

Outsourcing

Aspectos jurídicos a considerar en las externalizaciones de infraestructuras, servicios y procesos

Junio 2012



Información de Contacto

Si desea obtener información adicional sobre alguno de los aspectos de esta nota y/o de los servicios legales de Hogan Lovells, puede ponerse en contacto con las siguientes personas

Gonzalo F. Gallego

Socio – IP, Tecnologías de la Información y Protección de Datos

T +34 913 498 227

gonzalo.gallego@hoganlovells.com

Pablo Rivas

Asociado Senior – IP, Tecnologías de la Información y Protección de Datos

T +34 913 498 200

pablo.rivas@hoganlovells.com

Resumen de contenidos

1. INTRODUCCIÓN
2. RAZONES PARA EL OUTSOURCING, “ZAPATERO A TUS ZAPATOS”
3. CICLO DE VIDA DE UN OUTSOURCING
 - 3.1. Fase I: Decisión del *Outsourcing*
 - 3.2. Fase II: Selección del Proveedor
 - 3.3. Fase III: Negociación del Contrato
 - 3.4. Fase IV: Transición
 - 3.5. Fase V: Transformación y Servicios "*Interim*" o "*AS-IS*"
 - 3.6. Fase VI: Servicios
 - 3.7. Fase VII: Retorno

Outsourcing

Aspectos jurídicos a considerar en las externalizaciones de infraestructuras, servicios y procesos

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad es difícil encontrar empresas que no hayan puesto en manos de un tercero la gestión de alguna de sus actividades mediante un proceso de externalización, más conocido por el término anglosajón de *Outsourcing*. La situación es previsible que se mantenga en los próximos años. Según el informe "**Observatorio Sectorial**" publicado por DBK, S.A. en mayo de 2012

(http://www.dbk.es/pdf/Observatorio_Sectorial.pdf) el *Outsourcing*, en particular, el informático, es una de las actividades con mayor desarrollo actualmente en España previéndose un crecimiento cercano al 6% en 2012.

Las actividades externalizadas son habitualmente aquellas "actividades secundarias" que, aunque puedan ser cruciales para el funcionamiento de la empresa, no forman parte de su *core business*. Es el caso del *Outsourcing* de sistemas de información y/o telecomunicaciones (*Information Technology Outsourcing - ITO*) o de procesos como recursos humanos, logística, o sistemas de pago (*Business Process Outsourcing - BPO*). No obstante, en ocasiones la externalización puede incidir en aspectos del *core business* de la empresa (normalmente, los aspectos menos sofisticados), como es el caso la externalización de la gestión de la información y del conocimiento (*Knowledge Process Outsourcing - KPO*).

Sin embargo, todavía existen empresas reacias a afrontar un *Outsourcing*, motivadas, sin lugar a dudas, por algunos de los siguientes tópicos negativos que existen en torno a este tipo de procesos:

- ✓ El *Outsourcing* es caro y complejo, por cuanto implica no sólo un importante coste económico para la empresa, también el inicio de un largo proceso para la transmisión al proveedor de las actividades a externalizar.

- ✓ El *Outsourcing* genera una situación de dependencia del cliente respecto al proveedor, de tal manera que el primero se convierte en una suerte de "rehén" del segundo. Retroceder tras un proceso de *Outsourcing* (es decir, internalizar el servicio externalizado) o incluso cambiar de proveedor de *Outsourcing* es una tarea complicada y costosa. Esta situación ocasiona cierto grado de "cautividad" en el cliente que es habitualmente reacio a cambiar de proveedor y por ello puede ser proclive a soportar situaciones "incomodas" más allá de lo que ocurriría con otro tipo de contratos donde tal "cautividad". Algunas de estas "incomodidades" son los incumplimientos o mala prestación del servicio por el proveedor o la aplicación al cliente de condiciones económicas más gravosas que las existentes en el mercado en determinado momento.

- ✓ Los servicios externalizados se acostumbran a corromper, de tal forma que los beneficios económicos y de calidad del servicio tienden a desaparecer con el paso del tiempo.

- ✓ El proveedor es ajeno a la empresa cliente y por lo tanto el control del cliente sobre el servicio se difumina. Esta situación no se refiere sólo al poder de dirección sobre el personal que se ocupa de los servicios (que ya no es el de un empleador) sino que alcanza a otros aspectos como el almacenamiento de la información (que en ocasiones se "mezclará" con la de otros clientes del proveedor), la tecnología usada, etc.

- ✓ Una vez finalizado el *Outsourcing* el retorno del servicio al cliente es siempre un proceso traumático y lleno de dificultades.

Estos temores o riesgos del *Outsourcing*, ciertamente fundados, pueden ser mitigados, e incluso eliminados, si el proceso se lleva a

cabo de manera correcta. En la presente nota resumimos los principales aspectos jurídicos que aconsejamos a nuestros clientes que tengan en cuenta en cuenta a la hora de acometer con éxito un proceso de externalización.

2. RAZONES PARA EL *OUTSOURCING* - "ZAPATERO A TUS ZAPATOS"

De entre las diversas razones que mueven a una compañía a realizar un *Outsourcing*, destaca la **búsqueda de ahorros y la estabilización de costes.**

En el reciente estudio **Public Perception of Outsourcing Research** llevado a cabo por la National Outsourcing Association (www.noa.co.uk), en abril de 2012, el 65% de las empresas entrevistadas contestó a la pregunta "*¿Qué palabras asocia usted con el Outsourcing?*", respondiendo "*reducción de costes*".

Es evidente, que la actual situación económica contribuye a dar a la búsqueda de ahorros un peso extraordinario en la decisión de realizar un proceso de externalización.

En todo caso, el que un *Outsourcing* pueda ser una forma de reducir costes, no debe empañar otros beneficios que también puede proporcionar,

En efecto, otro elemento clave para acometer un *Outsourcing* debe ser la expectativa de **mejorar la calidad de la actividad objeto de externalización.** Piénsese que el proveedor de servicios es, o así debería ser, una empresa especializada en la prestación de los servicios que serán externalizados. Dicho de otro modo, lo que para la empresa cliente pueden ser "actividades secundarias", constituyen para el proveedor su *core business*".

