

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

EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL TELECONTRATO LABORAL
Y LA FALTA DE REGULACIÓN DE UNA NORMATIVA ESPECÍFICA EN EL
CÓDIGO DE TRABAJO



RUTH NOEMY HERNÁNDEZ DUARTE

GUATEMALA, FEBRERO DE 2008

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

EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL TELECONTRATO
LABORAL Y LA FALTA DE REGULACIÓN DE UNA NORMATIVA
ESPECÍFICA EN EL CÓDIGO DE TRABAJO

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

RUTH NOEMY HERNÁNDEZ DUARTE

Previo a conferírsele el grado académico de
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, febrero de 2008

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

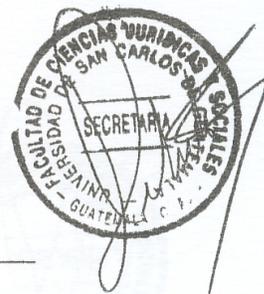
DECANO	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV	Br. Héctor Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V	Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO	Lic. Avidán Ortiz Orellana

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

Lic. Álvaro Florindo Aguirre Morales

2 calle 13-25 zona 11, tel. 22069287

col. 5964



Guatemala, 29 de mayo de 2007

Licenciado Marco Tulio Castillo Lutín

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

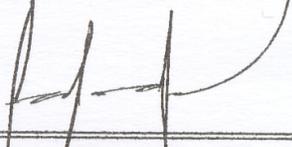
Universidad de San Carlos de Guatemala

En cumplimiento de la resolución emanada de esa casa de estudios, donde se me nombra como **asesor** del trabajo de tesis de la Bachiller **RUTH NOEMY HERNÁNDEZ DUARTE**, intitulado "*EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL TELECONTRATO LABORAL Y LA FALTA DE REGULACIÓN DE UNA NORMATIVA ESPECÍFICA EN EL CÓDIGO DE TRABAJO*", procedo a informar que, reuniéndome para tal efecto con la estudiante y haciendo las sugerencias que demanda el asesoramiento correspondiente, encontré que la investigación mencionada cumple con los requisitos de forma y fondo que ordena el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de tesis de la Licenciatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad San Carlos de Guatemala, pues contiene entre otros aspectos:

- Una redacción adecuada y concreta del tema del incumplimiento de las obligaciones laborales en el telecontrato.
- Con base en su contenido se puede establecer la comprobación de la hipótesis, así como que el principal aporte de la investigación radica precisamente en la propuesta teorizada de doctrina acerca de la figura laboral del telecontrato.
- La estudiante hizo acopio de los métodos científicos de investigación, así como de las principales herramientas y técnicas de investigación.
- Asimismo, se cumple con lo relativo a citar en el contenido autores nacionales y extranjeros que tratan el tema en cuestión.

Por lo anterior emito el presente **dictamen favorable**.

Atentamente,


Lic. Álvaro Florindo Aguirre Morales
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C.A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES. Guatemala, siete de agosto de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) AMALIA SOLÍS ORTIZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante RUTH NOEMY HERNÁNDEZ DUARTE, Intitulado: "EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL TELECONTRATO LABORAL Y LA FALTA DE REGULACIÓN DE UNA NORMATIVA ESPECÍFICA EN EL CÓDIGO DE TRABAJO".

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


LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/slth

Licda. Amalia Solís Ortiz
2 calle 13-25 zona 11, tel. 22069287
col. 5964



Guatemala, 17 de septiembre de 2007

Lic. Marco Tulio Castillo Lutín
Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias *Jurídicas y Sociales*
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho

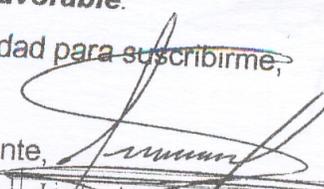
Por este medio, en cumplimiento con la resolución emanada de esa casa de estudios, en donde se me nombra **REVISORA** de la investigación intitulada **EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL TELECONTRATO LABORAL Y LA FALTA DE REGULACIÓN DE UNA NORMATIVA ESPECÍFICA EN EL CÓDIGO DE TRABAJO**, propuesta por la estudiante **RUTH NOEMY HERNÁNDEZ DUARTE**; me permito informa lo siguiente:

Con base en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, se analizó el trabajo de mérito encontrando que: se cumple debidamente con las formas de redacción. El estudio contiene abundante cita de autores tanto nacionales como extranjeros. Asimismo, se estableció que se cumple con la utilización de los métodos científicos de investigación, entre los que destacan el empleo del método inductivo y deductivo. Las técnicas de investigación también son usadas en forma idónea, de manera que la hipótesis que implica el presente trabajo de tesis, se encuentra debidamente comprobada en el desarrollo de su contenido.

Encontrando que el mencionado trabajo cumple con todos los requisitos previstos para las investigaciones de esta naturaleza, procedo a emitir el correspondiente **Dictamen favorable**.

Aprovecho la oportunidad para suscribirme,

Atentamente,


Licda. Amalia Solís Ortiz
Licda. Amalia Solís Ortiz
ABOGADA Y NOTARIA

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12 GUATEMALA, C. A.

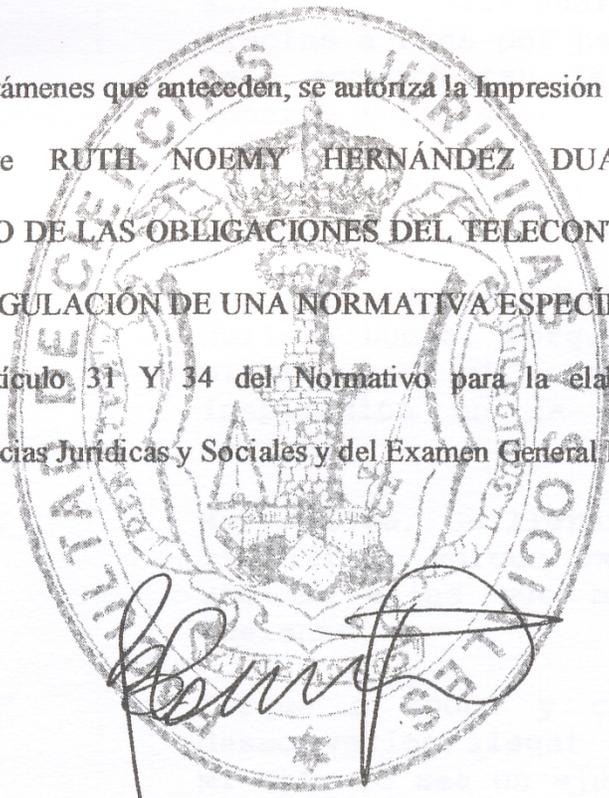


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintiuno de noviembre del año dos mil siete.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante RUTH NOEMY HERNÁNDEZ DUARTE, Titulado EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL TELECONTRATO LABORAL Y LA FALTA DE REGULACIÓN DE UNA NORMATIVA ESPECÍFICA EN EL CÓDIGO DE TRABAJO Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.

MTCL/sllh



DEDICATORIA

- A DIOS: Infinitamente agradecida por todo lo que me ha dado en mi vida y por haber iluminado mi camino con sabiduría e inteligencia para poder llegar hasta este momento tan especial.
- A MIS PADRES: Edgar Humberto Hernández Grijalva y Elva Duarte de Hernández. Por haberme dado la vida ya que sin ellos no hubiera sido posible obtener el triunfo que hoy he logrado, gracias por su amor durante todos estos años, que Dios los bendiga.
- A MI ABUELITO: Eladio Hernández Juárez
Gracias a Dios por permitirme compartir este momento tan feliz de mi vida y tenerlo a mi lado.
- A MI ESPOSO: Andrés Ronaldo Castro. Gracias por su amor y apoyo incondicional.
- A MIS HIJAS: Jennifer Noemy, Andrea Marubeny y Marissa Lucía. Porque su existencia en mi vida es mi principal fuente de inspiración en la culminación de mi carrera.
- A MIS HERMANAS: Mary, Olga, Guillermina, Sofia, Dinora y Belitza. Porque existe algo en cada una de ellas que me insta a seguir adelante.
- A MIS SOBRINOS: Porque a todos y cada uno de ellos deseo verlos llegar lo más alto y que mi triunfo sea un ejemplo en el futuro.
- A MIS CUÑADOS: Aquiles Chacón, Rudy Campos y Francisco Lemús. Por formar parte de mi familia y compartir conmigo esta felicidad.
- A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Aspectos generales.....	1
1.1. Contratación laboral.....	1
1.2. Normativa legal.....	5
1.3. Generalidades del contrato.....	14
1.4. Contrato individual de trabajo.....	14
1.4.1. Origen de su regulación y concepción en la ley.....	20
1.4.2. Objeto del contrato de trabajo.....	21
1.4.3. Elementos del contrato de trabajo.....	22

CAPÍTULO II

2. El telecontrato en general.....	25
2.1. Concepto de telecontrato.....	25
2.2. Clasificación del telecontrato.....	30
2.3. El telecontrato como acto legal.....	31
2.4. Normativa civil.....	54
2.5. El otorgamiento del consentimiento en los contratos electrónicos.....	47

CAPÍTULO III

3.	El telecontrato laboral.....	51
3.1.	Generalidades.....	51
3.2.	Contrato en línea.....	55
3.3.	Evolución histórica.....	58

CAPÍTULO IV

4.	Necesidad de regular en ley el telecontrato de trabajo.....	63
4.1.	Planteamiento de la problemática.....	63
4.2.	Necesidad de incorporar a la normativa de trabajo el telecontrato laboral.....	76
	CONCLUSIONES.....	81
	RECOMENDACIONES.....	83
	BIBLIOGRAFÍA.....	85

INTRODUCCIÓN

El objeto de estudio del presente trabajo es el llamado telecontrato de trabajo, toda vez que es preciso establecer una normativa que regule aquellas relaciones de trabajo surgidas por contratación vía internet. Básicamente los contratos de trabajo que suelen celebrarse en dicha forma, son los de tipo a domicilio, los cuales a su vez cuentan con un régimen especial en el Código de Trabajo; no obstante, no se ha regulado nada de su celebración por medios electrónicos.

En el derecho laboral la carga de la prueba la tiene la parte empleadora, no hay que olvidar que ésta también, es la que tiene a su favor las ventajas de la tecnología, pudiendo en su caso, aprovecharla con fines fraudulentos en su propio beneficio.

En Guatemala no se encuentra regulado el tipo de contratación laboral por medios electrónicos, lo que provoca una desprotección de las relaciones laborales surgidas de éstos. Por lo tanto, para brindar esta protección real, es necesario establecerlo en ley, especialmente el tema de los daños y perjuicios, al existir incumplimiento de una de las partes.

En el presente contenido la hipótesis se basó en la necesidad de protección al trabajador en los contratos electrónicos, con el objetivo de que se reforme la ley laboral en este tipo de contratos.

La investigación se llevó a cabo mediante la recolección de todas las teorías y leyes existentes en laboral, de las cuales al analizarlas se utilizaron las más importantes que se

sintetizaron en el presente trabajo, habiéndose empleado la técnica documental y bibliográfica.

La presente investigación se ha dividido en cuatro capítulos. El primero, contiene los elementos generales de la contratación laboral, el desarrollo histórico, su concepto y generalidades, así como su definición y normativa actual; el segundo, los elementos de conocimiento del telecontrato en general, en el capítulo tercero se estableció de forma concreta el telecontrato laboral; finalmente, el capítulo cuarto establece la propuesta principal del presente tema, que es la necesidad de reformar el código de trabajo.

CAPÍTULO I

1. Aspectos generales

1.1. Contratación laboral

Hace un siglo, el derecho del trabajo dejó la casa paterna del derecho civil y se llevó a algunos hermanos consigo, expresando un carácter expansivo. Hoy, al borde del tercer milenio, regresa a la casa paterna para introducirse en ella y proteger a otros hermanos que se quedaron allí. Es el hecho de la prestación de servicio. La diferencia que existe con el contrato de trabajo es que en éste existe un acuerdo de voluntades, en cambio la relación es el hecho mismo de la prestación.

Los indicadores de la subordinación eran la relación jerárquica; la sujeción a la función organizadora y directiva del titular y a la actividad propia de la empresa; la dación de órdenes e instrucciones y la voluntad prevaleciente del empleador; la dirección y control y el ejercicio del poder disciplinario y sancionador por quien proporciona el trabajo; el carácter personal del servicio, la exclusividad, la continuidad, el horario y los controles; el marco reglamentario interno, la prestación diaria, la disponibilidad personal, el lugar específico de la prestación y la ajenidad, entre otros; y como criterios para excluir la subordinación, la utilización de medios de producción propios; el uso de servicios de terceros; la percepción no salarial; el cumplimiento de prestaciones sociales por el locador; la organización autónoma y la no sujeción a órdenes o instrucciones, así como la ausencia de controles; la posibilidad de sustituir al prestador del servicio; la real o relativa equiparidad jurídica; la asunción de riesgos y gastos

por el prestador del servicio; la percepción de ingresos (honorarios) usualmente mayores a los salariales para el prestador; la prestación del servicio o la ejecución de la obra por cuenta e interés propio; la no exclusividad y la temporalidad, entre otros. El hecho de que el contrato o la relación de trabajo coexistan con otra de diferente índole, no le hace perder su naturaleza laboral. Existe el contrato y la relación de trabajo, entre el que presta un servicio personal y el que lo recibe.

Como elemento natural del contrato en el concepto legal, indica la ausencia de riesgo de la doctrina jurídica y la experiencia considerada importante, especialmente para distinguirlo de otras vinculaciones no laborales. Consigna la posibilidad de coexistencia del contrato de trabajo con otro u otros de naturaleza distinta, manteniendo aquél su naturaleza.

La exclusividad para la prestación de los servicios, se estima que debe adecuarse la norma a las disposiciones de la Constitución de la República, regulando la libertad para establecer más de una relación de trabajo. No obstante, podría pensarse que a la larga esta disposición entra en confrontación con la tendencia a reducir la jornada laboral, que constantemente se universaliza, la realidad de la vida laboral aconseja permitir que el trabajador pueda optar por más de una relación o vínculo laboral. Una relación en términos generales es la "actividad profesional cuyo fin es, mediante gestiones personales o con el empleo de las técnicas de difusión y comunicación, informar sobre personas, empresas, instituciones, etc., tratando de prestigiarlas y de captar voluntades a su favor".¹

¹ www.BibliotecadeConsultaMicrosoft.com.hteml (23 de noviembre de 2006).

