mutuo acuerdo, de la relación laboral entre la empresa y sus trabajadores, seguida de la celebración de un nuevo contrato de trabajo entre el proveedor y dichos trabajadores; o b) mediante la aplicación del régimen del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET), que establece el régimen de la sucesión de empresas, en el caso de que se cumplan los requisitos recogidos en esta norma<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Desde un punto de vista de Derecho laboral, el artículo 42 ET es la estipulación central que regula el proceso de descentralización productiva en relación con las contrata y subcontratas, el cual debe analizarse conjuntamente con los siguientes instrumentos jurídicos: *i*) Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE número 154, de 29 de junio de 2004); *ii*) Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en particular, los arts. 14, 24 y 42), que afecta el ámbito de la seguridad y salud laboral en materia de contrata (BOE número 269, de 10 de noviembre de 1995); *iii*) Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del orden Social (véanse arts. 42.1 y 3), que señala la responsabilidad administrativa en el marco de la subcontratación. Asimismo, véase GÓMEZ ALBO, P., "Descentralización productiva, externalización y subcontratación", Actualidad Laboral, Número 1, 2000, Madrid, pág. 159.

<sup>11</sup> La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2009 (R.C.U.D. 4614/2007 (RJ 2009, 2997) resumió la doctrina acerca de la sucesión en torno a situaciones concretas como es la relevancia del título de transmisión de los bienes y del número elevado de trabajadores que pasan a prestar servicios bajo el nuevo titular o gestor de la actividad. En relación con la titularidad de los elementos patrimoniales transmitidos, dicha sentencia recordaba que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado de forma reiterada en las sentencias de 17 de diciembre de 1987, *My Molle Kiro*, 287/86 (TJCE 1988, 67), 12 de noviembre de 1992 (TJCE 1992, 184), *Watson Risk y Christensen* 209/91, y 20 de noviembre de 2003 (TJCE 2003, 386) *Abler y otros*, C-340/01, señalando que el ámbito de aplicación de la Directiva abarca todos los supuestos de un cambio, en el marco de las relaciones contractuales, de la persona física o jurídica que sea responsable de la explotación de la empresa que, por ello, contraiga las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales, concluyendo la última de las sentencias citadas que: "*la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenezcan a su antecesor, sino que fueron puestos a su disposición por el primer empresario, no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva 77/187*". En ese sentido, la citada sentencia alude también a las sentencias del Tribunal Supremo, de 11 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 1962) (R. 764/2002 y 3994/2006), en las que se trata la cuestión sin que represente obstáculo alguno que el título sea un contrato de arrendamiento, pues para ser empresario no es necesario ser propietario de los bienes de la empresa, sino poseer la titularidad del negocio, constituyendo la cesión de bienes un negocio cuya titularidad se cede (entidad económica con propia identidad). En vista de todo lo anteriormente expuesto, se ha de concluir que para determinar si ha existido o no sucesión de empresa, no es determinante si el nuevo empresario, continuador de la actividad, es propietario o no de los elementos patrimoniales necesarios para el desarrollo de la misma, ni si ha existido o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, sino si se ha producido un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y si la transmisión afecta a una entidad económica que mantenga su identidad.

En ambos casos las partes deberán contemplar contractualmente los mecanismos de reversibilidad de la transferencia en caso de extinción del contrato de *outsourcing*, dado que el cliente en caso de *insourcing* va a necesitar estos recursos para asegurar la continuidad de los servicios y el proveedor seguramente no está interesado en continuar soportando los costes de mano de obra si desaparecen los ingresos de los servicios que motivaron la transferencia de la misma.