Otra de las ventajas que se derivan del *Outsourcing* es la **flexibilidad** que aporta a las empresas, en un doble sentido:

- ✓ Si el *Outsourcing* se acomete correctamente, el tamaño y

Realizar un buen análisis jurídico de la transacción y contar con un contrato que cubra correctamente los riesgos de la operación son, sin duda, elementos críticos a la hora de garantizar que todos los pesimistas "mitos" que existen en torno al Outsourcing, queden sólo en eso.

alcance del servicio externalizado estará vinculado a la evolución de la empresa y a su crecimiento y decrecimiento. Gracias a su especialización y al hecho de que proporciona servicios para otros clientes, el proveedor de *Outsourcing* se encuentra en una situación óptima para absorber el incremento y reducción de las necesidades de la empresa, cosa que no ocurre cuando se emplean los propios recursos (no externalizados) que son por su propia naturaleza rígidos.

- ✓ Además, el *Outsourcing* permite una mejor adaptación de las empresas a los cambios tecnológicos, e incluso regulatorios, que afecten a su actividad. La evolución tecnológica es veloz y una empresa requiere realizar importantes inversiones si quiere mantenerse al día, conservar su posición competitiva en el mercado e, incluso, poder atender las nuevas necesidades de sus clientes. Estas inversiones se pueden reducir y racionalizar si se llevan a cabo en el contexto de un *Outsourcing*. El proveedor es un experto en las tareas especializadas y, por lo tanto, es capaz de hacer evolucionar la tecnología de forma mucho más eficiente, tanto por el hecho de contar con acuerdos más ventajosos con los proveedores de la misma como por poder dividir su coste entre otros clientes para los cuales se utilicen los mismos medios.

En materia de responsabilidad, **el *Outsourcing* permite a las empresas trasladar a los proveedores la responsabilidad** en relación con la correcta prestación del servicio externalizado, así como las consecuencias en caso de que dicho servicio vulnere la normativa aplicable o derechos de terceros.

Finalmente, y no menos importante, **el *Outsourcing* permite a las compañías focalizar la totalidad de**

sus recursos internos en aquellas tareas que aportan mayor valor al negocio (es decir, aquellas áreas o actividades que conforman el núcleo central del negocio de la organización).

3. CICLO DE VIDA DE UN *OUTSOURCING*

Un *Outsourcing* es un proceso complejo que requiere de una adecuada planificación. Cada *Outsourcing* es diferente, dependiendo de variantes tan distintas como el país en el que se lleva a cabo, la actividad que se pretende externalizar o si se trata de un nuevo *Outsourcing* o sigue a uno ya existente con otro proveedor. No obstante de forma general pueden identificarse las siguientes fases que, habitualmente integran los procesos de *Outsourcing*:



3.1. Fase I: Decisión del *Outsourcing*

Acometer un *Outsourcing* es fundamentalmente una decisión de negocio que gira en torno a aspectos tales como la reducción de costes o la mejora de calidad. Sin embargo, también existen aspectos jurídicos que deben ser valorados a la hora de decidir realizar un proceso de externalización, a saber:

- ✓ Identificación y valoración de los **elementos regulatorios que afectarán al *Outsourcing***. Se trata en definitiva de verificar que no existe ninguna regulación que impide la externalización o que condiciona la forma en que puede llevarse a cabo (Ej. limitación a la utilización de recursos en situados en determinados países, necesidad de obtener una autorización de los reguladores, obligaciones de

notificación, auditorias, etc.). Este requisito es especialmente importante cuando las empresas desarrollan su actividad en sectores fuertemente regulados como el sector bancario, empresas de servicios de inversión, entidades aseguradoras, energía o telecomunicaciones.

- ✓ Análisis de la **situación jurídica** de los:
 - **activos** tales como instalaciones, maquinaria, tecnología o propiedad intelectual que serán transmitidos al proveedor en el contexto del *Outsourcing* (debiéndose verificar que su propiedad es del cliente y que no existe gravámenes que impidan su transmisión o bajen su precio); de
 - los **contratos** que deben ser cancelados o cedidos al proveedor al ser "sustituidos" por el *Outsourcing* (Ej. identificación de existencia de penalización por terminación o cláusulas que impidan su cesión) y, finalmente, de
 - los **empleados** que se vean afectados por las actividades a externalizadas (Ej. valoración de la existencia de sucesión de empresa, análisis de indemnizaciones a satisfacer por despidos, etc.).
- ✓ Estudio de la mejor **estructura para llevar a cabo el *Outsourcing***. Si bien en la presente nota nos circunscribimos al *Outsourcing* a través de proveedores externos, nótese que existen otras alternativas mercantiles para la externalización de procesos, actividades y/o departamentos de las empresas (Ej. transmisión de ramas de actividad a otras empresas del grupo o de nueva creación, escisiones, etc.).

No se trata sólo de seleccionar a un proveedor técnica y jurídicamente capaz; también debe evitarse la selección de proveedores que mantengan posiciones jurídicas tan apartadas de las de la empresa cliente, que obliguen a pasar por un largo y costoso proceso de negociación.

3.2. Fase II: Selección del Proveedor

Una vez tomada la decisión de llevar a cabo el *Outsourcing*, comienza la fase de selección del proveedor.

La selección de un proveedor adecuado es uno de los pasos más importantes en cualquier proceso de externalización.

Sin duda, los principales elementos que motivan la selección de uno u otro proveedor, son de tipo técnico (Ej. solución técnica propuesta) o comerciales (Ej. precio). No obstante, también **existen factores de tipo jurídico que deben ser sopesados**.

En concreto, el proveedor que se seleccione debe:

- ✓ Tener **capacidad legal** para prestar el servicio, por cuanto no existe motivos legales y/o contractuales (Ej. pactos de exclusividad con otros proveedores, etc.) que se lo impidan.
- ✓ Estar en disposición de **aceptar aquellas condiciones contractuales que para la empresa constituyen aspectos esenciales** de cara a la adjudicación del proyecto a un determinado proveedor (Ej. limitaciones de responsabilidad, exclusividad, etc.)