El derecho del trabajo nace como un conjunto de normas para proteger el trabajo subordinado. Por lo tanto en principio el trabajo independiente queda fuera del alcance tuitivo de la disciplina jurídica. Las nuevas formas de trabajo independiente atacan la esencia misma del derecho del trabajo, su dimensión, su esfera de actuación.

Habrà ocurrido en realidad que el derecho del trabajo al resolver la tutela jurídica del empleo subordinado, que además era la forma de trabajo predominante, no se ha quedado extasiado en la contemplación y profundización de este fenómeno, olvidando que la noción de dependencia debía volver la mirada a la dependencia económica, característica de los primeros tiempos del derecho del trabajo o debía extender expansivamente el concepto de dependencia a prestaciones parasubordinadas o cuasilaborales como las han calificado los juristas italianos y alemanes, respectivamente, para referirse a relaciones en que la subordinación no se presenta en su sentido tradicional.

Existen dos modalidades de poner fin a una relación laboral, la terminación y la rescisión, resaltando como características distintivas entre una y otra, lo siguiente: La terminación puede darse por mutuo consentimiento, por concluir el trabajo o plazo contratado, por incapacidad manifiesta o muerte del trabajador, fuerza mayor o caso fortuito, incosteabilidad de la explotación, agotamiento del objeto de una industria extractiva, la quiebra de la empresa; en general podemos decir que en la terminación, los casos se encuentran previstos por la ley y para que surja alguna de las causas es necesario que se cumpla la condición o plazo previstos, existiendo también el mutuo consentimiento de las partes; a diferencia de la rescisión en la cual se necesita que alguna de las partes, ya sea patrón o trabajador incurran en uno o

más de los casos previstos por la ley, para que la otra parte pueda ejercitar su derecho de rescindir el contrato sin responsabilidad para él.

El Código de Trabajo establece que relación laboral es: "El hecho mismo de la prestación de los servicios o de la ejecución de la obra, personalmente bajo la dependencia continuada y dirección inmediata o delegada del patrono a cambio de una retribución de cualquier clase o forma" (Artículo 19). "El contrato individual de trabajo constituye indiscutiblemente la institución matriz en torno a la cual se ha venido construyendo el edificio del derecho laboral".²

1.2. Normativa legal

Para que el contrato individual de trabajo exista y se perfeccione, basta con que se inicie la relación de trabajo, que es el hecho mismo de la prestación de los servicios o de la ejecución de la obra en las condiciones que determina el Artículo 19 del Decreto 1441.

Según el Artículo 18 del Código de Trabajo, Decreto 1441 del Congreso de la República: "Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es el vínculo económico-jurídico mediante el que una persona (trabajador), queda obligada a prestar a otra (patrono), sus servicios personales o a ejecutarle una obra, personalmente, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata o delegada de esta última, a cambio de una retribución de cualquier clase o forma..." El contrato de trabajo fue regulado en el Código de trabajo de 1947, en el Decreto 330 en el Título II Capítulo primero; en el Código de Trabajo vigente Decreto 1441 se encuentra

² López Larrave, Mario. **Contrato de trabajo por tiempo indefinido, a plazo fijo, y para obra determinada.** pág. 8.

regulado también en el Título II Capítulo I al igual que su ubicación en los Códigos de Trabajo, son pocas las modificaciones que han sufrido estos dos Decretos.

Siempre que se celebra un contrato individual de trabajo y alguna de las partes incumpla sus términos antes que se inicie la relación de trabajo, el caso se debe resolver de acuerdo con los principios civiles que obligan al que ha incumplido a pagar los daños y perjuicios que haya causado a la otra parte, pero el juicio respectivo es de competencia de los Tribunales de Trabajo y Previsión Social, los que deben aplicar sus propios procedimientos.

Toda prestación de servicios o ejecución de obra, que se realice conforme a las características que especifica el Artículo precedente, debe regirse necesariamente en sus diversas fases y consecuencias por las leyes y principios jurídicos relativos al trabajo.

El patrono puede consentir que las leyes y principios de trabajo se apliquen desde la celebración del contrato individual de trabajo, aunque no se haya iniciado la relación de trabajo.

El contrato individual de trabajo, como lo ordena el Artículo 20 del Código de Trabajo, obliga, no sólo a lo que se establece en él, sino:

- A la observancia de las obligaciones y derechos que el cuerpo de leyes mencionado o los convenios internacionales ratificados por Guatemala, determinen para las partes de la relación laboral, siempre, respecto a estos últimos, cuando

consignen beneficios superiores para los trabajadores a los del Código; y

- A las consecuencias que del propio contrato se deriven según la buena fe, la equidad, el uso y costumbres locales o la ley.

Las condiciones de trabajo que rijan un contrato o relación laboral, no pueden alterarse fundamental o permanentemente, salvo que haya acuerdo expreso entre las partes o que así lo autorice el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, cuando lo justifique plenamente la situación económica de la empresa. Dicha prohibición debe entenderse únicamente en cuanto a las relaciones de trabajo, que en todo o en parte, tengan condiciones superiores al minimum de protección que el Código de Trabajo otorga a los trabajadores.

Son condiciones o elementos de la prestación de los servicios o ejecución de una obra: La materia u objeto; la forma o modo de su desempeño; el tiempo de su realización; el lugar de ejecución y las retribuciones a que esté obligado el patrono.

Si en el contrato individual de trabajo no se determina expresamente el servicio que deba prestarse, el trabajador queda obligado a desempeñar solamente el que sea compatible con sus fuerzas, aptitudes, estado o condición física, y que sea del mismo género de los que formen el objeto del negocio, actividad o industria a que se dedique el patrono.

En todo contrato individual de trabajo deben entenderse incluidos por lo menos, las garantías y derechos que otorguen a los trabajadores la Constitución, el presente Código, sus

reglamentos y las demás leyes de trabajo o de previsión social.

La falta de cumplimiento del contrato individual de trabajo o de la relación de trabajo sólo obliga a los que en ella incurran, a la responsabilidad económica respectiva, o sea a las prestaciones que determinen este Código, sus reglamentos y las demás leyes de trabajo o de previsión social, sin que en ningún caso pueda ejercer coacción contra las personas.

El contrato individual de trabajo, según el Artículo 25 del Código de Trabajo, puede ser:

- Por tiempo indefinido, cuando no se especifica fecha para su terminación.
- A plazo fijo, cuando se especifica fecha para su terminación o cuando se ha previsto el acaecimiento de algún hecho o circunstancia como la conclusión de una obra, que forzosamente ha de poner término a la relación de trabajo. En este segundo caso, se debe tomar en cuenta la actividad del trabajador en sí mismo como objeto del contrato, y no el resultado de la obra; y
- Para obra determinada, cuando se ajusta globalmente o en forma alzada el precio de los servicios del trabajador desde que se inician las labores hasta que éstas concluyan, tomando en cuenta el resultado del trabajo, o sea, la obra realizada.

Aunque el trabajador reciba anticipos a buena cuenta de los trabajos ejecutados o por ejecutarse, el contrato individual de trabajo debe entenderse para obra determinada, siempre que se reúnan las condiciones que se indicaron.

Todo contrato individual de trabajo, según el Artículo 26 del Código de Trabajo, debe tenerse por celebrado por tiempo indefinido, salvo prueba o estipulación lícita y expresa en contrario.

Deben tenerse siempre como contratos a plazo indefinido, aunque se hayan ajustado a plazo fijo o para obra determinada, los que se celebren en una empresa cuyas actividades sean de naturaleza permanente o continuada, si al vencimiento de dichos contratos subsiste la causa que les dio origen.

En consecuencia, los contratos a plazo fijo y para obra determinada tienen carácter de excepción y sólo pueden celebrarse en los casos que así lo exija la naturaleza accidental o temporal del servicio que se va a prestar o de la obra que se va a ejecutar.

El contrato individual de trabajo puede ser verbal cuando se refiera:

- A las labores agrícolas o ganaderas;
- Al servicio doméstico;
- A los trabajos accidentales o temporales que no excedan de sesenta días; y
- A la prestación de un trabajo para obra determinada, siempre que el valor de ésta no

exceda de cien quetzales, y si se hubiere señalado plazo para la entrega, siempre que éste no sea mayor de sesenta días.

En todos estos casos el patrono queda obligado a suministrar al trabajador, en el momento en que se celebre el contrato, una tarjeta o constancia que únicamente debe contener la fecha de iniciación de la relación de trabajo y el salario estipulado y, al vencimiento de cada período de pago, el número de días o jornadas trabajadas, o el de tareas u obras realizadas.

En los demás casos, el contrato individual de trabajo debe extenderse por escrito, en tres ejemplares: Uno que debe recoger cada parte en el acto de celebrarse y otro que el patrono queda obligado a hacer llegar al Departamento Administrativo de Trabajo, directamente o por medio de la autoridad de trabajo más cercana, dentro de los quince días posteriores a su celebración, modificación o novación.

El contrato escrito de trabajo, según el Artículo 29 del cuerpo legal mencionado, debe contener:

- Los nombres, apellidos, edad, sexo, estado civil, nacionalidad, y vecindad de los contratantes;
- La fecha de la iniciación de la relación de trabajo;
- La indicación de los servicios que el trabajador se obliga a prestar, o la naturaleza de la obra a ejecutar, especificando en lo posible las características y las condiciones del trabajo;

- El lugar o los lugares donde deben prestarse los servicios o ejecutarse la obra;
- La designación precisa del lugar donde viva el trabajador cuando se le contrata para prestar sus servicios o ejecutar una obra en lugar distinto de aquél donde viva habitualmente;
- La duración del contrato o la expresión de ser por tiempo indefinido o para la ejecución de obra determinada;
- El tiempo de la jornada de trabajo y las horas en que debe prestarse;
- El salario, beneficio, comisión, o participación que debe recibir el trabajador; si se debe calcular por unidad de tiempo, por unidad de obra o de alguna otra manera y la forma, período y lugar de pago.

En los casos en que se estipule que el salario se ha de pagar por unidad de obra, se debe hacer constar la cantidad y calidad de material, las herramientas y útiles que el patrono convenga en proporcionar y el estado de conservación de los mismos, así como el tiempo que el trabajador pueda tenerlos a su disposición. El patrono no puede exigir del trabajador cantidad alguna por concepto de desgaste normal o destrucción accidental de las herramientas, como consecuencia de su uso en el trabajo;

- Las demás estipulaciones legales en que convengan las partes;
- El lugar y la fecha de celebración del contrato; y
- Las firmas de los contratantes o la impresión digital de los que no sepan o no puedan firmar, y el número de sus cédulas de vecindad.

El Ministerio de Trabajo y Previsión Social debe imprimir modelos de contratos para cada una de las categorías de trabajo a fin de facilitar el cumplimiento de esta disposición.

La prueba plena del contrato escrito, según el Artículo 30 del Código de Trabajo, sólo puede hacerse con el documento respectivo. La falta de éste o la omisión de alguno de sus requisitos se debe imputar siempre al patrono y si a requerimiento de las autoridades de trabajo no lo exhibe, deben presumirse, salvo prueba en contrario, ciertas las estipulaciones de trabajo afirmadas por el trabajador.

El contrato verbal se puede probar por los medios generales de prueba y, al efecto, pueden ser testigos los trabajadores al servicio de un mismo patrono.

1.3. Generalidades del contrato

En la legislación nacional, el contrato de trabajo incluye dos aspectos que le caracterizan y matizan las relaciones obrero patronales. Estos dos aspectos son el jurídico y el económico. Ambos aspectos derivan y califican la existencia de un vínculo, un lazo. Por un lado, esta conexión entre las partes contratantes es jurídica puesto que, la misma debe

estar desarrollada en un documento suscrito entre ambos. En relación a la definición legal contenida en el Artículo 18 del Código de Trabajo, indica: "El vínculo económico jurídico, mediante el que una persona (trabajador), queda obligada a prestar a otra (patrono), sus servicios personales o a ejecutarle una obra, personalmente, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata o delegada de ésta última, a cambio de una retribución de cualquier clase o forma".

El contrato de trabajo es lógicamente un instrumento jurídico en el cual se consignan acuerdos de voluntades. "El contrato no es más que un acuerdo de voluntades; es el producto mismo de la plena libertad contractual, de la autonomía de la voluntad. Hay que admitir que esa figura, así perfilada, no encaja dentro del contexto laboral, ya que si bien el acuerdo inicial de voluntades es libre, no lo son la totalidad de sus disposiciones, por cuanto entran en vigor los mínimos que la ley establece".³

"La definición anterior, es sin lugar a dudas la más acertada a la figura del contrato individual de trabajo, pues incluye inicialmente, dos elementos preponderantes en la relación de trabajo que son:

- El aspecto meramente jurídico, connotado con la suscripción del documento; y
- El aspecto económico connotado por la retribución que se entrega al trabajador como contraprestación al trabajo prestado".⁴

³ Fernández Molina, Luis. **Derecho laboral guatemalteco**, pág. 87.

⁴ Franco López, Landelino. **Instituciones del derecho individual del trabajo**, págs. 43 y 44.

Es procedente establecer un análisis adicional a lo ya mencionado. En primer término, el elemento o carácter económico de la relación, es caracterizador también del derecho de trabajo en general, que como estatuye el Código de Trabajo en el inciso C de su cuarto considerando el derecho del trabajo es un derecho necesario e imperativo, o sea de aplicación forzosa en cuanto a las prestaciones mínimas que conceda la ley, de donde se deduce que esta rama del derecho limita bastante el principio de la **autonomía de la voluntad**, propio del Derecho Común, el cual supone erróneamente que las partes de todo contrato tienen libre arbitrio absoluto para perfeccionar convenio, sin que su voluntad esté condicionada por diversos factores y desigualdades de orden económico - social.