Un aspecto digno de mención es la libertad que en todo caso el proveedor de servicios necesita para gestionar estos recursos, incluyendo su asignación a otros proyectos o contratos (*redeployment*), en caso de que considere que es lo más adecuado para alcanzar una mayor eficiencia en la prestación de los servicios. En ese sentido, cualquier traba por parte del cliente, como por ejemplo la exigencia de mantener determinados empleados que considera clave, asignados a la prestación de los servicios de su contrato, podrá constituir un obstáculo para la gestión eficiente de dicho contrato por parte del proveedor, con un impacto obvio en el precio del mismo. Este es otro ejemplo de la “esquizofrenia” de algunas empresas que quieren obtener las ventajas económicas de la externalización, sin renunciar al control de las actividades externalizadas. Como se verá más adelante, el proveedor de servicios está obligado al cumplimiento de determinados niveles de servicio (*Service Level Agreements*), cuyo incumplimiento conlleva la aplicación de penalizaciones. Por lo tanto, el cliente deberá confiar en este y otros remedios que le proporciona el contrato para saciar la avidez exagerada y contradictoria de control permanente sobre las operaciones externalizadas.

Además de los obstáculos que por desconocimiento suelen poner las empresas a la gestión de los recursos por parte del *outsourcer*, hay otras dificultades, relacionadas con peticiones de exclusividad en la prestación de los servicios, que todavía son más difíciles de entender, incluso, tratándose de la prestación de servicios similares a empresas de la competencia.

Una empresa de determinado sector externaliza la gestión de sus sistemas informáticos porque considera que el proveedor, que tiene como actividad principal dicha gestión, lo hará mejor que ella, es decir, con mayor calidad y costes más bajos. Sin embargo, dicho proveedor solo ha podido desarrollar la competencia que permite lograr estos objetivos porque ha tenido la oportunidad de prestar los mismos servicios a muchas empresas del mismo sector de actividad de su actual cliente y este solo se puede beneficiar de esta experiencia porque sus predecesores no han demandado este tipo de cláusulas de exclusividad. Es, por tanto, irracional que el cliente se quiera beneficiar de un *know-how* desarrollado por el *outsourcer* a lo largo del tiempo y que al mismo tiempo impida al *outsourcer* beneficiarse de dicho *know-how*, que es suyo, mediante la celebración de futuros contratos similares.

Las estipulaciones de confidencialidad son el medio adecuado y suficiente para proteger los intereses que normalmente las empresas pretenden salvaguardar con las exigencias de exclusividad.

#### **4. Niveles de servicio (*Service Level Agreements*)**

Tal como se ha adelantado, por su naturaleza, la excelencia en el cumplimiento del contrato de *outsourcing* depende de las dos partes involucradas. El contrato, como elemento regulador de las relaciones entre los contratantes, no deberá permitir interpretaciones ambiguas y poco precisas de sus cláusulas. Todos los servicios y la forma de su prestación deberán estar minuciosamente detallados en el contrato. Lo mismo ocurre respecto de los criterios de prestación de los servicios, también mencionados anteriormente, designados “niveles de servicio”, los cuales establecen los estándares de calidad que deberá alcanzar el proveedor en el cumplimiento de sus obligaciones.

Normalmente los niveles de servicio se establecen en dos fases. Primero, durante un período inicial del contrato (fase de transición), el proveedor está obligado de forma provisional a igualar o a superar los niveles de servicio históricos alcanzados internamente por el cliente, como mínimo durante los últimos 12 meses anteriores a la celebración del contrato. Segundo, después de la transición, las partes establecen un período de medición que habitualmente corresponde a los 180 días posteriores a la terminación de la transición y, al final de dicho período de medición, el proveedor presenta al cliente un informe en que se valora la prestación de los servicios durante el mes natural anterior con respecto a los niveles de servicio establecidos de forma provisional. Al final, los niveles de servicio definitivos se establecerán de mutuo acuerdo entre las partes, teniendo en cuenta los niveles medios de rendimiento alcanzados por el cliente antes de la celebración del contrato y los niveles alcanzados por el proveedor durante el período de medición aplicable. Para determinar si los niveles de servicio acordados por las partes aseguran con precisión la estabilidad de las operaciones comerciales del cliente, si fuera aplicable, las partes pueden acordar la realización de un seguimiento del rendimiento de cada uno de los indicadores definidos en un período de seis meses después del período de medición y ajustar los niveles de servicio para cada uno de dichos indicadores.