En definitiva, no se trata sólo de seleccionar a un proveedor técnica y jurídicamente capaz, también debe evitarse la selección de proveedores que mantengan posiciones jurídicas tan apartadas de las de la empresa cliente, que obliguen a pasar por un largo y costoso proceso de negociación que, a menudo, culmina en transacciones abortadas e importantes pérdidas de tiempo y dinero, tanto para el proveedor como, muy especialmente, los clientes.

Para evitar éstos resultados no deseados, **es de vital importancia contar con una solicitud de propuesta o RFP (*Request for Proposal*) adecuada**.

Además de definir las características técnicas del servicio a externalizar y los condicionamientos comerciales, la RFP debe solicitar la aceptación por los licitantes de aquellos términos y condiciones contractuales que para la empresa resulten esenciales de cara a la adjudicación del servicio.

Una vez remitida la RFP a los proveedores invitados al proceso de selección, se suele abrir un periodo de tiempo en el que los proveedores solicitan aclaraciones o información adicional al cliente al objeto de afinar el contenido de sus propuestas. Transcurrido este periodo, los proveedores presentan sus propuestas a la empresa cliente, quien valora las mismas y, en su caso, solicita las oportunas aclaraciones y/o enmiendas. De hecho, es habitual la apertura de un primer proceso de negociación entre el proveedor y el cliente de cara a la adjudicación del proyecto.

Durante esta fase del *Outsourcing* es importante para las empresas seguir determinadas **pautas de cara a obtener una propuesta clara del proveedor y agilizar la posterior negociación del contrato**. Dichas pautas pueden resumirse en:

- ✓ A parte de las características del servicio y los términos y condiciones esenciales, **la RFP también debe establecer las reglas que regirán la posterior negociación del contrato**, una vez finalizado el proceso de selección del proveedor. De este modo, la RFP debe regular cuestiones tales como el plazo máximo de negociación, el contrato que se utilizará como modelo durante la negociación o las obligaciones de confidencialidad durante el proceso negociador.
- ✓ Durante el proceso de adjudicación la empresa cliente debe obtener una aceptación expresa por parte del proveedor de aquellas cuestiones de negocio y legales, que el cliente considera esenciales. Es innegable que la empresa cliente **tiene una posición**

negociadora ventajosa durante el proceso de adjudicación.

- ✓ El proveedor debe elaborar una **oferta única y consolidada que incluya todos los acuerdos alcanzados en las sucesivas negociaciones y contactos mantenidos entre el proveedor y el cliente durante la fase de adjudicación**. A menudo, la ausencia de dicha oferta consolidada crea incertidumbre durante la negociación acerca de lo que se acordó en el contexto de la licitación, lo que conlleva que el proceso negociador se dilate y tense.
- ✓ Una vez **finalizado el proceso de adjudicación es recomendable firmar con el proveedor seleccionado una "Carta de Adjudicación"** al objeto de:
 - Dejar constancia de que la adjudicación del servicio tiene carácter preliminar, estando sujeta la adjudicación definitiva del mismo al acuerdo que se alcance, en su caso, durante el proceso de negociación.
 - Obtener del proveedor el compromiso de negociar de buena fe el contrato, en el plazo establecido por el cliente.
 - Acordar un compromiso de confidencialidad en relación con el contenido de las negociaciones.

3.3. Fase III: Negociación del Contrato

Seleccionado el proveedor, se inicia la fase de negociación que, previsiblemente, durará semanas y hasta meses y donde se realizará un trabajo intenso.

La empresa que acometa un proceso de *Outsourcing* debe prepararse bien para la negociación contractual.

Algunos aspectos relevantes a tener en cuenta son:

Es importante los miembros del equipo negociador se conozcan bien y estén alineados en cuanto a objetivos y expectativas, no ya sólo respecto del contenido del contrato de Outsourcing sino del proceso negociador en sí mismo.

- ✓ Formar un **equipo mixto que incluya perfiles profesionales (bien internos bien externos) de distinta naturaleza según las necesidades del Outsourcing** (Ej. técnicos, compras, financieros, riesgos, abogados, recursos humanos, etc.). Es importante que estos perfiles se conozcan bien y estén alineados en cuanto a objetivos y expectativas, no ya sólo respecto del contenido del contrato de *Outsourcing* (Ej. lo que se puede ceder y lo que no) sino del proceso negociador en sí mismo. Por ejemplo, ¿están todos los miembros del equipo igual de decididos a sacrificar noches y fines de semana en pro de cerrar un acuerdo rápido o algunos no consideran que la transacción sea tan prioritaria como para merecer tal sacrificio?; ¿coinciden todos en que es mejor adoptar una postura flexible para cerrar el acuerdo rápido o algunos prefieren tener posturas firmes incluso aunque ello conlleve desgaste en la negociación?; etc. El equipo negociador es justamente eso, equipo que debe funcionar como un engranaje perfecto.

- ✓ Prever que la mayor parte del equipo negociador tendrá una dedicación al *Outsourcing* cuasi exclusiva. Debe valorarse tal circunstancia y **movilizarse recursos alternativos** que suplan la "baja" de los miembros del equipo negociador.

Otro elemento relevante del contrato es su **estructura. Esta depende en buena medida del alcance del servicio y del número de empresas que lo recibirán.**

Cuando nos encontramos ante externalizaciones que afectan a grupos de empresas, el servicio es normal que se articule sobre la base de un contrato marco con la sociedad matriz al que se adhieren posteriormente el resto de empresas del grupo firmando contratos individuales.

En el supuesto de externalizaciones que afectan a grupos multinacionales de empresas, la situación se vuelve más compleja por cuanto se debe establecer una estructura contractual válida para todos los países en los que se encuentren localizadas las empresas del grupo.

Otro aspecto relativo a la estructura se refiere a la forma de regular la **transmisión de activos** en caso de que se produzca en el contexto del *Outsourcing*. Lo habitual es que tal transmisión se regule en un contrato de transmisión independiente que se firmará de forma simultánea al regulador de los servicios. En todo caso, es importante que uno y otro contrato estén vinculados internamente mediante cláusulas cruzadas, de forma tal que la transmisión esté condicionada al inicio de la prestación de los servicios y a la inversa.