1.4. Contrato individual de trabajo

1.4.1. Origen de su regulación legal y concepción en la ley

El contrato de trabajo aparecía conceptualizado con el Artículo 18 del Decreto 330 de la manera siguiente: "Contrato Individual de Trabajo, sea cual fuere su denominación, es el vínculo económico jurídico mediante el que una persona (trabajador) queda obligada a prestar a otra (patrono) sus servicios personales o a ejecutarle una obra, bajo dependencia continuada o dirección inmediata o delegada de esta última y a cambio de una retribución de cualquier clase o forma".

Actualmente, en el Decreto 1441 el Artículo 18 fue ampliado, con el objeto de aclarar el panorama y el campo de acción del contrato de trabajo, principalmente en el hecho de que el contrato de trabajo se realice de manera accesoria en otro contrato de índole civil, haciendo constar que no perderá

su naturaleza y también que se aplicarán las normas del contrato de trabajo y del Código de Trabajo.

El Artículo 19 en los dos Decretos aparece regulado de la misma forma, aduciendo que para que el contrato de trabajo exista y se perfeccione, basta con el inicio de la relación laboral, que es el hecho mismo de la prestación del servicio o la ejecución de la obra.

El Artículo 20 fue modificado en forma completa pues en el Decreto 330, regulaba las obligaciones que se derivan del contrato estableciendo como vínculo necesario la buena fe, la equidad, el uso y costumbre locales o la ley. En el Decreto 1441 es modificado y lo amplía en el sentido de que las partes que suscriben un contrato de trabajo se obligan a cumplir lo establecido en el contrato de trabajo suscrito y además a las obligaciones observadas en el Código de Trabajo y en los convenios internacionales ratificados por Guatemala, los derechos de los trabajadores establecidos en el Código de Trabajo en dichos contratos deben ser superiores a estos. También prohíbe que se modifiquen las condiciones del contrato sin la autorización del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, estableciendo además cuales son las condiciones o elementos de la prestación de los servicios o la ejecución de una obra.

El Artículo 21 no sufrió ninguna modificación, estableciendo que el trabajador debe desempeñar solamente el servicio que sea compatible con sus fuerzas, aptitudes, estado y condiciones físicas, siempre que sea del mismo género de los que formen el objeto del negocio, actividad o industria a que se dedique el patrono.

El Artículo 22 quedó intacto, estableciendo que en todo contrato de trabajo deben entender por incluidos por lo menos las garantías y derechos que otorguen a los trabajadores la Constitución, el Código de Trabajo, sus reglamentos y demás leyes de trabajo.

El Artículo 23 continúa igual y regula que la sustitución del patrono no afecta al trabajador, pues existe solidaridad entre los dos, en cuanto a las obligaciones establecidas en los contratos, por acciones que nacen en hechos posteriores a la sustitución, responderá únicamente el nuevo patrono.

El Artículo 24 también establece la obligación que contraen las partes que celebren un contrato de trabajo (patrono-trabajador) y queda obligado a la responsabilidad económica aquélla que incumpla.

El Artículo 25 no se modificó y establece que el contrato individual de trabajo puede ser a tiempo indefinido, a plazo fijo o para obra determinada.

El Artículo 26 no sufre ninguna modificación y reza que el contrato individual de trabajo debe tenerse por celebrado a tiempo indefinido, salvo prueba en contrario, estableciendo además que cuando un contrato individual de trabajo se halla ajustado a plazo fijo o para obra determinada y la empresa y sus labores son de naturaleza permanente o continua, el contrato debe tenerse a plazo indefinido; los contratos a plazo fijo o para obra determinada tienen carácter de excepción y sólo pueden celebrarse en los casos que así lo exija la naturaleza accidental o temporal del servicio que se va a prestar o la obra que se va a ejecutar.

El Artículo 27 establecía la forma en que se puede contratar en forma verbal no sufriendo ninguna modificación en el Decreto 1441.

El Artículo 28 regula que el contrato de trabajo, cuando se celebre por escrito debe extenderse en tres ejemplares y el tiempo en el cual debe presentarse un ejemplar a la Dirección General de Trabajo dentro de los 15 días posteriores a la celebración del contrato, los otros dos ejemplares es uno para cada parte, permaneciendo regulado de igual forma en los dos Códigos de Trabajo.

El Artículo 29 no tiene ninguna modificación en los dos decretos, en cuanto a las formalidades que se deben llenar al celebrar el contrato individual de trabajo, pero se modifica en el inciso "h" segundo párrafo la palabra casos por contratos.

El Artículo 30 en el Decreto 330 se regulaba únicamente el requerimiento del contrato individual de trabajo por las autoridades de trabajo; y si no se presentaba o se omitía algún requisito en el contrato de trabajo se le debían imputar al patrono. En el Código de Trabajo vigente se le da protección al trabajador estableciendo que se tendrán por ciertas las estipulaciones del trabajador, salvo prueba en contrario del patrono.

El Artículo 31 estableció la capacidad para poder trabajar a los catorce años para personas de ambos sexos, de igual forma está regulado en el Código vigente.

Al igual que en el Decreto 330 en el Decreto 1441 el Artículo 32 regula lo mismo, en cuanto a que los menores de 14 años, serán sus representantes legales los que deben celebrar

los contratos individuales de trabajo al igual que percibir sus salarios estableciendo además que se debe contar en este caso con la autorización de la Inspección General de Trabajo.

El Artículo 33 no fue modificado en cuanto a la prestación de servicios dentro de la República de Guatemala, pero si el trabajador debe prestar sus servicios en lugar distinto de donde vive, tiene la obligación el patrono de pagar los pasajes de ida y regreso en forma diaria; así también cuando se tenga que ir a vivir a otro lugar y si tiene que llevarse a su familia, el patrono deberá también pagarle los gastos razonables del transporte.

El Artículo 34 continúa con el mismo texto legal, establecido en el Decreto 330 y en forma resumida regula las prohibiciones de celebrar contratos de trabajo en donde los trabajadores tengan que laborar fuera del territorio nacional sin la autorización del Ministerio de Trabajo, pudiendo autorizar dichos contratos si llenan los requisitos siguientes:

- El establecimiento de un apoderado en la República por parte de la empresa que contrata, para resolver cualquier conflicto que surja.
- La empresa o agente reclutador debe pagar los gastos de transporte al exterior e incluso los gastos de paso de frontera, incluyendo los gastos de los familiares que lo deban acompañar.
- La empresa o agente reclutador debe depositar en un banco del sistema, una cantidad de dinero que fija el Ministerio de Trabajo y que garanticen los gastos de repatriación y

- Que el contrato de Trabajo se debe extender en cuatro ejemplares enviando un ejemplar al agente diplomático del país donde vayan a laborar, con el objeto de que vigile el cumplimiento del contrato.

El Artículo 35 al igual que el anterior y por tener íntima relación, continúa sin ninguna modificación y regula lo relativo a quienes no puede autorizar el Ministerio de Trabajo y Previsión Social para laborar en el extranjero y que son:

- Los menores de edad,
- Los que no garanticen satisfactoriamente la prestación de alimentos a quienes dependan de él,
- Si los trabajadores son necesarios para la economía nacional y
- En aquellos casos en que se lesionen la dignidad del trabajador.

El Artículo 36 continúa sin ningún cambio y establece que las regulaciones anteriores no rigen para los profesionales titulados y aquellos técnicos cuyo trabajo requiere de un conocimiento muy calificado.

1.4.2. Objeto del contrato de trabajo

“El objeto, en el Contrato de Trabajo, es una actividad idónea, un servicio que presta el trabajador en beneficio del patrono, quien en compensación del salario que paga tiene

derecho a los frutos del trabajo".⁵ Es la causa que origina el contrato de trabajo. El objeto del contrato de trabajo es regular la relación laboral que del mismo se deriva, bajo los términos y condiciones lícitas y posibles manifestadas y aceptadas por las partes, fijar las condiciones o elementos de la prestación de los servicios o ejecución de una obra, tales como: La materia u objeto, la forma o modo de su desempeño, el tiempo de su realización, el lugar de ejecución y las retribuciones a que está obligado el patrono y sobre todo aquellos aspectos en que la voluntad de las partes superen el mínimo de derechos reconocidos por la legislación laboral a favor del trabajador. (Artículo 20 del Código de Trabajo).

Se discute en cuanto a qué sucede si el objeto del contrato es ilícito, lo anterior lleva implícita responsabilidad penal, civil, administrativa o de carácter laboral, hacia el patrono, porque exclusivamente él es el responsable por la licitud del objeto del contrato.

1.4.3. Elementos del contrato de trabajo

En el contrato individual de trabajo, como relación jurídica, encontramos aunque con algunas características especiales, los elementos comunes a todos los contratos.

- La capacidad
- El consentimiento
- El objeto

⁵Fernández Molina, **Ob. Cit;** pag 92

La capacidad es la facultad que posee toda persona para ser sujeto de derecho y obligaciones. En términos generales se reconocen dos clases de capacidad, de goce y de ejercicio.

La capacidad de goce: "Es la cualidad de un ente de ser sujeto de derechos y deberes jurídicos; es sinónimo de personalidad jurídica".⁶

La capacidad de ejercicio, también llamada de derecho, es inherente a toda persona humana por ser un atributo derivado de la personalidad jurídica de la persona humana y consiste en la facultad que posee toda persona para ejercer sus derechos y adquirir obligaciones.

La capacidad de obrar o de ejercicio es la facultad que posee toda persona civilmente capaz para ejercitar sus derechos y contraer obligaciones por sí misma. "Es la facultad de cumplir por sí mismo y ejercer de igual manera deberes y derechos jurídicos".⁷

La capacidad, de conformidad con nuestro ordenamiento civil, está definida así: "La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles, se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años. Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley" (Artículo 9 del Código Civil, Decreto-Ley 106).

En el Derecho del Trabajo guatemalteco, tienen capacidad de ejercicio los mayores de edad y los menores de edad que tengan catorce años o más y los insolventes y fallidos (Artículo 31 del Código de Trabajo); y en casos de excepción

⁶Ibid. pág 90.

⁷Ibid.

calificada y previa autorización escrita de la Inspección General de Trabajo, los menores de catorce años pueden trabajar en jornada ordinaria diurna (Artículo 150 del Código de Trabajo), cuyo contrato de trabajo debe celebrarse con sus representantes legales. (Artículo 32 del Código de Trabajo).

“Se discute en doctrina sobre las razones por las cuales se ha establecido una edad menor para la capacidad contractual, resumiéndose en las siguientes:

- Porque el contrato de trabajo es fácil de rescindir, lo que no implica que no exista un mayor compromiso o sometimiento del menor trabajador;
- La incapacidad está establecida como protección de la inmadurez, en el contrato de trabajo existen las condiciones mínimas establecidas por el Estado;
- La Inspección General de Trabajo, controla la ejecución del contrato;
- Por el carácter personal del contrato en la realización del mismo, el que lo ejecuta tiene derecho a obtener los ingresos para su subsistencia o sostén;
- Siendo el trabajo el único medio de vida para la mayor parte de la población y los altos índices de desempleo, desintegración familiar, etc., el menor de edad se ve obligado a trabajar.

El consentimiento, es el elemento común de los contratos, se deriva de la autonomía de la voluntad de las partes y es la potestad que poseen los individuos para regular sus derechos y obligaciones, mediante su voluntad manifestada en un contrato, que obliga legalmente a las partes, siempre que lo pactado no sea contrario a la ley, el orden público, la moral o las buenas costumbres.

“En el Derecho de Trabajo, se considera que el consentimiento del trabajador en la contratación de sus servicios, no surge espontáneo ni libre, sino forzado por las circunstancias económicas que padezca y por la necesidad que tenga de laborar, el consentimiento manifestado en el contrato de trabajo por el trabajador, tiene características muy especiales, pues la autonomía de la voluntad está restringida por las leyes laborales y es nula ipso jure, cualquier estipulación en contrario. Al contrario, toda manifestación de voluntad de las partes manifestada en un contrato de trabajo, que represente para el trabajador mejores derechos y condiciones que el mínimo garantizado por la legislación, tiene plena validez y obliga a las partes”. (Artículos 12 del Código de Trabajo y 106 de la Constitución Política de la República).

El Artículo 49 del Código de Trabajo, somete los contratos de trabajo (individuales o colectivos) existentes o futuros, a adaptarse a las condiciones de trabajo estipuladas en un pacto colectivo de condiciones de trabajo en las empresas, industrias o regiones a que afecte, por ser ley profesional entre las partes.

En el contrato de trabajo, el consentimiento, se da más que todo en la manifestación de voluntad de las partes de entablar una relación de trabajo, pero la regulación de la

relación de trabajo, corresponde obligadamente a un mínimo de condiciones y derechos fijados por la ley a favor del trabajador, para nivelar la desigualdad económica existente en éste, respecto a su patrono.

Los elementos esenciales, llamados también elementos propios, determinantes o resolutivos del contrato individual de trabajo, son los siguientes:

- Prestación personal del servicio
- Subordinación
- Salario
- Ausencia de riesgo
- Estabilidad

La prestación personal del servicio, se refiere precisamente a que debe ser la persona individual, identificada en el contrato de trabajo, quien debe prestar el servicio de forma directa, personal y no por medio de apoderado o terceras personas.

La subordinación en el contrato de trabajo, consiste en el hecho de la jerarquía que se presenta entre trabajador y patrono.

La determinación del salario en la relación laboral, es determinante para todos los efectos posteriores que se pueden presentar en la relación laboral.

En la ausencia de riesgo, debe tomarse en cuenta que el contrato de trabajo establece la certeza en la relación de trabajo, y este factor o elemento debe cumplirlo el patrono, quien es el responsable. En cuanto a la estabilidad, ésta

debe ser tomada en cuenta por el hecho de que un contrato de trabajo formaliza la relación laboral, dando relativa estabilidad a la misma. Elementos personales o subjetivos (las partes). El trabajador: Es la persona individual o física que se obliga a prestar un servicio intelectual, material o de ambas clases o a la ejecución de una obra a favor de una persona individual o jurídica a cambio de una remuneración.

CAPÍTULO II

2. El telecontrato en general

2.1. Concepto de telecontrato

En la contratación informática, se encuentra la contratación de bienes o servicios informáticos. De esta manera entenderemos por contratación informática, aquélla cuyo objeto sea un bien o un servicio informático -o ambos- o que una de las prestaciones de las partes tenga por objeto ese bien o servicio informático.