Además de la definición de los niveles de servicio, el contrato deberá reflejar igualmente el proceso de monitorización de los mismos, mediante la preparación de los informes pertinentes, así como las consecuencias para el proveedor en el caso de no alcanzar los niveles de servicio establecidos. Esas consecuencias se traducen, por un lado, en la aplicación de penalizaciones al proveedor y, por otro, en la necesidad de que el proveedor determine las

razones para no lograr los objetivos contractualmente establecidos y elaborar un plan de acción destinado a corregir las deficiencias identificadas. Sin embargo, la aplicación de las penalizaciones es sin duda la consecuencia más grave que el proveedor intenta evitar. Dichas penalizaciones tienen, o deberán tener, la naturaleza de cláusula penal, de acuerdo con el régimen consignado en el artículo 1152 CC, que establece la posibilidad de fijar una cantidad predeterminada para sustituir la indemnización de daños y perjuicios. La cláusula penal permite a las partes fijar convencionalmente la indemnización, lo que significa que el principio de la reparación integral (en el marco de la responsabilidad contractual) no es un principio de orden público y, por lo tanto, puede ser modelado o atemperado por las partes. Asimismo, y desde un punto de vista financiero, puede afirmarse que las cláusulas penales permiten determinar, sobre la base de la previa ponderación de riesgos entre los contratantes, los costes y las contingencias inherentes al desarrollo de la relación contractual. En el mismo sentido, en caso de incumplimiento de los niveles de servicio, estas cláusulas permiten simplificar la difícil tarea de calibrar la amplitud de los daños contractuales ocasionados. Por último, y desde un punto de vista práctico, cabe señalar que esta estipulación cuantitativa de la indemnización se puede reflejar utilizando para las distintas categorías de niveles de servicios diferentes factores de ponderación (según la el carácter estratégico de cada categoría) en relación con el precio abonado por el cliente durante el período de tiempo a que corresponde la medición para evaluar el cumplimiento de los niveles de servicio.

## 5. Protección de datos y medidas de seguridad

Otra de las materias cada vez más controvertidas durante el proceso de negociación de un contrato de *outsourcing* son las cuestiones relacionadas con el tratamiento de datos personales y las medidas de seguridad aplicables a dicho tratamiento. Hay que señalar que, a pesar de la existencia de una Directiva europea sobre esta materia, la legislación española y la práctica de la Agencia de Protección de Datos es bastante peculiar en comparación con otras legislaciones nacionales y autoridades similares de otros países, dado que es extremadamente formalista y traslada al encargado del tratamiento (el proveedor) responsabilidades que deberían confiarse al responsable del tratamiento (el cliente), según el espíritu de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> La legislación pertinente sobre esta materia es, a nivel europeo, la mencionada Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que está siendo actualmente objeto de reforma. Y, a nivel nacional, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) que traspone la Directiva y tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas; y el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, de desarrollo de la Ley Orgánica de

A continuación, se enumeran algunos de los aspectos relevantes en el contrato para garantizar simultáneamente el estricto cumplimiento de la legislación aplicable y la definición de las responsabilidades de cada una de las partes respecto del tratamiento de datos personales y operaciones asociadas, como la transferencia internacional de los mismos, en caso de que sean necesarias para la prestación de los servicios.

Hay un conjunto de estipulaciones de carácter general que el contrato deberá recoger. Desde luego, habrá que reflejar claramente que el cliente es el responsable del tratamiento de los datos personales y el proveedor, mediante el contrato, se designa formalmente como encargado de dicho tratamiento a todos los efectos legales. Sin embargo, el responsable del tratamiento es quien debe determinar los fines y medios que deberán utilizarse para el tratamiento de los datos personales por parte del encargado, lo que implica que dicho tratamiento no ponga al proveedor en situación de incumplimiento de la legislación aplicable. En ese sentido, con anterioridad al inicio de las operaciones de tratamiento de los datos, el cliente deberá identificar e informar al encargado acerca de cualesquiera ficheros, repositorios u otros sistemas de archivado que contengan datos especialmente protegidos (según la definición del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/199, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal), así como comunicar al encargado cualquier requisito especial o restricción por ley de obligado cumplimiento para el tratamiento de dichos datos especialmente protegidos, incluidos los relativos al acceso a los mismos desde fuera de España.