Para terminar con la estructura contractual, resulta recomendable - y es habitual - que todas las "cuestiones de negocio" (Ej. descripción de los servicios, precio y forma de pago, acuerdos de nivel de servicios, etc.) se regulen en **Anexos del contrato de Outsourcing**. Existen varios motivos para que ello sea así:

- ✓ Con esta medida se logra una **mayor claridad** en el contenido del contrato, que facilita su posterior lectura e interpretación por las partes.
- ✓ Una vez firmado, el contrato será utilizado en diversas ocasiones. Sin embargo, no todas las partes del texto contractual tienen un uso tan habitual y no todas las partes del contrato son utilizadas por los mismos perfiles. **La división del contrato en anexos facilita el manejo de la información** ya que no es necesario consultar en cada ocasión todo el - grueso - contrato, pudiéndose acudir a las reuniones sólo con el anexo pertinente.
- ✓ Además, en uso de anexos **preserva la confidencialidad** al

limitar el conocimiento de los distintos equipos que gestionan el contrato, a aquel anexo que les es más relevante (Ej. quien se ocupa del seguimiento de los niveles de servicio, puede que no requiere conocer el precio o los límites de responsabilidad del contrato).

- ✓ El contenido del contrato tiene naturaleza diversa. Unas partes son esencialmente técnicas (Ej. descripción de los servicios), otras más financieras/económicas (Ej. precios) y otras fundamentalmente jurídicas (Ej. acuerdos de tratamiento de datos). La división del contrato en anexos facilita agrupar estos contenidos según su naturaleza lo que a la postre permite agilizar la negociación al **poderse crear reuniones paralelas** (Ej. personal técnico negocia el acuerdo de nivel de servicio y simultáneamente personal financiero negocia el anexo de precios). En todo caso, y esto es importante, **la posibilidad de crear negociaciones paralelas no debe evitar jamás una lectura completa del contrato y todos los anexos por todos los miembros del equipo negociador**. Esta lectura es de vital importancia para eliminar incoherencias en la regulación contractual.

3.4. Fase IV: Transición

La "Transición" **engloba todas aquellas actuaciones (incluyendo requisitos regulatorios, legales, etc.) necesarias para el traspaso de responsabilidades en relación con el proceso o actividad objeto de externalización**. En definitiva, la Transición aglutina aquellas actividades que el proveedor debe realizar para "tomar las riendas" de las actividades externalizadas. En este sentido, cuando el *Outsourcing* reemplaza a otro *Outsourcing*, la Transición del nuevo contrato suele (y debe) solaparse con el retorno del *Outsourcing* terminado (ver apartado 3.7 de esta nota). Mientras un proveedor colabora en dejar las

Durante la Transición se llevan a cabo actuaciones con gran relevancia jurídica que merecen gran atención.

actividades, el otro se afana en retomarlas, garantizándose la continuidad.

Junto a numerosos procesos técnicos y de negocio, **durante la Transición se llevan a cabo actuaciones con gran relevancia jurídica.** En especial:

- ✓ Se pone fin a aquellos contratos existentes que deban ser remplazados por el contrato de *Outsourcing*. Ello no obstante, no es infrecuente que algunos estos contratos queden en vigor al menos temporalmente, por ejemplo, por estar sujeta su resolución anticipada a penalizaciones costosas.
- ✓ Se realizan todos aquellos procesos de transmisión activos y contratos afectados por la externalización (contratos, maquinaria, software, instalaciones, etc.).

Dichos elementos habrán sido previamente analizados y valorados por el proveedor durante la fase de negociación del contrato (e incluso preliminarmente antes

de contestar a la RFP) mediante la realización de una *Due Diligence*. Con la información obtenida, el proveedor y el cliente acuerdan durante la negociación del contrato los siguientes extremos relacionados con la transmisión de activos que se ejecuta durante la Transición (lo habitual es que estos aspectos se regulen en el contrato de transmisión de activos antes señalado:

- Los mecanismos jurídicos para transmitir cada uno de los activos y contratos (Ej. subrogación o cesión en el caso de los contratos, compra/venta en el caso de la maquinaria, cesiones de derechos de propiedad intelectual en el caso del software, etc.);
- el precio que deberá pagar el proveedor contratado a quien se transfieren los activos; y
- las garantías que recibirá el adquirente (esto es, el proveedor contratado) en

relación con la propiedad de los elementos que se transmiten. su estado y adecuación, etc.

Se implementan aquellas actuaciones que procedan con respecto al personal afectado por el *Outsourcing* (despidos, contratación por el proveedor, sucesión de empresa, etc.).

En sentido estricto, la Transición puede ser considerada como un trabajo preparatorio de la realización de las prestaciones contractuales. Es por ello frecuente que no exista un precio asignado a estas actividades.

Lógicamente, aun siendo preparatoria, la Transición no puede llevarse a cabo de forma previa a la firma del contrato, dado que conlleva actuaciones que solo pueden ejecutarse sobre la base de la existencia de un contrato de *Outsourcing* cierto y firmado (Ej. pérdida del personal, transmisión de maquinaria, etc.).



Fases de un *Outsourcing* desde la firma del Contrato

Es fundamental regular los acuerdos de nivel de servicio aplicables a los Servicios "Interim" o "AS-IS". Si tales niveles de servicio deben fijarse durante la Transición, esta fijación debe ser considerada condición esencial para dar por terminada la Transición.

3.5. Fase V: Transformación y Servicios "Interim" o "AS-IS"

Cuando toma el control de las actividades externalizadas (tras la Transición), el proveedor "hereda" un entorno adaptado a las características del servicio tal y como lo venía ejecutando o recibiendo el cliente antes de la externalización. Este entorno es apropiado para la prestación de los denominados servicios "Interim" o "AS-IS" que seguidamente se comentan, pero no para que el proveedor pueda prestar los servicios definitivos (apartado 3.6 de esta nota) aplicando su metodología y sus propios recursos. Para que tales servicios definitivos puedan prestarse, el entorno "heredado" debe ser modificado, en realidad, transformado.

La "Transformación" es el proceso por el que el proveedor modifica el entorno del cliente en el que se desarrollan las actividades objeto de externalización, con la finalidad de adaptarlo a lo que es preciso para posibilitar la prestación del servicio con las características propias del proveedor.