Como servicios informáticos, se entienden todos aquellos servicios que sirven de apoyo y complemento a la actividad informática en una relación de afinidad directa con ella.

Esta nueva forma de contratación es interactiva: "Lo que implica que, por una parte, produce y crea información y por otra parte, la incorpora, sea aplicando disposiciones nuevas al texto contractual, o bien impidiendo la aplicación de normas derogadas e incluso aplicando directamente desde una oficina Registral u otra entidad pública, por ejemplo, los límites precisos y deslindes de una propiedad o efectuando las correspondientes inscripciones que requiere un contrato para producir efectos, situaciones todas de carácter interactivo; frente a ellas es posible, además, en contratos de tracto sucesivo, como el arrendamiento, lograr su cumplimiento permanente a través de todo su periodo de vigencia: reajustes automáticos de la cláusula de la renta, cálculo de intereses por mora, etc."⁸

⁸ Gaete González, Eugenio Alberto, **Documento electrónico e instrumento público**. pág. 13.

Se establece como dinámico el contrato electrónico, "Pero además de ser interactivo y dinámico el documento electrónico es también de actuación a distancia, con lo cual se produce un cambio en lo relativo a la formación del consentimiento. Gráficamente es posible crear un escenario en el cual cada parte en el contrato, sus respectivos asesores técnicos, sus abogados, el correspondiente notario, se encuentren todos presentes en diferentes lugares del mundo, en salas de video conferencias ...produciéndose así una reunión interactiva y dinámica, en la cual tendrá lugar la negociación correspondiente, las discusiones en torno al contrato, las consultas legales al profesional respectivo, la legislación aplicable, pudiéndose al instante revisar los bancos de datos jurídicos, la doctrina y la jurisprudencia relativa. Se podrá luego, de común acuerdo y en un ambiente interactivo proceder a la redacción del acuerdo, se le dará la lectura final al mismo, procediéndose luego, con la intervención de un Notario de cada lugar donde están situadas las partes, a la firma electrónica del mismo, a través del sistema de llave pública, y procediéndose luego a dar fe del acto por cada notario cibernético para su valor final."⁹

No obstante se cree estar a la altura de la tecnología, el contrato electrónico afecta directamente los elementos convencionales de todo contrato en el siguiente sentido:

"Desaparece la unidad de acto - unidad témporo espacial propia de la expresión del consentimiento contractual - tanto material - que implica simultaneidad en la exteriorización de las voluntades - como formal, o simultaneidad entre las voluntades de las partes y aquélla del Oficial público o funcionario autorizante, y que es de un doble carácter: en cuanto al acto, debe ser ininterrumpida (caso del testamento),

⁹ **Ibid.** pág. 13.

y en su dimensión papel, debe estar contenida en un solo instrumento. Esta última constituye verdaderamente unidad de texto. De ellas, sólo esta última permanece en el documento electrónico, y así por ejemplo, la ley tipo de UNCITRAL en su Artículo 8, la considera refiriéndose a los originales (matrices) de los mensajes de datos, al disponer que la integridad de la información será evaluada conforme al criterio de que haya permanecido completa e inalterada, otorgándole en el Artículo 9, fuerza probatoria, en virtud de haberse conservado íntegra la información.”¹⁰

Lo anterior, se explica sobre la base de que bienes informáticos son todos aquellos elementos que forman el sistema (ordenador) en cuanto al hardware, ya sea la unidad central de proceso o sus periféricos, así como todos los equipos que tienen una relación directa de uso con respecto a ellos y que, en conjunto, conforman el soporte físico del elemento informático. Asimismo, se consideran bienes informáticos los bienes inmateriales que proporcionan las órdenes, datos, procedimientos e instrucciones, en el tratamiento automático de la información y que, en su conjunto, conforman el soporte lógico del elemento informático.

Aunque difíciles de encuadrar, se ha considerado que algunas características respecto a su naturaleza jurídica son las siguientes:

- Es un contrato atípico, puesto que carece de regulación propia y usualmente no está regido por una normatividad legal especial. En términos generales se considera que este contrato se sujeta

¹⁰ **Ibid.** pág. 13.

a los tradicionales ya existentes y a las disposiciones generales establecidas en los códigos civiles y mercantiles.

- Es un contrato principal, porque no depende de otro contrato que le sea precedente, es decir, tiene vida propia, en cambio puede suceder que vaya acompañado por garantía, sean éstas reales o personales.
- Son de tipo complejo, porque surge de una serie de vínculos jurídicos, ya que se pueden encontrar diversos contratos como compraventa de hardware y de software, licencia de uso de software, arrendamiento, contrato de servicios y mantenimiento.
- Es oneroso, debido a que cada una de las partes sufre un empobrecimiento, compensado por una ventaja. Además, como sucede con otros contratos, este carácter pecuniario no significa necesariamente que exista equivalencia económica en las prestaciones y casi siempre existe un desequilibrio entre ambos.
- Es consensual, sin embargo, en la práctica se celebra por escrito por su trascendencia económica y de diferentes derechos y obligaciones que surgen como consecuencia de su nacimiento y normalmente la forma de celebración por adhesión, con cláusulas pre-redactadas con los llamados contratos tipo.

Cabe mencionar que estos contratos son sui generis en cuanto que involucran en sus cláusulas múltiples normas legales de distintas áreas del derecho como el civil,

administrativo, mercantil, propiedad intelectual, internacional privado, entre otras.

En la contratación informática se ven involucrados varios elementos, a los que podemos denominar complementarios, que se interrelacionan entre sí.

Así, distinguiremos entre: Contratantes, parte expositiva, cláusulas o pactos y anexos, que se analizan a continuación.

No es lo mismo la contratación informática realizada entre profesionales de la informática, que la contratación informática realizada entre un profesional de la informática y un tercero.

Por ello, la identificación y situación profesional de los intervinientes reviste gran importancia, debiendo fijar, no solamente quién adquiere cada responsabilidad proveniente de la contratación y a quién representa, sino también qué conocimientos o formación profesional o empresarial, relacionada con el tema objeto del contrato tiene cada uno, debido a la obligación existente, desde la óptica de una buena fe contractual, de informar correctamente a la otra parte y de proporcionar claridad a las cláusulas y obligaciones del contrato.

La formación de la voluntad y las responsabilidades de cada una de las partes, tienen una relación con la identificación personal y profesional de las mismas, que la convierten en dato de gran importancia en este tipo de contratos.

En esta parte se expone, de forma clara y concreta, el por qué y el para qué del contrato. Es importante señalar que dentro de los contratos informáticos es imprescindible fijar en forma sencilla, por qué se realiza el contrato y cuales han

sido los condicionantes o circunstancias que han motivado a las partes a unirse mediante esta relación contractual.

Para ello, se fijaran los intereses de cada cual, especificando las necesidades de uno y la oferta del otro; dejando bien claro que es lo que ofrece una parte y que es lo que acepta la otra y debiendo existir una coincidencia real sobre el objeto, o concepto que de él y de su utilidad respecto al fin perseguido, tienen cada una de las partes.

Por otro lado es de especial interés establecer claramente el negocio jurídico en el cual, de acuerdo con la teoría general para ese negocio en el ordenamiento, se pueda subsumir el caso e interpretar el contrato.

Cláusulas o pactos:

Partiremos del principio de buena fe y, estableceremos una obligación de colaboración en ambos sentidos; el suministrador debe colaborar con el usuario y, lo que es igual de importante, el usuario debe colaborar con el suministrador.

Además, el usuario debe respetar y seguir las directrices, que respecto al bien contratado y su implementación en el circuito de información, le indique el suministrador y, consecuentemente, utilizar el equipo informático o los programas, siguiendo las instrucciones que para su óptima utilización le señale. El suministrador por su parte, se exonera de responsabilidad en el caso en que exista una anomalía consecuencia del incumplimiento por parte del usuario de estas instrucciones de funcionamiento o manejo.

Estas cláusulas o pactos han de cumplir los siguientes requisitos, aunque son orientativos:

- Obligaciones de las partes, claras y concisas.
- El deber de asesoramiento.
- El cumplimiento del plazo.
- La formación del usuario.
- Prohibición de subarrendar.
- Sustitución del equipo.
- Definición de términos o conceptos oscuros.
- El mantenimiento preventivo.
- Cláusulas de garantía.

Es fundamental que los contratos informáticos vayan acompañados de anexos, que incorporados a ellos y con la misma fuerza de obligar, contengan diferentes desarrollos de elementos que formen parte sustancial del contrato.

Entre los anexos tipo, que ayudan a describir el objeto y que siempre deben figurar, en un contrato informático destacan:

- a. Especificaciones del sistema a contratar.
- b. Especificaciones de los programas a desarrollar.
- c. Pruebas de aceptación.
- d. Resultados a obtener y que en algún caso, formaran el propio objeto del contrato.
- e. Análisis.

2.2. Clasificación del telecontrato

Debido a las características especiales de los distintos objetos sobre los que pueden versar estos contratos -ya sea hardware, software, servicios de mantenimiento y formación o llave en mano- es necesario su estudio y tratamiento individualizado.

En cuanto al acto jurídico, debido a que los contratos informáticos más comúnmente realizados, se han llevado a cabo bajo el paraguas protector de una determinada figura jurídica, en la que han encontrado acomodo, pero casi en todos los casos, ha sido necesario adecuar el objeto del contrato al negocio jurídico realizado.

Por el objeto del contrato distinguiremos contratos de hardware, contratos de software, contratos de instalación llave en mano y contratos de servicios auxiliares.

- Contratos de hardware. En los que hay que conceptualizar como hardware, todo aquello que físicamente forme parte del equipo, considerando como tal, también a los equipos de comunicaciones u otros elementos auxiliares para el funcionamiento del sistema que se va a implementar.
- Contratos de software. Hay que diferenciar en el momento de analizar una contratación de software, si se trata de un software de base o de sistema, o se trata de un software de utilidad o de aplicación o usuario, ya que este último, debe responder a necesidades particulares, las del propio usuario, el que encarga la aplicación, y que por tanto, tendrán que quedar claramente especificadas en el contrato; sin embargo, el software de base o sistema y el software de utilidad, responden a características generales, que son las del propio sistema o las de la utilidad a la que sirven y es un producto ya conformado de antemano, que no se somete a peticiones o particularidades del usuario.

- Contratos de instalación llave en mano. En los que irán incluidos tanto el hardware como el software, así como determinados servicios de mantenimiento y de formación del usuario.
- Contratos de servicios auxiliares. Como pueden ser, el mantenimiento de equipos y programas o la formación de las personas que van a utilizar la aplicación respecto a equipos, sistema o aplicaciones.

2.3. El telecontrato como acto legal

Existen tantos tipos de contratos como negocios jurídicos se realicen sobre este objeto. Así, algunos de los más utilizados en el campo de la informática son los llamados de venta, de arrendamiento financiero, de alquiler, de opción de compra, de mantenimiento, de prestación de servicios, de arrendamiento de obra, de préstamo, de depósito, etc.

- De venta: Cuando sea un contrato en el que el suministrador o vendedor en este caso, se obliga a entregar una cosa determinada, un bien informático, y la otra parte comprador, a pagar por él un precio cierto. La venta también puede ser de servicios.
- De arrendamiento financiero: Mediante el que se requiere que participen tres partes, el suministrador o vendedor del equipo informático, una entidad o intermediario financiero que compra el bien para un tercero que es el usuario, y el usuario del bien que lo poseerá, pero lo tendrá en régimen de arrendamiento financiero, hasta que

haya cumplido con determinadas características o requisitos.

- De alquiler: El arrendamiento sobre bienes informáticos es un arrendamiento tipo, caracterizado porque el suministrador se obliga a dar al usuario el goce o uso de un bien informático, durante un tiempo determinado y por un precio cierto.

- De opción de compra: Para que exista este tipo de contrato, tienen que darse tres requisitos principales:
 - a) Respecto al optante, que debe conceder la decisión unilateral de la realización de la opción de compra.

 - b) Precio de compraventa, que debe quedar perfectamente señalado para el caso de que el optante decida acceder a dicha compraventa.

 - c) Plazo del ejercicio de la opción de compra, debe quedar determinado con claridad en el acuerdo de las partes.

- De mantenimiento: Puede ser tanto de equipos como de programas, o incluso, mantenimiento integral en el que se puede incluir un servicio de formación, asesoramiento y consulta.

- De prestación de servicios: En los que incluiríamos análisis, especificaciones, horas, máquina, tiempo compartido, programas, etc., que

también se podría clasificar como contratos de arrendamientos de servicios. El arrendamiento de servicios se da cuando una parte se obliga con la otra a prestarle determinados servicios, con independencia del resultado que se obtenga mediante la prestación.

- De ejecución de obra: Consistente en el compromiso de una de las partes, en este caso el suministrador del bien o servicio informático, a ejecutar una obra, y de la otra parte a realizar una contraprestación en pago por la obra llevada a cabo.
- De préstamo y/o comodato: Caracterizado porque una parte entrega a otra el bien informático para que use durante un tiempo determinado y lo devuelva una vez cumplido ese tiempo. En el caso que se acuerde entre las partes una retribución, deja de ser comodato para pasar a ser un arrendamiento de cosas.
- De depósito: Que se constituye, desde que una persona recibe una cosa ajena con la obligación de guardarla y restituirla, en el que el depositario tendrá derecho a exigir retribución por el depósito, salvo pacto contrario, con las obligaciones para el depositario de conservación de la cosa, en este caso, del bien informático, de acuerdo con lo establecido en la ley.
- De licencia de uso: Es el contrato en virtud del cual el titular de los derechos de explotación de un programa de ordenador, autoriza a otro a

utilizar el programa, conservando el cedente la propiedad del mismo.