Por su lado, el proveedor deberá realizar el tratamiento de los datos personales conforme a las instrucciones proporcionadas por el cliente, que deberán recogerse en el contrato conforme se especifica más adelante. Asimismo, el encargado no deberá utilizar los datos personales para cualesquiera otros fines diferentes a la prestación de los servicios o cualesquiera otros no contemplados en el contrato, y seguirá las instrucciones del responsable del tratamiento para evitar la revelación de los datos personales a cualquier tercero no autorizado, incluida cualquier transferencia o comunicación para su conservación (como, por ejemplo, copias de seguridad).

Como se adelantó, uno de los aspectos tal vez más importantes respecto del tratamiento de datos personales son las estipulaciones que regulan las medidas de seguridad que deberán aplicarse en todo momento a dicho tratamiento. En ese sentido, el contrato deberá establecer que el cliente (que es el único que conoce las categorías de datos almacenados en sus bases de datos) es el responsable de determinar que las medidas de seguridad especificadas por él, en cada momento en el contrato, son las medidas técnicas y organizativas apropiadas para

---

Protección de Datos. Se trata de un desarrollo de la Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre; se puede decir que desarrolla tanto los principios de la ley, como las medidas de seguridad vigentes para los sistemas de información y se aplica tanto a ficheros en soporte automatizado, como a ficheros en cualquier otro tipo de soporte.

proteger los datos de carácter personal de conformidad con los requisitos de la legislación aplicable.

Si, en cualquier momento durante la prestación de los servicios, se requiere alguna modificación en los servicios, incluso respecto de las medidas de seguridad, para cumplir con algún cambio legislativo, o dicha modificación es solicitada por el responsable del tratamiento para cualquier otro fin, es justo que el cliente incurra en los costes adicionales asociados al cambio solicitado.

Finalmente, respecto a las transferencias internacionales de datos, aunque el cliente es el responsable conforme a la ley de obtener todas las autorizaciones necesarias para la ejecución de la transferencia, los contratantes deberán cooperar en ese proceso, en particular con respecto a la ejecución de las cláusulas estándares europeas (*EU Standard Contractual Clauses*) para asegurar la transferencia de datos a encargados del tratamiento (subcontratistas del proveedor) establecidos en países terceros conforme a la Decisión 2002/16/EC de la Comisión. Sin embargo, la firma de las mencionadas cláusulas estándares no deberá modificar en modo alguno las disposiciones del contrato y su régimen de responsabilidades, ni tampoco deberá desvirtuar las obligaciones o derechos derivados del mismo para las partes.

## 6. Propiedad intelectual

Es pertinente referenciar las cláusulas de propiedad intelectual en la negociación de contratos de *outsourcing* por la importancia –absolutamente innecesaria– que muchas empresas atribuyen a esta materia. Es elemental y de sentido común que ambas partes preserven sus derechos de propiedad intelectual adquiridos con anterioridad a la celebración del contrato. Este, en ningún caso, podrá constituir un medio de expropiación de dichos derechos. El problema surge respecto de los trabajos desarrollados por el proveedor en el marco de la prestación de los servicios y la titularidad de los derechos de propiedad intelectual sobre los materiales resultantes de dichos trabajos.

Incluso en contratos de *outsourcing* que se limitan exclusivamente a la gestión y operación de su centro de proceso de datos, la primera posición del cliente es que todos los derechos de propiedad que se puedan generar como resultado de los servicios prestados por el proveedor deberán ser de su propiedad. Normalmente el argumento, muy básico, es que si paga tiene derecho a ellos. Pero la realidad es otra: en primer lugar, la enajenación de estos derechos de propiedad intelectual por parte del proveedor no está contemplada en el precio de los servicios; en segundo lugar, el proveedor siempre estará dispuesto a conceder una licencia no

exclusiva, mundial y gratuita para que el cliente pueda usar, ejecutar, reproducir, representar en pantalla, hacer funcionar y distribuir copias para uso interno, no solo durante el período contractual, sino también para su uso y beneficio exclusivo después de la terminación o expiración del contrato.