La Transformación se suele llevar a cabo mediante la ejecución de proveedor de "Proyectos de Transformación" que se acuerdan con el cliente. En general, estos proyectos incluyen mejoras en la forma de llevar a cabo las actividades tales como concentración de actuaciones, simplificación de procesos, renovación y eliminación de maquinaria y equipos. etc. A diferencia de la Transición, los Proyectos de Transformación dan lugar al pago de precio.

Para lograr un proceso de Transformación satisfactorio es recomendable incluir en el contrato las siguientes previsiones:

- ✓ Un listado en el que se **detalle cada uno de los "Proyectos de Transformación"** que serán ejecutados por el proveedor, así como las fechas de entrega de dichos proyectos. Asimismo, es importante establecer reglas

básicas en relación con el modo en el que se deben ejecutar los "Proyectos de Transformación" al objeto de garantizar que los mismos interfieren lo menos posible en la actividad diaria del cliente;

- ✓ un **procedimiento de aceptación de entregables** por parte de la empresa cliente que le permita tener control sobre los resultados de cada uno de los "Proyectos de Transformación"; y
- ✓ es posible establecer un **sistema de penalizaciones** en el caso de que los "Proyectos de Transformación" no se ejecuten correctamente en los plazos establecidos.

Desde un punto de vista jurídico es importante destacar que, a diferencia de los servicios de *Outsourcing* que tienen naturaleza de arrendamiento de servicios, **los Proyectos de Transformación son arrendamientos de obra, cuyo cumplimiento exige la entrega del producto conforme las características acordadas y en los plazos establecidos.** Esta naturaleza debe presidir toda la regulación contractual de la Transformación.

Como hemos indicado, hasta que no finaliza la Transformación, el proveedor no puede prestar "sus" servicios, es decir, realizar las actividades externalizadas "como solo él sabe hacerlas". Ello no obstante, lo cierto es que tras la Transición (antes de la Transformación) el proveedor ya toma el control de las actividades externalizadas.

Es cierto, durante el periodo de tiempo que media entre el fin de la Transición y el fin de la Transformación, el proveedor asume la realización de las actividades externalizadas. Sin embargo, **tales actividades se ejecutan de la misma forma que las venía realizando o recibiendo el cliente. A los servicios que se prestan en estas condiciones se les denomina habitualmente servicios "Interim" o "AS-IS".**

La naturaleza transitoria de estos servicios "Interim" hace que en muchas ocasiones no se les preste suficiente atención en los contratos. Es un error que no debe cometerse. Estas prestaciones son las primeras que lleva a cabo el proveedor tras la toma de control y son importantes para mantener la percepción de calidad en el servicio. Un súbito deterioro del servicio tras el *Outsourcing* que sea percibido por los usuarios del cliente, puede dar lugar a situaciones de alarma y tensar mucho la relación cliente-proveedor en un momento en que acaba de empezar.

Uno de los aspectos que no deben dejar de regularse son los acuerdos de nivel de servicio de los Servicios "Interim". Estos niveles de servicios serán, lógicamente, aquellos que venían rigiendo la actividad del cliente cuando se produjo la externalización. Es frecuente que no todos estos niveles de servicio estén documentados. En este caso, la medición y documentación de los niveles de servicio deberán ser parte de la Transición y, por lo tanto, no estarán cerrados ni acordados a la fecha de firma del contrato. Esta situación no deseable - pero en muchos casos inevitable - debe mitigarse previendo en el contrato que la toma de control no pueda iniciarse hasta que los niveles de servicio para el los servicios "Interim" o "AS-IS" no estén acordados.

3.6. Fase VI: Servicios

Una vez finalizada la Transformación del entorno del cliente, el proveedor ya está en situación de prestar sus servicios, con su metodología y todos sus recursos. Son los servicios definitivos, aquellos que en realidad movían al cliente a realizar el *Outsourcing* y en los que se despliega todo el potencial en cuanto a mejora de calidad y generación de ahorros. Recordemos que hasta la finalización de la Transformación, el proveedor estaba prestando un servicio "Interim" que simplemente replicaba aquel que ya recibía el cliente.

En el apartado primero de esta nota hemos aludido a algunos **riesgos**

El Contrato de Outsourcing debe estar al servicio tanto de cerciorarse de que las mejoras pretendidas con el Outsourcing se materialicen como que los riesgos inherentes a la externalización se evitan o mitigan.

inherentes al Outsourcing tales como la pérdida de control o la "cautividad" del cliente.

En el punto segundo, también hemos identificado algunas **ventajas del Outsourcing** tales como el incremento de la calidad del servicio y la flexibilidad.

Pues bien, el contrato de Outsourcing debe estar al servicio tanto de cerciorarse que las mencionadas ventajas se tornan en algo real, como de evitar o mitigar los citados riesgos.

Para que ello sea así, es importante prestar singular atención a determinadas cláusulas sobre las que nos ocupamos a continuación:

✓ **Acuerdos de Nivel de Servicios (o Service Level Agreements – SLA)**

Los acuerdos de nivel de servicio constituyen un instrumento muy adecuado para preservar el control sobre los servicios en un escenario de "cautividad" donde medidas tales como la resolución contractual por incumplimiento son difícilmente aplicables.

Estos acuerdos regulan los **objetivos de calidad que se compromete alcanzar el proveedor durante la prestación del servicio.**

Tales objetivos de calidad se articulan a través de indicadores referidos a aquellos aspectos cuya calidad deseamos medir tales como el tiempo de respuesta, porcentaje de disponibilidad de una aplicación, envíos correctamente remitidos, etc. **Es importante que estos indicadores sean relevantes y medibles.** Establecer un número excesivo de indicadores puede conllevar una labor de gestión y medición ingente y poco práctica nada consistente con los objetivos y mejoras para los que se ha llevado a cabo el *Outsourcing*. Por otro lado, establecer indicadores no medibles (Ej. "entrega en plazo adecuado")

dificulta su aplicación y hace complejo llegar a acuerdos con el proveedor respecto a si se ha cumplido o no (Ej. sería mucho mejor que el indicador hubiera sido "entrega en un plazo máximo de una hora desde la solicitud").