- Adaptación de un software producto: Se trata de la contratación de una licencia de uso de un producto estándar, que habrá que adaptarse a las necesidades del usuario.
- "Escrow" o garantía de acceso al código fuente: Son aquéllos que tienen por objeto garantizar al usuario el acceso a un programa fuente, en el caso de que desaparezca la empresa titular de los derechos de propiedad intelectual.
- Contrato de distribución de información: Consiste en la comercialización de la base de datos, durante cierto período de tiempo a cambio de un precio, lo que origina la obligación por parte del titular de la base, de aportar los datos que deben hacerse accesibles a los futuros usuarios, en forma adecuada para su tratamiento por el equipo informático del distribuidor y ceder a este último, en exclusiva o compartidos con otros distribuidores, los derechos de explotación que previamente haya adquirido por cesión o transmisión de los autores de las obras.
- Contrato de suministro: Mediante este contrato el usuario puede acceder, siempre que lo precise, a las bases de datos del distribuidor.
- Contrato de información: Aquí el titular de una base de datos vende a otro una copia de ésta, con la posibilidad de que el adquirente a su vez,

pueda no sólo usarla sino mezclarla con otras propias para después comerciar con ellas.

- Contratos complejos: Que son aquéllos que contemplan los sistemas informáticos tanto el "hardware" como el "software". Los más usuales son:
- Contrato parcial y global de servicios informáticos: Es la subcontratación de todo o de parte del trabajo informático, mediante un contrato con una empresa externa que se integra en la estrategia de la empresa y busca diseñar una solución a los problemas existentes.
- Contrato de respaldo o "back-up": Su finalidad es asegurar el mantenimiento de la actividad empresarial, en el caso de que circunstancias previstas pero inevitables impidan que siga funcionando el sistema informático, poniendo a disposición de la empresa, dentro de los límites del contrato, los medios informáticos para que pueda seguir el proceso.

Como hemos visto la contratación de bienes y la prestación de servicios informáticos, no tiene una calificación uniforme que la pueda situar, en cada caso, en un modelo o tipo de contrato de los que figuran en nuestro ordenamiento jurídico.

Los contratos informáticos están formados por elementos dispares, que exigen la mezcla o unión de dos o más tipos de contratos para poder configurar sus características, siendo su objeto múltiple y diversificado, pudiendo darse multitud de figuras que desequilibrarían cualquier relación tipo que se

pueda pensar. Todo ello debido a la pluralidad de las partes que intervienen y la dispersión de intereses entre ellas, así como a la particularidad de determinadas cláusulas que forman parte de este tipo de contratos.

Asimismo el desconocimiento por el usuario, en términos generales, de las posibilidades y límites de la informática, hace que no todo en el contrato pueda estar basado en el ya mencionado principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes.

En muchas ocasiones, son contratos de adhesión, en los que una de las partes fija las cláusulas del contrato y la otra se adhiere a las mismas, sin tener posibilidad de modificar ninguna de ellas. Estos contratos de adhesión son producto de la contratación en masa, que frecuentemente violan los derechos de los consumidores de bienes y servicios informáticos, por el gran desequilibrio que se produce al faltar la emisión libre de voluntad por una de las partes en la fijación de las cláusulas del contrato.

En algunos casos, como el de las conocidas contrataciones llave en mano, sería adecuada la aplicación de la teoría del resultado en la contratación informática, en un claro arrendamiento de obra. Ahora bien, ello implica que los resultados se especifiquen en el contrato, definiendo cuales son dentro de límites razonables, o dicho de otra forma, cuando la función básica de tratamiento de la información sea cumplida, aunque se puedan dar algunos comportamientos de la misma que, sin tener gran carga sobre la aplicación, no sean los adecuados o adolezcan de algunos errores o fallos.

En definitiva la contratación informática en general, adolece de determinadas características que la hacen extremadamente complicada en la redacción de los contratos y

en la fijación de los derechos y obligaciones de las partes, a ello hay que añadir la inexistencia de una normativa adecuada a los mismos y la dificultad en la fijación del objeto, cuando son contratos complejos. Es por ello, que se deben redactar teniendo en cuenta un equilibrio de prestaciones y evitar en lo posible la existencia de cláusulas oscuras.

A continuación se da un ejemplo del contrato informático más extendido y utilizado en la actualidad. Entre los elementos que debe contener el contrato se encuentran los siguientes:

- El fabricante concede al usuario una licencia de uso de productos informáticos (en adelante denominado el producto), esta licencia de uso no tiene el carácter de exclusiva y será intransferible. El producto será instalado en una sola unidad central, propiedad del usuario.
- El fabricante se compromete a prestar al usuario los siguientes servicios, tal y como se definen en las cláusulas de este contrato:
Instalación del producto y soporte correspondiente.
Documentación del producto.
Soporte del producto.
- El producto está diseñado para funcionar como se describe en la documentación entregada con el mismo.
- El inicio del uso del producto será considerado desde la fecha de su recepción por el usuario.

Esta fecha se denominara en adelante fecha de inicio.

Extinción del contrato

Este contrato se extinguirá por las causas generales establecidas en el Código Civil y en el Código de Comercio y en especial, por incumplimiento de las obligaciones derivadas de este contrato.

Actualización

En el caso de que alguna o algunas de las cláusulas del contrato pasen a ser inválidas, ilegales o inejecutables en virtud de alguna norma jurídica, se considerarán ineficaces en la medida que corresponda, pero en las demás, este contrato conservará su validez.

Las partes contratantes acuerdan sustituir la cláusula o cláusulas afectadas por otra u otras que tengan los efectos económicos más semejantes a los de las sustituidas.

Arbitraje

- Para cualquier divergencia del presente contrato, ambas partes se someten expresamente, y con renuncia a su fuero propio, a la decisión del asunto o litigio planteado, mediante el arbitraje institucional de xxx, a la cual encomiendan la administraron del arbitraje y la designación de los árbitros.
- El arbitraje se realizará conforme al procedimiento establecido en el Reglamento xxx.

- El laudo arbitral deberá dictarse durante los xxxx días siguientes a la aceptación del cargo por parte de los árbitros designados, obligándose ambas partes a aceptar y cumplir la decisión contenida en él.

- Para el caso en que el arbitraje no llegara a realizarse por mutuo acuerdo o fuese declarado nulo, ambas partes se someten a los Juzgados de xx con renuncia a su propio fuero si este fuese otro.

El tema de la forma del contrato está directamente relacionado con el de la validez y eficacia del mismo.

Es posible establecer que todo contrato tiene una forma, y ésta se deriva de la manera en que las partes otorgan su consentimiento. De esa afirmación se puede entender la relevancia de establecer la forma de los contratos, como un tema que complementa la concepción general de la contratación, así como determina la importancia que tiene para la presente investigación, es decir en el contrato electrónico o de internet, el cual se explica más adelante en este mismo capítulo.

2.4. Normativa civil

El Código Civil regula en su Artículo 1574 que: Toda persona puede contratar y obligarse:

- Por escritura pública;
- Por documento privado o por acta levantada ante el alcalde del lugar;
- Por correspondencia; y
- Verbalmente.

El contrato cuyo valor exceda de trescientos quetzales, debe constar por escrito.

Si el contrato fuere mercantil puede hacerse verbalmente, si no pasa de mil quetzales.

Los contratos que tengan que inscribirse o anotarse en los registros, cualquiera que sea su valor, deberán constar en escritura pública.

Sin embargo, los contratos serán válidos y las partes pueden compelerse recíprocamente al otorgamiento de escritura pública, si se establecieren sus requisitos esenciales por confesión judicial del obligado o por otro medio de prueba escrita.

Deberán constar en escritura pública los contratos calificados expresamente como solemnes, sin cuyo requisito esencial no tendrán validez.

La ampliación, ratificación o modificación de un contrato, debe hacerse constar en la misma forma que la ley señala para el otorgamiento del propio contrato.

Cuando se legisló el último cuerpo de leyes citado en la presente investigación, es decir la década de los sesenta, (aproximadamente cuarenta años antes de la redacción de este trabajo), se dejó una cláusula general, al regular entre las formas del contrato la de teléfono y la de correspondencia, puesto que el legislador aun si se lo hubiere planteado, no tenía la certeza de que un día la telefonía podría presentarse en forma satelital o cuando menos, que este tipo de tecnología sería tan popular.

Además, el legislador no podía suponer que esa correspondencia como forma de contratación, se llevaría a cabo luego, por medios electrónicos.

Ahora bien, es posible que en el futuro hayan otras formas del contrato y que tomen como base la tecnología hoy existente. Por ejemplo, hoy ya se puede mencionar una correspondencia en línea y otra de buzón electrónico. En la primera se puede entender la comunicación directa entre las partes de un contrato, cuando conversan por medios electrónicos o vía internet, sin interrumpir su comunicación, y la segunda forma, aquélla en la que aun siendo en el mismo medio electrónico, se utiliza un correo electrónico o de buzón, dejando la oferta de contrato en el ciberespacio, y siendo aceptada por la otra parte o las otras partes, en un tiempo y lugar distinto al que se hizo la oferta. Siendo éstas, dos formas de contratación con variables cada una, pero haciendo uso de la misma tecnología.

Si en este caso participa un notario, también su función adquiriría algunas variantes que se analizarán en los temas del notario cibernético y la notaría digital.

Por el avance evidente de los medios de comunicación, el contrato que hasta hace relativamente poco tiempo, se realizaba por medios convencionales o modernos para una época pasada, hoy día han evolucionado al punto de que hoy se empieza a desarrollar contratación entre no presentes, por medios electrónicos, por medio de redes globales o por internet.

De acuerdo con el proyecto de legislación chileno, sobre el contrato electrónico propone la siguiente definición: "Todo contrato celebrado sin la presencia física simultánea de las

partes, prestando éstas su consentimiento en origen y destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos, concretados por medio de cable, radio, medios ópticos o cualquier otro medio."

"Según el Dr. Miguel Ángel Peña Fernández: El concepto de contratación electrónica significa, como alude su propia denominación, a la concertación de convenciones por medios electrónicos."

"Es todo contrato en que al menos la aceptación se transmite por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones".¹¹

Para los efectos de esta exposición, la cita siguiente, expresa en mucho lo que se quiere explicar:

"Existen una serie de variantes que no se dan en un contrato típico, pero sí en el contrato electrónico; como lo son su validez y eficacia, el lugar donde se celebra el contrato, así como de que debemos tomar en cuenta, cuando ocurre la aceptación y las obligaciones de los contratos electrónicos, como se perfecciona y no podemos olvidar la firma electrónica y la encriptación para brindarle la seguridad jurídica que necesita ...En directa relación con estos grandes cambios enunciados surge la contratación electrónica que, como hemos señalado, resulta estructuralmente diferente a la contratación clásica, propia de los Códigos Civil o de Comercio; efectivamente, el contrato electrónico produce importantes cambios - debido a la realidad virtual en que se desarrolla - sea en torno a las formas documentales

¹¹ Porras Gutierrez, María Ilse; Fernando Herrera Castellanos; Julio Sánchez Fonseca, **Contratación internacional**, pág. 38.

como en cuanto a su contenido mismo, y en relación con sus elementos esenciales, naturales o accidentales.”¹²

Para efectos de establecer la forma en que ha evolucionado el mundo del internet en Guatemala, y que pasa inadvertido para muchos, incluso profesionales que creen que con el simple hecho de tener internet en sus despachos, ya están al día de la tecnología y no se preocupan de los cambios que se están dando en cuanto a la función notarial se refiere, con respecto al contrato por internet, se hace la siguiente relación de cómo se inició en nuestro país este de medio de comunicación:

“Según Furlán (1998), existe mucha información sobre Internet, cómo se creó y con qué objetivos, pero se tiene poco conocimiento de cómo llegó a Guatemala. En 1991, existían en el país dos compañías: Citel y Prodata, que ofrecían servicios de las redes de comunicación Geonet y Delphi, que no eran realmente servicios de Internet.

Uno de los pioneros en establecer internet en Guatemala, fue el Ingeniero Luis Furlan, quien actualmente es director del Centro de Estudios en Informática y Estadística de la Universidad del Valle de Guatemala, y comenta que ante la dificultad y necesidad de poder comunicarse con otras personas e investigadores en otros países y para poder obtener información de una forma más práctica y rápida, decidió establecer un nodo (conexión de una computadora a un rec) UUCP (Unix to Unix copy).

Este nodo fue instalado en la computadora de uso regular, por lo que no podía ofrecer el servicio de internet las 24 horas del día. Con este nodo sólo se podía trabajar con lo que se conoce como Correo Electrónico (E-mail). Para poder

¹² **Ibid.** pág. 39.

establecer una comunicación, se conectaban una o dos veces al día, por lo regular de 3:00 a 5:00 pm al Nodo Huracán en Costa Rica lo que servía de compuerta hacia todo el mundo. A la fecha este nodo sigue funcionando, sólo que la conexión ya no es con Huracán sino con UUNET Technologis en Estados Unidos, según comenta Furlán (1998).

En Guatemala se empezó a ofrecer el servicio en noviembre de 1995, cuando Guatel autorizó a Cybernet de Guatemala a iniciar sus operaciones. Más de veinte empresas interesadas en brindar este servicio, organizaron una gremial de proveedores de acceso a internet, adscrita a la Cámara de Comercio, con el objeto de lograr que Guatel permitiera la prestación de este servicio a todas las demás empresas, lo cual se logró cuatro meses después.

Actualmente el mercado se ha revolucionado, comenta Barrera (2004), a pesar que la mayoría de personas accesa todavía a internet por conexión telefónica, la introducción en los últimos cinco años de nuevas tecnologías como Cablemodem, ISDEN, ADSL, Inalámbricas y Satelital, a permitido la baja de precios, dando un mayor número de proveedores y usuarios"sic.¹³

Este es un tema desarrollado con mayor amplitud en el capítulo final de la presente investigación, no obstante se ha dejado un comentario en este apartado ante la necesidad de hacer énfasis anticipadamente, al hecho de que aún cuando la tecnología en las comunicaciones y por ende en las formas de contratación, avanza a pasos agigantados; y siendo además que la mayoría de países en el mundo se encuentran a la saga de la regulación internacional del comercio y la contratación por internet, hoy día es alarmante que en Guatemala no exista una

¹³ Salguero Catalán, Carlos Roberto. **Internet y comercio electrónico en Guatemala**, pág. 12.

sola norma de carácter civil o notarial en torno al mismo, (salvo el caso en materia mercantil, de la iniciativa de ley que conoce el Congreso con el nombre de Ley de Promoción del Comercio Electrónico y Protección de la firma digital desde el 23 de enero de 2001, número de registro 2400) siendo que en ésta pudiera basarse el notario en el momento en que un cliente se apersona a su despacho para requerirle su función preventiva y asesoramiento, puesto que se encuentra a punto de cerrar un negocio jurídico con la contraparte en Europa y que lo van signar por el método de la firma electrónica, no regulado en Guatemala, y que la otra parte desea que el documento electrónico, lo dé en custodia a un profesional. Ahora bien, si el notario decide imprimirlo y protocolarlo, ¿De qué va ha dar fe?, ¿Él se constituirá en depositario de lo que él mismo ha impreso, y revestido de fe pública por medios no regulados?