En la mayoría de los contratos de *outsourcing*, una licencia en estos términos es más que suficiente para salvaguardar los intereses del cliente, dado que es lo que necesita para beneficiarse de los materiales desarrollados durante y después de la prestación de los servicios, garantizando la operación legítima de sus actividades, que no suele ser el desarrollo de *software* o de otros materiales susceptibles de protección por derechos de propiedad intelectual. La otra cara de la moneda es que dicha actividad de desarrollo de propiedad intelectual suele ser efectivamente la actividad principal del proveedor. Por lo tanto, si tuviera que renunciar a la propiedad de los materiales (tales como programas, listados de programas, herramientas de programación, documentación, informes, dibujos y obras similares) que va desarrollando a lo largo de su actividad, teniendo que empezar todo de nuevo cada vez que firma un nuevo contrato, el precio de los servicios sería tan exorbitante que el cliente no podría acceder a ellos. Incluso el proveedor podría tener que cesar su actividad, porque no podría reproducir u utilizar los materiales ya desarrollados porque estaría violando los derechos de propiedad de su cliente anterior. En suma, en los contratos de *outsourcing*, el cliente no necesita la propiedad intelectual que resulta de la prestación de dichos servicios, ni sería posible pagar su precio. La obtención de una licencia ajustada a sus necesidades es suficiente para proteger sus intereses y garantizar la estabilidad de sus operaciones.

## **7. Incumplimiento contractual**

Tal como se ha venido reiterando, el contrato de *outsourcing* es un contrato de colaboración, dado que sin la permanente cooperación del acreedor, el deudor no consigue realizar la prestación. Además, los servicios prestados asumen tal carácter estratégico en la organización del acreedor que la ruptura contractual debe tratarse con el máximo cuidado. Por lo tanto, solamente cuando se está ante un verdadero incumplimiento grave y reiterado por una de las partes, susceptible de generar una crisis contractual en que no es exigible a la otra parte (cumplidora) mantener el vínculo obligacional, existe una causa legítima para la quiebra del mismo. En otras palabras, en la evaluación de un potencial incumplimiento deberá atenderse a la naturaleza específica de la relación obligacional y ser especialmente exigentes a la hora de legitimar una ruptura de la misma. Es aconsejable establecer un plazo, más o menos largo, mediante el cual se conceda a la parte incumplidora la posibilidad de subsanar su incumplimiento evitando así la ruptura contractual. Además, el contrato debe establecer mecanismos internos de resolución de conflictos a nivel estratégico, funcional y operacional a

través de la creación de comités conjuntos para gestionar cada una de estas componentes de la prestación de los servicios, para asegurar la correcta gestión del contrato y la resolución de posibles discrepancias entre las partes. Todo esto con el fin de salvaguardar la relación contractual.

Sin embargo, uno de los errores que con frecuencia se detectan en este tipo de contratos es la tendencia, a petición del cliente, de recoger en una lista un conjunto de situaciones que las partes consideran que constituyen un incumplimiento “automático” del contrato. Esta solución refleja una técnica contractual deficiente, porque obviamente es imposible detallar todas las causas de incumplimiento. No obstante, aunque se incluya tal listado a título de ejemplo, no deja de marcar una referencia de lo que las partes han querido calificar como incumplimiento quedándose rehenes de dicha referencia. Así las cosas, es totalmente desaconsejable seguir esa práctica, aunque pueda parecer justificada por una aparente seguridad contractual. Por tanto, cualquier causa de incumplimiento deberá ser evaluada según el régimen general que establece el Código Civil, beneficiándose las partes del rigor (y al mismo tiempo de la flexibilidad) que resulta de la aplicación de las normas legales que regulan esta materia.