Al objeto de garantizar la ejecución del servicio de acuerdo con los compromisos de calidad acordados, es usual que **se establecen sistemas de penalizaciones** normalmente consistentes en sanciones económicas en caso de incumplimiento de los acuerdos de niveles de servicio. En otras ocasiones las penalizaciones se articulan en torno a créditos de servicio, o derecho del cliente a solicitar prestaciones adicionales sin abonarlas. En algunos supuestos, el contrato de *Outsourcing* puede establecer también **bonificaciones para el proveedor** al objeto de incentivar la prestación del servicio con niveles de calidad especialmente buenos.

Tanto las penalizaciones como las bonificaciones permiten preservar el control de la calidad del servicio del proveedor, sin necesidad de tomar medidas severas como la resolución contractual o las reclamaciones de cumplimiento.

El acuerdo de nivel de servicio y el sistema de penalizaciones/bonificaciones asociado debe ser objeto de una regulación pormenorizada en el contrato. Tal regulación debe incluir aspectos tales como los mecanismos de medición de los niveles de servicio, el procedimiento de resolución de controversias en el caso de desacuerdo en las mediciones o el límite máximo de penalizaciones.

✓ **Comités de Seguimiento**

El control de los servicios de *Outsourcing* requiere de un contacto permanente entre

proveedor y el cliente. La mejor forma de articular tal contacto es a través de los denominados comités de seguimiento.

Como su nombre ya indica, **los comités de seguimiento son grupos compuestos por representantes del cliente y del proveedor que se reúnen de forma periódica al objeto de valorar la marcha del servicio.**

Algunas de las cuestiones que son conocidas por el comité de seguimiento incluyen la valoración el cumplimiento de los acuerdos de nivel de servicio antes comentados, la necesidad de llevar a cabo ajustes o cambios en lo que respecta al servicio, la oportunidad de introducir mejoras en el servicio, etc.

Es conveniente que las partes se doten de un marco regulador del funcionamiento de estos comités de seguimiento en el propio contrato. Algunos aspectos básicos a regular son:

- el número y tipología de comités de seguimiento (donde se pueden distinguir comités en función de las materias a tratar, comités, compuestos por miembros de mayor o menor jerarquía que pueda analizar cuestiones de mayor o menor relevancia, etc.).
- La periodicidad de las reuniones de cada comité.
- La forma de articular los acuerdos y los procedimientos de escalado.
- La forma de documentar las decisiones que se adopten en el comité de seguimiento. Deseamos incidir particularmente en este último punto. Normalmente, la vida de un contrato de *Outsourcing* es larga y el servicio está sometido a múltiples cambios que lo normal es que sean

Una forma de evitar las consecuencias negativas de la "cautividad" que a menudo encontramos en el Outsourcing, es el "benchmarking".

gestionados por el comité de seguimiento.

Únicamente sí existe una adecuada documentación acerca de los diferentes acuerdos que se van adoptando en el ámbito de las reuniones del comité de seguimiento, se puede trazar el origen de los acuerdos adoptados y se puede tener un soporte documental (el contrato y las actas de los diferentes comités) que refleje la situación real del marco regulador del servicio de Outsourcing.

✓ "Benchmarking".

Antes mencionábamos que la "cautividad" del cliente y la necesidad de permanecer con el proveedor durante largos periodos de tiempo, podía deteriorar la relación calidad-precio de los servicios recibidos. Ello no ocurre tanto porque las condiciones económicas inicialmente acordadas sean malas (normalmente el cliente alcanza un buen acuerdo en origen) sino porque las fluctuaciones del mercado o la aparición de nuevas tecnologías que ocasionan que otros proveedores semejantes al proveedor del cliente, ofrezcan servicios equiparables a los del contrato, en unas condiciones mucho más beneficiosas a las que son de aplicación al cliente.

Ello no sólo supone una situación gravosa para el cliente por estar pagando un precio superior al del mercado, sino que además puede restarle competitividad. Si los competidores del cliente pueden acceder a servicios iguales que los del cliente pero a menor precio, es evidente que no compiten en igualdad de condiciones.

Pues bien, **una forma de evitar estas consecuencias negativas de la "cautividad" del**

Outsourcing, es el "benchmarking".

El "benchmarking" es un proceso que consiste en someter el servicio (o parte de éste) a revisión por parte de un tercero al objeto de verificar que el precio (u otros elementos tales como los niveles de servicios) que viene siéndole aplicable al cliente bajo el contrato sigue estando en condiciones de mercado. En caso de desviación entre las condiciones que se aplican al cliente y las existentes en el mercado, se produce un ajuste de las condiciones del proveedor (Ej. bajada en el precio) acordadas en el contrato.

Vale la pena regular en detalle cómo se realizará el "benchmarking". Dejar aspectos abiertos (Ej. quién lo realizara) puede dar lugar a que sea difícil aplicarlo, al no ser capaces las partes de acordar los "flecós" pendientes. Los principales elementos a regular son los siguientes:

- Quién llevará a cabo el benchmarking, pudiendo establecerse ya un experto concreto o acordarse un listado de posibles expertos dentro de los cuales puede escoger el cliente. Lógicamente en cualquiera de los dos casos el experto debe incluir entidades que las partes ya acuerden en el momento de firmar el contrato, que son adecuados tanto por razones de pericia como por independencia. Debe huirse de cláusulas tales como "las Partes acordaran un experto independiente para realizar el "benchmarking" dado que existe riesgo de que cuando el benchmarking se vaya a aplicar (y, previsiblemente, una de las dos partes tenga algo que perder), no sea fácil

alcanzar un acuerdo sobre este particular.

- El periodo de tiempo a partir del cual se puede aplicar el benchmarking. Debe tenerse en cuenta que el proveedor requiere un tiempo para adaptarse al entorno y, en teoría, los servicios son mejores con el paso del tiempo. Por ello es habitual dar al proveedor un "periodo de gracia" en el cual no se puede aplicar el benchmarking.
 - Quien asume el coste del benchmarking, pudiéndose ser el cliente, el proveedor, ambos a partes iguales o fórmulas más complejas donde se hace depender el pago del precio del resultado del benchmarking (si se identifican condiciones no de mercado, puede ser lógico que lo pague el proveedor).
 - Alcance, contenido y forma de ejecución del benchmarking, siendo importante que se acuerden los entornos que pueden ser objeto de benchmarking de forma tal que se garantice una comparación homogénea (Ej. no es adecuado que se comparen los precios de un Outsourcing internacional donde se prestan servicios en países caros y baratos, con los precios de proveedores que operan en los mercados más baratos solo).
 - El porcentaje de desviación a partir del cual se producirá el ajuste de las condiciones del proveedor.
- ✓ **Traslado de eficiencias":**
- Con el transcurso del tiempo es habitual la aparición de nuevos procesos y tecnologías que permiten la simplificación y reducción de costes. Piénsese por

Es habitual regular limitaciones al número de auditorías que se pueden practicar. En todo caso, es recomendable prever que estos límites no apliquen en caso de que una auditoría haya revelado la existencia de mala práctica en la prestación de los servicios.

ejemplo en la evolución que ha supuesto el desarrollo de la VoIP en el ámbito de las comunicaciones electrónicas o del *cloud computing* en el contexto de los servicios informáticos.