Si fuera el caso de que el cliente lo ha impreso antes de llegar con el notario, está claro que éste último puede protocolar el documento en soporte papel, pero ¿De qué le puede servir esto a la otra parte?

La respuesta a estas dudas del cliente, deberán ser atendidas por el notario, en el mejor de los casos, interpretando leyes afines, aplicando lo regulado en otros países o negándose a hacerlo, cuando bien podría recurrir a una de las leyes que reglamentan su proceder y encontrar en esta norma un asidero legal.

2.5. Otorgamiento del consentimiento

El otorgamiento del consentimiento en la contratación electrónica es más complejo que para el caso de un contrato convencional. Hay que tomar en cuenta que es por medio de

este otorgamiento que surge la posibilidad de que se perfeccione un contrato.

“Cuándo y cómo se perfecciona el contrato electrónico, este contrato puede ser celebrado entre personas presentes y no presentes, dependiendo del medio adoptado para emitir las manifestaciones de voluntad. Ahora bien, si tomamos en cuenta la utilización de los medios electrónicos, y concretamente de internet, esto nos permite exponer la posibilidad de la celebración de contratos entre presentes y no presentes en la red, dependiendo de la tecnología utilizada. Esto es así, puesto que el intercambio electrónico de datos puede funcionar de forma instantánea o interactiva, o de manera que exista cierto margen de tiempo importante (desde minutos a horas).”¹⁴

“Conforme aumenta el uso de internet para celebrar contratos, van surgiendo controversias y conflictos, mismos que en muchas ocasiones requieren de una intervención judicial para llegar a un acuerdo entre las partes.

Generalmente se trata de los mismos problemas que se presentan en el comercio tradicional, pero ahora aplicados a situaciones relacionadas con el ciberespacio, donde la comunicación se realiza por medio de mensajes electrónicos.

Este es probablemente uno de los temas que pudieran tener la mayor trascendencia en las transacciones electrónicas. Hoy en día muchos dudan sobre la validez de utilizar documentos electrónicos como medio de prueba y, lo que es más grave, en ocasiones son los mismos jueces quienes se cuestionan la validez probatoria de los acuerdos y demás documentos que no constan en papel; o documentos digitales.

¹⁴ Porras Gutierrez y demás autores, **Ob. Cit;** pág. 47.

Probablemente la mayoría de las legislaciones establecen restricciones estrictas o taxativas a los medios de prueba, y, considerando el carácter novedoso y reciente de las tecnologías de la informática y el Comercio Electrónico, obviamente no contemplan entre sus medios de prueba a los documentos electrónicos.

El problema se acrecienta al recordar el retraso tecnológico en el Poder Judicial de muchos países. Así, se dificulta enormemente la utilización de los documentos electrónicos como medio de prueba, debido a que los funcionarios no tienen, en la mayoría de las ocasiones, la más mínima preparación técnica para operar computadores y, consiguientemente, trabajar con este tipo de documentos.

De aquí que una de las prioridades en la reglamentación del Comercio Electrónico es, precisamente, reconocer el valor probatorio de este tipo de documentos, como una forma de garantizar la posibilidad de exigir el cumplimiento, por lo menos en el caso de los acuerdos electrónicos, por la vía judicial.

Debemos considerar que en la valorización de las pruebas que realizan los jueces, ellos recurren necesariamente a apreciaciones y opiniones que, hasta cierto punto, pudieran calificarse como subjetivas, siempre y cuando lo hagan basándose en la razón y su experiencia. Así, entrarán a analizar ciertos elementos de la prueba, como su integridad, inalterabilidad, veracidad y exactitud.”¹⁵

15 **Ibid.** pág. 41.

CAPÍTULO III

3. El telecontrato laboral

3.1. Generalidades

Es obvio que el comercio por internet es una nueva revolución comercial, que ha tenido un crecimiento y ha rebasado las expectativas de los especialistas en la materia, convirtiéndose en una nueva fuente de trabajo, por lo que debemos de prepararnos tanto tecnológicamente como en el estudio jurídico de los actos o hechos que se celebren en este nuevo mercado electrónico, mercado económico donde los productores, intermediarios y consumidores interactúan electrónicamente o digitalmente de alguna forma. El mercado electrónico es un representante virtual de mercados físicos.

A finales de 1989, el informático británico Timothy Berners-Lee desarrolla la World Wide Web para la Organización Europea para la Investigación Nuclear, más conocida como CERN. Su objetivo era crear una red que permitiese el intercambio de información entre los investigadores que participaban en proyectos vinculados a esta organización. El objetivo se logró utilizando archivos que contenían la información en forma de textos, gráficos, sonido y vídeos, además de vínculos con otros archivos. Este sistema de hipertexto fue el que propició el extraordinario desarrollo de internet como medio a través del cual circula gran cantidad de información por la que se puede navegar utilizando los hipervínculos.

La primera descripción documentada acerca de las interacciones sociales que podrían ser propiciadas a través del networking (trabajo en red) está contenida en una serie de memorándums escritos por J.C.R. Licklider, del Massachusetts

Institute of Technology, en agosto de 1962, en los cuales Licklider discute sobre su concepto de Galactic Network (Red Galáctica). El concibió una red interconectada globalmente a través de la que cada uno pudiera acceder desde cualquier lugar a datos y programas. En esencia, el concepto era muy parecido a la internet actual. Licklider fue el principal responsable del programa de investigación en ordenadores de la DARPA desde octubre de 1962. Mientras trabajó en DARPA convenció a sus sucesores Ivan Sutherland, Bob Taylor, y el investigador del MIT Lawrence G. Roberts de la importancia del concepto de trabajo en red.

En julio de 1961, Leonard Kleinrock publicó desde el MIT el primer documento sobre la teoría de conmutación de paquetes. Kleinrock convenció a Roberts de la factibilidad teórica de las comunicaciones vía paquetes en lugar de circuitos, lo cual resultó ser un gran avance en el camino hacia el trabajo informático en red. El otro paso fundamental fue hacer dialogar a los ordenadores entre sí. Para explorar este terreno, en 1965, Roberts conectó un ordenador TX2 en Massachusetts con un Q-32 en California a través de una línea telefónica conmutada de baja velocidad, creando así la primera (aunque reducida) red de ordenadores de área amplia jamás construida. El resultado del experimento fue la constatación de que los ordenadores de tiempo compartido podían trabajar juntos correctamente, ejecutando programas y recuperando datos a discreción en la máquina remota, pero que el sistema telefónico de conmutación de circuitos era totalmente inadecuado para esta labor. La convicción de Kleinrock acerca de la necesidad de la conmutación de paquetes quedó pues confirmada.

A finales de 1966 Roberts se trasladó a la DARPA a desarrollar el concepto de red de ordenadores y rápidamente confeccionó su plan para ARPANET, publicándolo en 1967.

A causa del temprano desarrollo de la teoría de conmutación de paquetes de Kleinrock y su énfasis en el análisis, diseño y medición, su Network Measurement Center (Centro de Medidas de Red) en la UCLA fue seleccionado para ser el primer nodo de ARPANET. Todo ello ocurrió en septiembre de 1969, cuando BBN instaló el primer IMP en la UCLA y quedó conectado el primer ordenador host. El proyecto de Doug Engelbart denominado Augmentation of Human Intellect (Aumento del Intelecto Humano) que incluía NLS, un primitivo sistema hipertexto en el Instituto de Investigación de Standford (SRI) proporcionó un segundo nodo. El SRI patrocinó el Network Information Center, liderado por Elizabeth (Jake) Feinler, que desarrolló funciones tales como mantener tablas de nombres de host para la traducción de direcciones así como un directorio de RFCs (Request For Comments). Un mes más tarde, cuando el SRI fue conectado a ARPANET, el primer mensaje de host a host fue enviado desde el laboratorio de Leinrock al SRI. Se añadieron dos nodos en la Universidad de California, Santa Bárbara y en la Universidad de Utah. Estos dos últimos nodos incorporaron proyectos de visualización de aplicaciones, con Glen Culler y Burton Fried en la UCSB investigando métodos para mostrar funciones matemáticas mediante el uso de "storage displays" (N. del T.: mecanismos que incorporan buffers de monitorización distribuidos en red para facilitar el refresco de la visualización) para tratar con el problema de refrescar sobre la red, y Robert Taylor e Ivan Sutherland en Utah investigando métodos de representación en 3-D a través de la red. Así, a finales de 1969, cuatro ordenadores host fueron conectados conjuntamente a la ARPANET inicial y se hizo realidad una embrionaria internet. Incluso en esta primitiva

etapa, hay que reseñar que la investigación incorporó tanto el trabajo mediante la red ya existente, como la mejora de la utilización de dicha red. Esta tradición continúa hasta el día de hoy.

Se siguieron conectando ordenadores rápidamente a la ARPANET durante los años siguientes y el trabajo continuó para completar un protocolo host a host funcionalmente completo, así como software adicional de red. En diciembre de 1970, el Network Working Group (NWG) liderado por S.Crocker acabó el protocolo host a host inicial para ARPANET, llamado Network Control Protocol (NCP, protocolo de control de red). Cuando en los nodos de ARPANET se completó la implementación del NCP durante el periodo 1971-72, los usuarios de la red pudieron finalmente comenzar a desarrollar aplicaciones.

En octubre de 1972, Kahn organizó una gran y muy exitosa demostración de ARPANET en la International Computer Communication Conference. Esta fue la primera demostración pública de la nueva tecnología de red. Fue también en 1972 cuando se introdujo la primera aplicación **estrella**: El correo electrónico.

En marzo, Ray Tomlinson de BBN, escribió el software básico de envío-recepción de mensajes de correo electrónico, impulsado por la necesidad que tenían los desarrolladores de ARPANET de un mecanismo sencillo de coordinación. En julio, Roberts expandió su valor añadido escribiendo el primer programa de utilidad de correo electrónico para relacionar, leer selectivamente, almacenar, reenviar y responder a mensajes. Desde entonces, la aplicación de correo electrónico se convirtió en la mayor de la red durante más de una década. Fue precursora del tipo de actividad que observamos hoy día en

la World Wide Web, es decir, del enorme crecimiento de todas las formas de tráfico persona a persona.

Internet ha supuesto una revolución sin precedentes en el mundo de la informática y de las comunicaciones. Los inventos del telégrafo, teléfono, radio y ordenador sentaron las bases para esta integración de capacidades nunca antes vivida. Internet es a la vez una oportunidad de difusión mundial, un mecanismo de propagación de la información y un medio de colaboración e interacción entre los individuos y sus ordenadores independientemente de su localización geográfica.

3.2. La contratación en línea

Es la interconexión de redes informáticas que permite a los ordenadores o computadoras conectadas comunicarse directamente, es decir, cada ordenador de la red puede conectarse a cualquier otro ordenador de la red. El término suele referirse a una interconexión en particular, de carácter planetario y abierto al público, que conecta redes informáticas de organismos oficiales, educativos y empresariales. También existen sistemas de redes más pequeños llamados intranets, generalmente para el uso de una única organización, que obedecen a la misma filosofía de interconexión.

La tecnología de internet es una precursora de la llamada **superautopista de la información**, un objetivo teórico de las comunicaciones informáticas que permitiría proporcionar a colegios, bibliotecas, empresas y hogares acceso universal a una información de calidad que eduque, informe y entretenga. Para el 2003 se encontraban conectados a Internet más de 150 millones de ordenadores, y la cifra sigue en aumento.

Internet es un conjunto de redes locales conectadas entre sí a través de una computadora especial por cada red, conocida como gateway o puerta. Las interconexiones entre gateways se efectúan a través de diversas vías de comunicación, entre las que figuran líneas telefónicas, fibras ópticas y enlaces por radio. Pueden añadirse redes adicionales conectando nuevas puertas. La información que se debe enviar a una máquina remota se etiqueta con la dirección computerizada de dicha máquina.

“Los distintos tipos de servicio proporcionados por internet utilizan diferentes formatos de dirección.”¹⁶ Uno de los formatos se conoce como decimal con puntos, por ejemplo 123.45.67.89. Otro formato describe el nombre del ordenador de destino y otras informaciones para el enrutamiento, por ejemplo **mayor.dia.fi.upm.es**. Las redes situadas fuera de Estados Unidos utilizan sufijos que indican el país, por ejemplo (.es) para España o (.ar) para Argentina, y (.gt) para Guatemala. Dentro de Estados Unidos, el sufijo anterior especifica el tipo de organización a que pertenece la red informática en cuestión, que por ejemplo puede ser una institución educativa (.edu), un centro militar (.mil), una oficina del Gobierno (.gob) o una organización sin ánimo de lucro (.org).

Una vez direccionada, la información sale de su red de origen a través de la puerta. De allí es encaminada de puerta en puerta hasta que llega a la red local que contiene la máquina de destino. Internet no tiene un control central, es decir, no existe ningún ordenador individual que dirija el flujo de información. Esto diferencia a Internet y a los sistemas de redes semejantes de otros tipos de servicios

¹⁶ www.yahoo.formatos@intelnet. (12 de octubre de 2006).

informáticos de red como CompuServe, America Online o Microsoft Network.

El protocolo de internet (IP) es el soporte lógico básico empleado para controlar este sistema de redes. Este protocolo especifica cómo las computadoras de puerta encaminan la información desde el ordenador emisor hasta el ordenador receptor. Otro protocolo denominado Protocolo de Control de Transmisión (TCP) comprueba si la información ha llegado al ordenador de destino y, en caso contrario, hace que se vuelva a enviar. La utilización de protocolos TCP/IP es un elemento común en las redes internet e intranet.