En este contexto, podemos adelantar a grandes rasgos que el sistema español admite la exclusión de determinados daños y la limitación cuantitativa de la indemnización de los daños no excluidos por los contratantes mediante la incorporación al contrato de cláusulas penales<sup>13</sup>.

Desde un punto de vista material, esta potestad de modelación contractual de la responsabilidad refleja la permanente función reformadora del Derecho como conjunto de normas destinadas a disciplinar la vida en sociedad y que, por tanto, no puede alejarse de la realidad concreta y de las necesidades prácticas que genera la evolución socio-económica. En ese sentido, la posibilidad de ajustar las normas jurídico-contractuales a los específicos intereses de los contratantes —sin afectar, obviamente, el interés social, que recoge el concepto de orden público— constituye un pilar primordial del tráfico jurídico en su conjunto y cobra especial importancia en determinados sectores de la contratación, como es el caso de las tecnologías de la información. Así, la incorporación de este tipo de estipulaciones a la práctica contractual en el sector tecnológico está claramente asociada a los potenciales riesgos inherentes a la naturaleza de esta actividad y a las graves consecuencias a las que puede enfrentarse la parte que ostenta una posición de deudor de la prestación en caso de incumplimiento, que podrían, en algunos casos extremos, conducir a la cesación de su actividad o, en un momento previo, desincentivar la entrada en el mercado de nuevos agentes o sujetos contratantes. En consecuencia, la dificultad en predecir las potenciales responsabilidades en caso de incumplimiento inhibiría la innovación y el desarrollo de la actividad económica y, en última instancia, el progreso de la propia sociedad, privando a los empresarios y a las corporaciones en general de la posibilidad de beneficiarse de las necesarias ventajas que

---

<sup>13</sup> AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, “La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, pág. 59, Bosch, 1993, Barcelona.

proporcionan las infraestructuras tecnológicas. En ese sentido, puede afirmarse que tal modelación de la responsabilidad por los empresarios refleja la viabilidad y eficiencia que buscan alcanzar los contratantes en el establecimiento de las normas que regulan su colaboración<sup>14</sup>.

Por último, por la misma razón, necesidad de flexibilidad, en virtud del carácter estratégico de los servicios, el cliente deberá tener la posibilidad de revertir su decisión de externalización, ya sea para volver a desarrollar internamente las actividades externalizadas o transferirlas a otro proveedor. En este sentido, son frecuentes las denominadas cláusulas de “terminación por conveniencia”. Básicamente, son estipulaciones que permiten al acreedor extinguir el vínculo contractual sin que ocurra ningún tipo de incumplimiento por parte del proveedor, mediante el pago de una determinada cantidad establecida en el contrato.

## 8. El mito del *benchmarking*

El *benchmarking* es un proceso que permite al cliente contratar a un tercero para determinar que los precios del proveedor son competitivos en comparación con otros precios que se ofrecen en la industria del *outsourcing* para servicios y niveles de servicio sustancialmente similares.

El debate sobre las cláusulas de *benchmarking* es común en la mayoría de las negociaciones de *outsourcing*. Sin embargo, debido a la naturaleza *intuitu personae* que este tipo de contratos tiene, es probable que este tipo de cláusulas no sean el método más adecuado para asegurar un precio competitivo. Además, es intrínsecamente difícil comparar precios de contratos tan complejos, debido a la gran variabilidad de los servicios prestados, la naturaleza y el riesgo de las inversiones del proveedor, el modelo de precios del contrato, el entorno tecnológico del cliente y los niveles de servicio pactados.

Al contrario de lo que se pueda pensar o escribir en los contratos, prácticamente no existen estándares de la industria para la evaluación comparativa de un precio en un contrato a tan largo plazo como suele ocurrir en los contratos de *outsourcing*. Los *benchmarkers* pueden intentar comparar una empresa que recurre a la externalización con otra, o comparar precios aplicados a un cliente utilizando una determinada métrica con una serie de otros clientes. Pero, debido a la multitud de variables entre las circunstancias relacionadas con los clientes y con los servicios, la mayoría de las comparaciones generan resultados poco rigurosos y, por tanto, con un valor bastante cuestionable. Además, la comparación produce inevitablemente

---

<sup>14</sup> Véase DOS SANTOS MARTINS, L., “Exclusión y limitación de responsabilidad contractual: especial referencia a los contratos de tecnologías de la información”, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, Número 30, 2012, págs. 46-68.

una imagen fija en el tiempo y no capta la naturaleza de continuidad del contrato, lo que constituye, en sí mismo, un reto respecto del valor de la información del proceso de *benchmarking*.