Muchos de estos cambios y mejoras no pueden anticiparse en el momento de la firma del contrato, especialmente cuando los *Outsourcing* suelen tener una duración de unos 5 años o más. La "cautividad" que comentamos que existe en estos contratos hace que no puedan terminarse ni renegociarse fácilmente por lo que al firmar una operación de *Outsourcing*, el cliente tiene el riesgo de quedarse al margen de estas mejoras durante el tiempo que pase hasta que el contrato pueda reabrirse y renegociarse. De ocurrir esta situación, la búsqueda de ahorros que normalmente mueve toda operación de *Outsourcing*, puede convertirse más en una aspiración que en una realidad.

Pues bien, para que ello no ocurra, además del *benchmarking* antes citado, es recomendable regular en el contrato compromisos concretos por los cuales **el proveedor se comprometa a trasladar al cliente, las nuevas tecnologías o procesos que tenga a su disposición el proveedor y que pueden servir para mejorar la calidad del servicio y/o ahorrar costes.**

En definitiva, se lo que se trata con esta cláusula es que si la tecnología permite al proveedor reducir sus costes de forma significativa, el proveedor comparta tales beneficios con el cliente. Es decir, no convierta todo este ahorro de coste en margen sino que también se reduzca el precio.

✓ Auditorías

En ocasiones el control por parte del cliente respecto de la forma en la que el proveedor presta los

servicios, solo puede elaborarse mediante una comprobación *in situ*. Para que ello sea posible, **es recomendable introducir en el contrato un procedimiento de realización de auditorías o inspecciones por parte del cliente.**

Entre los aspectos que es importante prever al regular estas medidas de control se encuentran los siguientes:

- Debe regularse el derecho a acceder a las instalaciones del proveedor y a la documentación que sea relevante para verificar el cumplimiento, así como la posibilidad de llevar a cabo entrevistas con determinados miembros del personal del proveedor que estén relacionados con el servicio.
- Es habitual regular también un preaviso y un límite a realización de estas auditorías. Las auditorías suponen una alteración del funcionamiento del proveedor y, en este sentido, es necesario equilibrar el derecho del cliente a verificar el cumplimiento de los servicios con la preservación, en lo posible, de la buena marcha de las actividades del proveedor.

Un preaviso razonable para llevar a cabo auditorías, permitirá al proveedor anticipar este evento y prepararse para el mismo. Además, también puede hacer más eficaz la auditoría dado que el proveedor puede movilizar recursos para asegurarse de que la documentación, instalaciones, y personal al que el cliente debe acceder, este disponible.

De igual forma, puede resultar oportuno establecer un límite

al número de auditorías que se pueden llevar a cabo. En definitiva, se trata de poner un límite a las veces que el proveedor puede ver alterada la forma como presta los servicios, como consecuencia de las labores de auditoría del cliente. Límites del estilo a una auditoría anual o semestral como máximo son habituales en el mercado.

En todo caso, es recomendable prever que estos límites no apliquen en caso de que una auditoría haya revelado la existencia de mala práctica en la prestación de los servicios. Razón de ello es que si una auditoría demuestra la existencia de incumplimientos es previsible que el cliente pueda tener interés en llevar a cabo una nueva auditoría en un breve periodo de tiempo al objeto de verificar si los incumplimientos inicialmente detectados han sido subsanados. Dado que esta segunda auditoría es motivada por una situación creada por el proveedor, parece que este debe también soportar "las molestias" que esta segunda auditoría le puede ocasionar.

- Es también importante prever las consecuencias que en los acuerdos de nivel de servicio tienen las auditorías.

Dependiendo de los extremos que sea necesario verificar al llevar a cabo la auditoría, es posible que el proveedor no esté en situación de prestar los servicios con normalidad. Por ejemplo, si en la auditoría queremos verificar elementos tales que requieren el apagado o reinicio de máquinas que se utilizan para prestar servicio, es lógico que los niveles de disponibilidad que puedan haberse

Es aconsejable que los contratos prevean procedimientos Step In mediante los que el cliente obtiene el derecho de llevar a cabo aquellas actividades que sean necesarias para restaurar el servicio y permitir la continuidad de su negocio en caso de incumplimiento.

acordado en el acuerdo de nivel de servicios no se apliquen mientras dure la auditoria.

- También es preciso prever quien puede llevar a cabo la auditoria. Este podrá ser el propio cliente o un tercero que sea contratado a tal efecto. En este segundo caso, es habitual que se prevea una lista de posibles auditoras dentro de las que pueda escoger el cliente. La labor de auditoria implica entrar en instalaciones del proveedor quien, lógicamente, desea evitar que competidores que puedan dedicarse también al sector de la auditoria, puedan analizar y obtener información comercialmente sensible acerca de la actividad del proveedor.
- También debe regularse quien asume el coste de la auditoria. En cuanto se trata de un procedimiento de control que decide lanzar el cliente, lo habitual es que de entrada el coste de la auditoria sea sufragado por éste.

Sin embargo, ello puede ser distinto en el caso de que la auditoria revele la existencia de anomalías. En este caso, parece que tendrá sentido que no deba ser el cliente quien soporte este coste sino que deba ser imputado al proveedor que incumplió sus compromisos contractuales que, a la postre, motivaron las sospechas que llevaron al cliente a solicitar la auditoria.

- Es también frecuente y totalmente lógico que el proveedor exija que se regulen mecanismos tales que permitan limitar la información a la que tiene acceso el cliente o la empresa

auditora en el contexto de la auditoria.