Los sistemas de redes como Internet permiten intercambiar información entre computadoras, y ya se han creado numerosos servicios que aprovechan esta función. Entre ellos figuran los siguientes: conectarse a un ordenador desde otro lugar (telnet); transferir ficheros entre una computadora local y una computadora remota (protocolo de transferencia de ficheros, o FTP) y leer e interpretar ficheros de ordenadores remotos (gopher). El servicio de Internet más reciente e importante es el protocolo de transferencia de hipertexto (http), un descendiente del servicio de gopher. El http puede leer e interpretar ficheros de una máquina remota: No sólo texto sino imágenes, sonidos o secuencias de vídeo. El http es el protocolo de transferencia de información que forma la base de la colección de información distribuida denominada World Wide Web. Internet permite también intercambiar mensajes de correo electrónico (e-mail); acceso a grupos de noticias y foros de debate (news), y conversaciones en tiempo real (chat, IRC), entre otros servicios.

El World Wide Web (también conocida como Web o WWW) es una colección de ficheros, que incluyen información en forma

de textos, gráficos, sonidos y vídeos, además de vínculos con otros ficheros. Los ficheros son identificados por un localizador universal de recursos (URL, siglas en inglés) que especifica el protocolo de transferencia, la dirección de Internet de la máquina y el nombre del fichero. Por ejemplo, un URL podría ser `http://www.encarta.es/msn.com`. Los programas informáticos denominados exploradores –como Navigator, de Netscape, o Internet Explorer, de Microsoft– utilizan el protocolo `http` para recuperar esos ficheros. Continuamente se desarrollan nuevos tipos de ficheros para la WWW, que contienen por ejemplo animación o realidad virtual (VRML). Hasta hace poco había que programar especialmente los lectores para manejar cada nuevo tipo de archivo. Los nuevos lenguajes de programación (como JAVA, de Sun Microsystems) permiten que los exploradores puedan cargar programas de ayuda capaces de manipular esos nuevos tipos de información.

La gran cantidad de información vertida a la red ha dado lugar a la aparición de buscadores, páginas especializadas en hacer índices de los contenidos que facilitan localizaciones específicas. Algunos de los más populares son Yahoo, Google, Altavista o Lycos. También los hay específicos para páginas en español como Ozú u Olé.

3.3. Evolución histórica

Son innumerables las actividades comerciales que se realizan a través de Internet, por ello las empresas están adaptándose a esta nueva forma de hacer negocios, adaptación que va acorde a las necesidades de cada una, que puede ir desde incorporar el uso de tecnología de la información en sus operaciones (automatizar procesos administrativos), hasta vender sus productos o servicios. Todo ello conlleva el uso de servicios de empresas especializadas en cada una de las fases

de la actividad comercial, asesoría, capacitación, publicidad y mercadeo, etc.

Todas las actividades enfocadas a utilizar las intranet, extranet e internet como plataforma de comunicación para desarrollar los procesos comerciales de las empresas, conectando sus actuales sistemas de información o creando nuevos basados en el uso de tecnologías de la información, pueden ser definidas como e-business o negocios electrónicos.

El e-business consiste en aprovechar la comodidad, la disponibilidad y el alcance universal para mejorar las organizaciones existentes o crear nuevas organizaciones virtuales. IBM define e-business como una manera segura, flexible e integrada de brindar un valor diferenciado combinando los sistemas y procesos que rigen las operaciones de negocios básicas con la simplicidad y el alcance que hace posible la tecnología de Internet.

Existen diversas formas de aplicación de los negocios electrónicos, siendo el Comercio Electrónico solamente una especie. Internet ofrece increíbles posibilidades de integrar las categorías y automatizar la interacción entre los distintos procesos. Es un listado de las principales categorías o aplicaciones del e-business entre las que tenemos las subastas en línea, la banca electrónica, que constituye uno de los principales negocios electrónicos en internet, el comercio electrónico, aplicación comercial con mayor campo en internet, las franquicias electrónicas, los juegos de azar electrónicos, el marketing electrónico, las transacciones bursátiles electrónicas, el abastecimiento electrónico, la administración electrónica de recursos operacionales, y una muy importante el aprendizaje en línea.

Por supuesto que en todo el proceso de implementación de los negocios electrónicos siempre debe de considerarse todos los derechos y obligaciones que el ordenamiento legal nacional e internacional impone a cada una de las actividades a cubrir.

Aunque la interacción informática todavía está en su infancia, ha cambiado espectacularmente el mundo en que vivimos, eliminando las barreras del tiempo y la distancia y permitiendo a la gente compartir información y trabajar en colaboración. El avance hacia la **superautopista de la información** continuará a un ritmo cada vez más rápido. El contenido disponible crecerá rápidamente, lo que hará más fácil que se pueda encontrar cualquier información en Internet. Las nuevas aplicaciones permiten realizar transacciones económicas de forma segura y proporcionan nuevas oportunidades para el comercio. Las nuevas tecnologías aumentarán la velocidad de transferencia de información, lo que hará posible la transferencia directa de **ocio a la carta**. Es posible que las actuales transmisiones de televisión generales se vean sustituidas por transmisiones específicas en las que cada hogar reciba una señal especialmente diseñada para los gustos de sus miembros, para que puedan ver lo que quieran en el momento que deseen.

El crecimiento explosivo de internet ha hecho que se planteen importantes cuestiones relativas a la censura. El aumento de las páginas web que contenían textos y gráficos en los que se denigraba a una minoría, se fomentaba el racismo o se exponía material pornográfico llevó a pedir que los suministradores de internet cumplieran voluntariamente unos determinados criterios.

La censura en internet plantea muchas cuestiones. La mayoría de los servicios de la red no pueden vigilar y

controlar constantemente lo que los usuarios exponen en internet a través de sus servidores. A la hora de tratar con información procedente de otros países surgen problemas legales; incluso aunque fuera posible un control supranacional, habría que determinar unos criterios mundiales de comportamiento y ética.

De la forma en que se expresa más adelante la contratación por internet, afecta al derecho notarial, empero esta afectación tiene finalmente que generar una interacción en el sentido de afectar también la contratación por internet. De tal manera que, con la Ley del Notariado, que en su última versión aún no cuenta con regulación al respecto pero que podría modificar la contratación aludida, así como una propuesta de ley específica, evidenciarían la mencionada interacción.

CAPÍTULO IV

4. Necesidad de regular en ley el telecontrato de trabajo

4.1. Planteamiento de la problemática

Como hemos podido observar, la informática como una ciencia que estudia el procesamiento lógico y automático de la información, ha sido empleada en todas las actividades del ser humano, en busca de una mejor eficiencia, y de un trabajo más rápido.

Esta circunstancia, ha provocado desde hace ya varias décadas que los juristas se encarguen de analizar los aspectos normativos de la conducta que surge con motivo de la utilización de la informática.

"El Derecho Informático, como una nueva rama del conocimiento jurídico, es una disciplina en continuo desarrollo, teniendo en su haber (al menos hasta la fecha) incipientes antecedentes a nivel histórico. Las primeras manifestaciones interdisciplinarias se daban en los términos instrumentales de las implicaciones informáticas respecto al Derecho, lo cual se desarrollo extra-conceptualmente en la década de los cincuenta, a diferencia del estudio de las implicaciones jurídicas motivadas por la informática que comienza a desarrollarse en la década de los sesenta".¹⁷

Si bien es cierto, que los primeros intentos por estudiar desde el punto de vista jurídico el fenómeno informático se gestaron en la década de los sesenta, debemos advertir que estos primeros pasos eran básicamente el intento

¹⁷ Téllez Valdez. **Ob. Cit;** págs. 21-22.

de aplicar las instituciones jurídicas existentes al área de la informática, lo cual no resultaba del todo afortunado.

Poco a poco se empezó a dilucidar que las relaciones que se generaban entre los seres humanos con motivo del uso de la informática, tenían características sumamente particulares (pues, fácilmente estas relaciones pueden traspasarse las fronteras de los Estados; son relaciones que cambian constantemente, en virtud del mismo desarrollo acelerado de la informática) por lo que no era posible simplemente regirlas por las mismas normas, principios e instituciones tradicionales.

Surge así, pues, prácticamente en la década de los noventa, la necesidad de dedicar un estudio especializado del aspecto normativo del fenómeno informático.

Como en ese momento, los juristas contaban escasa preparación en materia de informática, (lo cual sigue siendo una constante en nuestro medio), para que pudieran realizarse estudios sobre los aspectos normativos de la informática, fue necesario, que los juristas recibieran una preparación básica previa en materia de informática. Fue así, como previo al estudio del Derecho Informático propiamente dicho, se incluía un capítulo especial sobre informática y sus aplicaciones al derecho (es decir, sobre informática jurídica) en todos los estudios y obras de la época. De allí, surgió la confusión que nos ocupa en la presente investigación, pues, en vista de que todos los estudios y obras que se ocupaban del Derecho Informático incluían un primer capítulo sobre informática jurídica, se llegó a pensar erróneamente que ésta es una parte del Derecho Informático, cuando en realidad la informática jurídica es una ciencia auxiliar del Derecho, que corresponde concretamente a la informática.

Con el desarrollo de la tecnología se ha venido desarrollando una amplia gama de contratación por medios electrónicos, a lo que en derecho civil, ha venido en llamarse contratación entre ausentes.

Hoy día pueden observarse con tan solo navegar un poco en internet, una serie de contrataciones que se suscitan entre ausentes, pero que sus efectos son las de una contratación laboral.

Es preciso establecer una normativa que regule aquellas relaciones de trabajo surgidas por contratación internet.

Básicamente los contratos de trabajo que suelen celebrarse en dicha forma, son los de tipo a domicilio, los cuales a su vez cuentan con un régimen especial en el Código de Trabajo, no obstante, no se ha regulado nada de su celebración por medios electrónicos.

Como en derecho laboral, la carga de la prueba la tiene, según el Artículo 30 del Código de Trabajo, la parte empleadora, no hay que olvidar que ésta también, es la que tiene a su favor las ventajas de la tecnología, pudiendo en su caso, aprovecharla con fines fraudulentos en su propio beneficio.

En Guatemala no se encuentra regulado el tipo de contratación laboral por medios electrónicos, lo que provoca una desprotección de las relaciones laborales surgidas de estos. Por lo tanto, para brindar esta protección real, es necesario establecerlo en ley.

El Derecho Informático es "La ciencia del tratamiento lógico y automático de la información".¹⁸

Según el Centro de Recursos e Información de la Facultad de Derecho de la Universidad de Namur considera al Derecho Informático como los aspectos de ciencia y la tecnología específicamente aplicables al tratamiento de la información y en particular, al tratamiento automático de datos.

De las definiciones dadas, todas contienen dos elementos información y tratamiento automático. Cuando se habla de aplicación racional y sistemática de la información, no hace sino hablar en otros términos de su tratamiento automático. Solo varían, accidentalmente, en que unas incluyen el fin de la ciencia (el desarrollo político, económico y social) y otras no.

Por lo expresado definimos al Derecho Informático como aquella parte del derecho que regula el tratamiento automatizado de la información. Una segunda definición la obtenemos combinando el objeto material de la ciencia, con el formal, de lo que resulta que el Derecho Informático es aquel conjunto de normas, principios e instituciones que regulan el tratamiento automatizado de la información.

Ambas definiciones concuerdan plenamente con la siguiente: "El derecho informático es el conjunto de normas, principios e instituciones que regulan las relaciones jurídicas emergentes de la actividad informática".¹⁹

Cuando se descubrió que las normas, principios e instituciones existentes, no eran del todo aplicables a todas

18 **Ibid.** pág. 281.

19 **Ibid.** pág. 22.

las situaciones novedosas que estaba generando el uso de la informática, se empezó a realizar estudios particularizados sobre cual debe ser la mejor manera de regular estas relaciones.

Surgió entonces el derecho informático como una nueva rama del derecho que estudia las normas jurídicas que regulan la conducta en las relaciones que surgen como producto del uso de la informática entre los seres humanos de una época y sociedad determinadas; así como los principios, doctrinas, técnicas e instituciones que determinan la manera de crear, modificar, interpretar y aplicar dichas normas jurídicas.

“Una rama de las ciencias jurídicas que contemplan a la informática como instrumento (informática jurídica) y como objeto de estudio (derecho de la informática)”.²⁰

En esta definición podemos observar, como erróneamente se incluye a la informática jurídica como una parte del Derecho Informático, cuando en realidad: “En la informática jurídica se considera a la informática como instrumento para el derecho; sin embargo, también se puede constituir en un objeto de estudio y reglamentación; de aquí la existencia del llamado derecho de la informática que amerita a su vez un tratamiento más pormenorizado bajo las consideraciones de una regulación jurídica del fenómeno informático, el cual no necesariamente reviste implicaciones positivas hacia la sociedad, por lo cual requiere de una tutela por parte del derecho”.²¹

Se ha dicho asimismo que el Derecho Informático es “Una disciplina jurídica integrada por las sentencias de los tribunales sobre las materias informáticas y las proposiciones

20 **Ibid.** pág. 23.

21 **Ibid.** pág. 13.

normativas, es decir, los razonamientos de la ciencia del Derecho dirigidos al análisis, interpretación, exposición, sistematización y crítica del sector normativo que regula la informática y la telemática".²²

Se ha dicho también que el Derecho Informático es una materia inequívocamente jurídica, conformada por el sector normativo de los sistemas jurídicos contemporáneos integrado por el conjunto de disposiciones dirigido a la regulación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, es decir de la informática y la telemática.

El Derecho Informático es: "El conjunto de normas, aplicaciones, procesos, relaciones jurídicas que surgen como consecuencia de la aplicación y desarrollo de la informática. Es decir, que la informática en general desde este punto de vista es objeto regulado por el derecho".²³

El derecho informático puede definirse como "El conjunto de leyes, normas y principios aplicables a los hechos y actos derivados de la Informática"²⁴.

"Es el conjunto de normas y principios jurídicos que tienen por objetivo estudiar, reglar, definir e interpretar los distintos aspectos en que se relaciona la tecnología informática con una institución jurídica determinada en los diversos ámbitos del derecho."²⁵

22 www.bugs.uv.es/guia/asignatu/ISIII/tema_2html. **Derecho informático**. (23 de octubre de 2006).