Otro de los aspectos que cabe considerar es el elevado coste de todo este proceso. Al final, una gran parte de lo que el cliente pueda ahorrar con una disminución del precio del contrato se lo tiene que pagar al *benchmarker* por los servicios prestados.

Existen medios mucho menos intrusivos y dispendiosos para ajustar el precio de los servicios y que se pueden reflejar contractualmente utilizando el mecanismo de gobierno del propio contrato. Solo para dar un ejemplo, si los servicios que inicialmente se acordó prestar *onshore* pasan a prestarse *offshore*, es natural que las partes puedan pactar un posible ajuste de precios a la baja. Lo mismo ocurre si existe un incremento extraordinario en el coste de mano de obra o de energía que las partes no hayan contemplado inicialmente. En este caso, podría ser necesario un ajuste al alza del precio de los servicios. En conclusión, en este tipo de contratos tan estratégicos, es de suma importancia mantener el equilibrio contractual en todo momento. Por un lado, no interesa al proveedor que el cliente tenga la percepción de que el precio de los servicios no es justo; y por otro, no conviene al cliente que el proveedor esté en una situación de desequilibrio financiero, porque la misma no es sostenible a largo plazo y al final termina afectando la calidad de los servicios. En conclusión, las proyecciones financieras iniciales son importantes así como el cumplimiento puntual de las obligaciones contractuales, pero también lo es disponer de un modelo de gobierno del contrato que asegure en todo momento el equilibrio contractual entre los contratantes.

## 9. Conclusiones

1. El contrato de *outsourcing* es el instrumento mediante el cual el empresario decide desplazar o relocalizar determinadas actividades hacia otro agente económico para que este las realice de forma más eficiente desde un punto de vista técnico y económico. Al adjudicar a un tercero el desarrollo de estas actividades, normalmente secundarias en relación con el objeto social, la empresa libera recursos humanos y financieros que le permiten, entre otras cosas, el desarrollo de nuevos productos y la entrada en nuevos mercados.

2. El contrato deberá contemplar una descripción detallada y rigurosa de los servicios que constituyen objeto del mismo, así como una matriz de responsabilidades exhaustiva que refleje las obligaciones de cada una de las partes en la consecución del objeto contractual. La correcta elaboración de esta componente contractual asume primacía frente a las cláusulas de contenido más teórico, dado que la mayor parte de las controversias entre los contratantes están relacionadas con el alcance de los servicios prestados (o que se han dejado de prestar).