Debe tenerse en cuenta que muchas de las instalaciones que se utilizan por un proveedor de servicios de *Outsourcing*, son empleadas para diversos clientes de ese proveedor. Lógicamente, estos otros clientes merecen que se preserve la confidencialidad de su información y, en ese sentido, el cliente y su empresa auditora no tienen por qué tener acceso a estos datos de otros clientes o a los equipos que se empleen para sus servicios. De igual forma, es seguro que el cliente del *Outsourcing* no querría que otros clientes del proveedor accediesen a sus equipos en el contexto de sus respectivas auditorias.

- Por último, aunque ello pueda parecer evidente, debe destacarse y, en su caso, hacerse una referencia cruzada en la propia clausula reguladora de la auditoria, que toda la información a la que se tenga acceso en el contexto de las operaciones de investigación o auditoria estará preservada por el deber de confidencialidad que con carácter general deberá preverse en el contrato.

✓ **Step In**

Aunque en el contrato se prevean acuerdos de nivel servicios u otras medidas de control, se puede dar una situación en la que el proveedor preste de forma altamente defectuosa los servicios y ello suponga un deterioro notable en la actividad del cliente.

Para dar respuesta a este tipo de escenarios, el contrato de *Outsourcing* es aconsejable que

prevea procedimientos conocidos como *Step In*.

Se trata de regular un derecho del cliente a "tomar las riendas del servicio" en caso de incumplimiento general por parte del proveedor. Ejecutando estos procedimientos, el cliente obtiene el derecho a, bien directamente o bien a través de otro proveedor, llevar a cabo aquellas actividades que sean necesarias para restaurar el servicio y permitir la continuidad de su negocio.

El precio de llevar a cabo estas actividades será repercutido al proveedor original, todo ello junto con cualesquiera otras penalizaciones que en su caso puedan ser de aplicación en virtud del acuerdo de nivel servicio.

3.7. Fase VII: Retorno

Al igual que todo contrato un *Outsourcing* también tiene fin bien sea por finalización natural o por terminación anticipada. Sin embargo, el fin de un *Outsourcing* tiene algunas peculiaridades. Como ya hemos expuesto el apartado 3.4, el servicio de *Outsourcing* está presidido por una fase previa de Transición en la que el proveedor realiza algunas actividades necesarias para poder tomar el control del servicio. Pues bien, a la finalización del contrato de *Outsourcing*, aquel que vaya a remplazar al proveedor, bien sea el mismo cliente (internalización) u otro proveedor, debe llevar la misma tarea de Transición para poder asumir el servicio. Para poder llevar a cabo tal tarea, es imprescindible contar con la colaboración del proveedor que deja el servicio. Solo el conoce la situación presente de la actividades externalizadas y solo él puede trasladar tal conocimiento a quien vaya a asumir esas actividades.

Al conjunto de actuaciones que desarrolla el proveedor al objeto de permitir la devolución ordenada y satisfactoria del servicio a la terminación del contrato, se le denomina retorno.

Es de vital importancia que el contrato regule en detalle el proceso de retorno. La razón es simple: únicamente el proveedor del servicio es capaz de realizar una devolución adecuada del mismo y es por ello necesario asegurarse que la llevará a cabo.

Es de vital importancia que el contrato regule el detalle el retorno. La razón es simple y tienen que ver nuevamente con la citada "cautividad". Solo el proveedor del servicio es capaz de realizar un retorno adecuado del servicio. Por ello, en caso de que el retorno no esté ya regulado en el contrato, cuando, a la terminación del contrato, sea necesario regular las condiciones de su prestación, el proveedor tendrá una posición negociadora enormemente fuerte e incluso podrá negarse a hacerlo salvo que el cliente acepte condiciones sumamente perjudiciales para el.

Los principales elementos que deben cubrirse en al regular el retorno son los siguientes:

- ✓ La duración y forma de ejecución del retorno.
- ✓ El precio que, en su caso, se pagará por el retorno. A este respecto, pueden establecerse tarifas que se actualicen año a lo con el IPC o índice equivalente.
- ✓ El mecanismo y en su caso precio por el cual el proveedor transmitirá al cliente los activos y contratos con terceros comprendidos en el servicio externalizado y que sean necesarios para que se puedan continuar los servicios.
- ✓ Supuestos de terminación que darán lugar a la activación del retorno. La posición más beneficiosa para el cliente es que el retorno aplique en todos los casos de terminación. Sin embargo, en supuestos de terminación por incumplimiento del cliente, es habitual que el proveedor exija condiciones para aplicar el retorno tales como el pago de cantidades adeudadas o la suscripción de avales y otras garantías-.

- ✓ Finalmente es recomendable establecer en el contrato la obligación por parte del proveedor de incluir en los contratos que suscriba con sus subcontratistas, etc. previsiones que faciliten la aplicación del retorno, por ejemplo. la transmisibilidad al cliente de los contratos con terceros a la finalización del contrato de *Outsourcing*.



www.hoganlovells.com

Hogan Lovells has offices in:

Abu Dhabi
Alicante
Amsterdam
Baltimore
Beijing
Berlin
Brussels
Budapest*
Caracas

Colorado Springs
Denver
Dubai
Dusseldorf
Frankfurt
Hamburg
Hanoi
Ho Chi Minh City
Hong Kong

Houston
Jeddah*
London
Los Angeles
Madrid
Miami
Milan
Moscow
Munich

New York
Northern Virginia
Paris
Philadelphia
Prague
Riyadh*
Rome
San Francisco
Shanghai

Silicon Valley
Singapore
Tokyo
Ulaanbaatar
Warsaw
Washington DC
Zagreb*

"Hogan Lovells" or the "firm" is an international legal practice that includes Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP and their affiliated businesses.

The word "partner" is used to refer to a member of Hogan Lovells International LLP or a partner of Hogan Lovells US LLP, or an employee or consultant with equivalent standing and qualifications, and to a partner, member, employee or consultant in any of their affiliated businesses who has equivalent standing. Where case studies are included, results achieved do not guarantee similar outcomes for other clients. Attorney Advertising.

For more information see www.hoganlovells.com.

© Hogan Lovells 2011. All rights reserved.

*Associated offices