3. La externalización conlleva la transferencia al proveedor de los trabajadores dedicados hasta entonces al desarrollo interno de la actividad externalizada, pero en ningún caso podrá constituir un medio para encubrir una cesión ilegal de trabajadores. Dependiendo de las circunstancias concretas, esta transferencia podrá ocurrir: a) en bases voluntarias, mediante la cesación de mutuo acuerdo de la relación laboral entre la empresa y sus trabajadores, seguida de la celebración de un nuevo contrato de trabajo entre el proveedor y dichos trabajadores; o b) mediante la aplicación del régimen del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET), que establece el régimen de la sucesión de empresas, en el caso de que se cumplan los requisitos recogidos en esta norma.
4. El correcto cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del proveedor deberá medirse por indicadores rigurosamente detallados en el contrato (denominados “niveles de servicio”) y sujetos a un proceso de medición acordado entre las partes. Si el proveedor no iguala o supera esos niveles de servicio, se le podrán aplicar penalizaciones pecuniarias.
5. Dichas penalizaciones tienen la naturaleza de cláusula penal, de acuerdo con el régimen consignado en el artículo 1152 CC, que establece la posibilidad de fijar una cuantía predeterminada para sustituir la indemnización de daños y perjuicios. La cláusula penal permite a las partes fijar convencionalmente la indemnización, lo que simplifica la difícil tarea de calibrar la amplitud de los daños contractuales ocasionados.
6. Una de las materias más controvertidas en el proceso de negociación de un contrato de *outsourcing* es el tratamiento de los datos personales y las medidas de seguridad aplicables a dicho tratamiento. El cliente, en su capacidad de responsable del tratamiento, permanece como único responsable de determinar los fines y medios que deberá el encargado (proveedor) para el tratamiento de los datos personales, lo que incluye que dicho tratamiento no ponga al proveedor en situación de incumplimiento de la legislación aplicable.
7. En el marco de un contrato de *outsourcing*, el cliente no necesita (y además es financieramente inviable) adquirir la propiedad intelectual de los materiales que desarrolla el proveedor como parte de la prestación de los servicios. Un contrato de licencia que permita la utilización de los materiales desarrollados es suficiente para salvaguardar los intereses del cliente, dado que este medio le garantiza la operación legítima de sus actividades. Por el contrario, el proveedor no puede renunciar a la propiedad intelectual de los materiales que va desarrollando a lo largo de su actividad, porque eso haría inviable su actividad comercial en el futuro.
8. Teniendo en cuenta la naturaleza de colaboración inherente al contrato de *outsourcing* y la criticidad de los servicios prestados, una potencial ruptura contractual debe tratarse con sumo cuidado. Por lo tanto, solamente cuando estamos ante un verdadero incumplimiento grave y reiterado por una de las partes, susceptible de generar una crisis contractual en que no es exigible a la otra parte mantener el vínculo obligacional, existe una causa legítima para la

quiebra del mismo. En este contexto, resulta totalmente contraproducente enumerar en el contrato, ni siquiera a título de ejemplo, causas de incumplimiento, porque pasan a constituir una referencia estática que deja rehenes a las partes respecto de otras potenciales causas de incumplimiento no referenciadas en el contrato.

9. La inserción de cláusulas de *benchmarking* es común en los contratos de *outsourcing* pero, debido a la naturaleza *intuitu personae* que tiene este tipo de contratos, esas cláusulas tal vez no sean el método más adecuado para asegurar un precio competitivo. Además, es intrínsecamente difícil comparar precios de contratos tan complejos, debido a la gran variedad de los servicios prestados, la naturaleza de las inversiones y los costes del proveedor, el modelo de precios, el entorno tecnológico del cliente y los niveles de servicio pactados. Por el contrario, el equilibrio financiero del contrato deberá asentarse en proyecciones financieras iniciales rigurosas, en el cumplimiento puntual de las obligaciones contractuales y en un modelo eficiente de gestión del contrato y de resolución de conflictos.

## Bibliografía

DOS SANTOS MARTINS, L., “Exclusión y limitación de responsabilidad contractual: especial referencia a los contratos de tecnologías de la información”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Número 30, 2012, págs. 46-68.

GÓMEZ ALBO, P., “Descentralización productiva, externalización y subcontratación”, *Actualidad Laboral*, Número 1, 2000, Madrid, pág. 159.

HAMEL, G. y PRAHALAD, C.K., “Competing for future”, *Harvard Business School Publishing, Harvard*, 1996.

KAHALE CARRILLO, Djamil Tony, “Descentralización productiva y ordenamiento laboral. Un estudio sobre la contratación externa de actividades descentralizadas”, *Cuadernos de Aranzadi Social*, número 39, Aranzadi, Madrid, 2011, pág. 46.

PAZ-ARES, Cándido y ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Artículo 38», en María Emilia CASAS BAAMONDE y Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “*Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*”, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, págs. 980 a 1000.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F, “*Nuevas tecnologías y relación de trabajo*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, págs. 17-20.

NÓBREGA PIZARRO, S. “O Contrato de Outsourcing”, Wolters Kluwer – Coimbra Editora, Coimbra, pág. 15.