23 Pañaranda, Hector. **Formas del derecho informático**. Pág. 215.

24 **Ibid.**

25 Beltramone Guillermo-Zabale, Ezequiel. **El derecho en la era digital**. pág.

6.

"Rama del derecho especializado en la temática de la informática y sus aspectos legales".²⁶

Como una rama del Derecho de reciente surgimiento, y en virtud del variado número de materias que se le atribuyen, se le han dado al Derecho Informático las siguientes denominaciones:

- Derecho informático;
- Derecho de la informática;
- Derecho de las tecnologías de la información;
- Derecho de las tecnologías de la información y las comunicaciones;
- Derecho tecnológico;
- Derecho como tecnología.

Esto consideramos se debe a la materia misma que es objeto de estudio del Derecho Informático, ya que la informática es una de las ciencias con más cambios que ninguna otra, y de la cual se emplean cada día nuevas y novedosas aplicaciones que generan nuevas relaciones entre los seres humanos.

Se considera que la denominación más técnica es la de Derecho Informático, pues, no importa el variado número de materias que se le atribuyen a esta rama del derecho, todas tienen en común que se originan en virtud del uso de la informática, por lo que ésta designación es la más precisa.

Como se ha visto, el Derecho Informático tiene como objeto propio de estudio, la regulación del fenómeno informático, ahora bien, la informática tiene tantas aplicaciones en

²⁶ Wikipedia. **Enciclopedia del derecho informático**. pág. 141.

nuestra sociedad moderna, que el Derecho Informático se ha visto obligado a delimitar concretamente cuales son los temas de que se ocupa.

Los temas que estudia el Derecho Informático son: a) La regulación del bien Informacional; b) La protección jurídica de los datos personales; c) El flujo de datos transfronterizo; d) la protección jurídica de los programas de computación; e) Los contratos Informáticos; f) Los delitos Informáticos; y g) El valor probatorio de los soportes informáticos:

En similar sentido, el contenido del Derecho Informático es:

- "El valor probatorio de los soportes modernos de información, provocado por la dificultad en la aceptación y apreciación de elementos de prueba derivados de estos soportes entre los órganos jurisdiccionales;
- La protección de datos personales, ante el manejo inapropiado de informaciones nominativas que atentan contra derechos fundamentales o fines;
- El flujo de datos transfronterizo, con el favorecimiento o restricción en la circulación de datos a través de las fronteras nacionales;
- La protección de los programas computacionales, como respuesta a los problemas provocados por la piratería de software que atenta contra la propiedad intelectual;

- Los contratos informáticos, en función de esta categoría sui generis con evidentes repercusiones fundamentalmente económicas;
- La regulación de los bienes informacionales, en función del innegable carácter económico de la información como producto informático; y
- La ergonomía informática, como aquellos problemas laborales suscitados por la informatización de actividades".²⁷

También puede ser:

- La protección jurídica del software;
- La protección jurídica de las bases de datos;
- La contratación electrónica;
- Los contratos informáticos;
- La transferencia electrónica de fondos;
- La criminalidad informática.

Para una mejor sistematización del Derecho Informático, su contenido se puede establecer de la siguiente manera:

- Protección jurídica de los datos personales
- Flujo de datos transfronterizos e internet.
- Protección jurídica de los programas de computación.
- Delitos informáticos.
- Contratos informáticos y comercio electrónico.
- Valor probatorio de los documentos electrónicos.

²⁷ Barrios Osorio, Omar Ricardo. **Tecnología de la información**. pág. 3.

Como se puede observar, en el esquema del contenido del Derecho Informático simplificamos hasta donde fue posible el mismo, para una mejor sistematización.

Las fuentes propias del derecho informático las siguientes:

- Legislación informática: Son un conjunto de disposiciones, de regulaciones de normas obligatorias, que regulan el mundo y las relaciones de la informática.
- Doctrina informática: Es un conjunto de ideas, opiniones sobre el derecho, teorías que se elaboran sobre el tratamiento de la informática, este conjunto de opiniones puede ser teatro, libros, artículos, estudios, etc. y de éstos se obtienen leyes.
- Jurisdicción informática: Son los fallos, sentencias, resoluciones que tienen contenidos informáticos, en síntesis son fallos con relación a temas informáticos.
- Antes la principal fuente fue la costumbre;
- Hoy en día la principal fuente es la legislación;
- La principal fuente del derecho informático es la Jurisprudencia.

- Sociología: Encargada de estudiar los fenómenos que se dan en la sociedad, dando pautas de qué dirección deben tomar.
- Economía: Estudia los fenómenos económicos, y las relaciones de producción.
- Filosofía: Nos indica como serán las relaciones con las normas jurídicas, nos da la señal de la ley perfecta, un prototipo de ley optimizadora para el razonamiento, la base de la informática es la lógica formal.
- Estadística: Maneja datos, información, la ordena, clasifica, sistematiza, procesa, analiza, etc.
- Política económica: Si hablamos de economía política hablamos de una estrategia, de una planificación para llegar a un objetivo.

La aparición de la informática ha supuesto tales cambios y ha abierto tales perspectivas, que ya no cabe ninguna duda de que se trata de una verdadera revolución.

Son numerosos los textos que han analizado el fenómeno, y en algunos casos éste ha sido enfatizado, al ser clasificado dentro de una categoría de cambios superiores a los meramente revolucionarios.

La revolución trae consigo la aparición de un nuevo orden, que pugna por emerger y sustituir el orden establecido. Este último se resiste y cuanto mayor es la resistencia y más se dilata la aceptación del orden nuevo, el ineludible cambio lleva consigo más elevados costos sociales.

El establecimiento del nuevo orden presenta características un tanto anárquicas, precisamente porque los hombres tenemos que aprender a vivir en la nueva situación y nos tenemos que dotar de nuevas reglas de convivencia.

Estas consideraciones aplicadas generalmente a los fenómenos políticos y sociales, sirven igualmente para analizar las exigencias de la revolución informática, planteada a la sociedad de finales de siglo. Una sociedad que, aunque tiene como valores adquiridos los principios de la igualdad, la justicia y la libertad, contiene aún dentro de sí fuerzas que pugnan por la desigualdad, la injusticia y la dominación.

De ahí que la relación derecho-informática adquiere una importancia crucial. De un lado se observa la aparición de un fenómeno revolucionario -la informática- que lleva dentro de su seno la energía para consolidar la liberación del hombre; pero que, al ser fenómeno nuevo y al no estar aún sujeto a reglas precisas, es también utilizado como instrumento real y probado de dominación. Del otro, el derecho natural, receptor de los fenómenos sociales, es afectado por la aparición de la informática en sus múltiples facetas, pero a su vez, se ve en la ineludible necesidad de adaptarse y transformarse ante las nuevas realidades.

Asistimos a la aplicación de la informática al derecho, que se ha convenido en llamar informática jurídica. Ésta, en breve resumen y en su sentido de aplicación de la informática a la elaboración de la ley y la gestión del derecho, abarca: los sistemas de archivo y recuperación de información jurídica (documentación); la asistencia a las tareas administrativas de apoyo a las actividades jurídicas (gestión) y la construcción de modelos para la comprensión del sistema jurídico

(modelística). Gracias a la aplicación de la informática al derecho a la ciencia jurídica, es posible vislumbrar en el futuro la superación de la falaz pretensión de que ignorantia juris non excusat, la eliminación de las contradicciones existentes en un mismo cuerpo legislativo y la agilización de la administración de justicia. Objetivos que no son de menospreciar y que no serán nada fáciles de alcanzar.

Pero si la informática jurídica es de gran importancia, íntimamente relacionada con ella y de una importancia aún más capital, es todo lo que hace referencia al llamado Derecho Informático. No son pocos sus aspectos, que ya han sido ampliamente debatidos en diferentes foros. Baste recordar lo referente a la privacidad y protección de datos personales, las materias contractuales en la adquisición de bienes y servicios informáticos y los flujos de datos transfronteras. No obstante, no es menos cierto que hay una gran tarea a realizar para regular las relaciones jurídicas emergentes de la informática y su recepción ordenada por la mayoría de las ramas tradicionales del derecho.

4.2. Necesidad de incorporar a la normativa de trabajo el telecontrato laboral

Dentro de esta visión, tanto el capitalismo como el neoliberalismo detectaron que dentro de los avances en los diferentes países, se tomo como base la globalización para lograr las nuevas formas de contratación laboral, que hoy por hoy se pueden determinar y darles vida por medio del telecontrato o los contratos vía internet, en los cuales la presencia de patronos y trabajadores ya no es visible materialmente.

“La globalización es a menudo vista como un proceso global de occidentalización. En este punto, parece existir acuerdo, tanto entre muchos de sus propulsores como en sus detractores. Aquéllos que tienen una visión radicalmente optimista de la globalización, la visualizan como una contribución maravillosa de la civilización occidental al mundo”.²⁸

Desde la perspectiva opuesta, la dominación Occidental a veces concebida como la continuación del Imperialismo Occidentales el demonio de la partida, visualiza un mejoramiento y contribución al planteamiento de la globalización.

En esta visión, el capitalismo contemporáneo, conducido y dirigido por los países occidentales de Europa y Norte América, han establecido reglas de comercio y de los negocios, que no sirven a los intereses de los países pobres del mundo.

Pero, ¿es realmente la globalización una nueva maldición occidental? de hecho, no es nueva ni necesariamente occidental. Y no es una maldición.

Por miles de años la globalización ha contribuido al progreso del mundo a través de los viajes, el comercio, la migración, la expansión de las influencias culturales y la diseminación del conocimiento y el entendimiento (incluidos la ciencia y la tecnología).

“Las diversas vías de la globalización, estas relaciones globales a menudo han sido muy eficaces para el avance de diferentes países. No han tomado necesariamente la forma de un aumento de la influencia Occidental. Es más, los agentes

²⁸ Monterroso, Guillermo. **El reto del derecho del trabajo frente a la globalización**, pág. 112.

activos de la globalización a menudo se han localizado lejos de Occidente".²⁹

Como ilustración, considérese el mundo al principio del último milenio y no en su fin, como es común. Alrededor del año 1000 después de Cristo, el alcance global de la ciencia, tecnología y las matemáticas estaba cambiando la naturaleza del viejo mundo. Pero su propagación era, en gran medida, en la dirección opuesta a la que hoy vemos.

La tecnología de punta en el mundo del año 1000 después de Cristo incluía el papel, la imprenta, la ballesta, la pólvora, el puente de acero suspendido, la brújula, la carretilla y el ventilador. Hace un milenio, estos elementos eran usados en forma común y extendida en China y prácticamente desconocidos en el resto del mundo. La globalización los propagó a través del mundo, incluyendo a Europa.

"Un movimiento similar, de influencia del Oriente sobre Occidente, ocurrió en las matemáticas. El sistema decimal emergió y se desarrolló en la India entre el siglo segundo y el sexto. Fue usado por los matemáticos árabes poco después".³⁰

Estas innovaciones matemáticas llegaron a Europa fundamentalmente en el último cuarto del siglo décimo, y comenzaron a tener un impacto en los comienzos del último milenio, jugando un papel importante en la revolución científica, que ayudó a transformar a Europa.

Del este a Europa los agentes de la globalización no son ni europeos ni occidentales, ni necesariamente están relacionados con la dominación Occidental. Es más, Europa

29 **Ibid.** pág. 112.

30 Juárez, Erick. **El avance del libre comercio**, pág. 47.

sería mucho más pobre económicamente, culturalmente y científicamente si en la época mencionada hubiese resistido la globalización de las matemáticas, ciencia y tecnología.

Y hoy, el mismo principio es válido, aunque en la dirección contraria (del Occidente al Oriente). Rechazar la globalización de la ciencia y tecnología por que ella representaría la influencia Occidental y del imperialismo, no sólo significaría ignorar contribuciones globales, extraídas desde muchas partes del mundo, que están sólidamente detrás de la así llamada ciencia y tecnología occidental, sino además, sería una decisión errónea desde el punto de vista práctico, dado la importancia y extensión de los beneficios que todo el mundo puede extraer de este proceso.

“Rompiendo las fronteras ciertamente, el Renacimiento, la Ilustración y la Revolución Industrial fueron grandes logros, y ellos ocurrieron fundamentalmente en Europa, y luego en América. Sin embargo, muchos de estos desarrollos se nutrieron de la experiencia del resto del mundo, y no estaban confinados a las fronteras de una civilización Occidental aislada”.³¹

Nuestra civilización global es una herencia mundial, no sólo una colección de culturas locales aisladas. Cuando un matemático moderno en Boston, invoca un algoritmo para solucionar un problema computacional difícil, puede que no esté consciente de que está conmemorando al matemático Árabe Mahommad Ibn Musa-al-Khwarizmi, que floreció en la primera mitad del siglo nueve. (La palabra algoritmo se deriva del nombre al-Khwarizmi).

31 **Ibid.** pág. 112.

Cualquier ámbito no regulado, cualquier relación entre particulares que se encuentre aún desprovista de normas jurídicas que regulen sus condiciones, formalidades y demás consecuencias, debe ser legislado para su debida aplicación. Por ende, en el caso particular del contrato de trabajo celebrado en ciberespacio, es preciso desarrollar una normativa ajustada a la modernidad de los medios, que permita a los sujetos del derecho del trabajo llegar a formalizar una relación laboral.

En virtud de esta omisión legal, se puede afirmar sin temor a equivocaciones, que las contrataciones laborales celebradas hoy vía internet, tienen como fundamental debilidad el hecho de crear discrepancias en cuanto a su valor probatorio. ¿Qué juez podría asegurar que un contrato de trabajo, celebrado por internet tiene la misma o igual validez probatoria, que uno celebrado por los medios tradicionales, sin esperar un criterio en contra o uno con mayor actualidad?

Con base al contenido de la presente investigación, queda demostrado el hecho incontrovertible de la falta de una regulación específica sobre el contrato de trabajo en su forma de documento electrónico.

Falta una normativa al respecto de aquellos contratos de trabajo que se celebran por medios electrónicos, es decir, un conjunto de normas jurídicas que regulen las formalidades de una relación laboral emanada de un acuerdo perfeccionado en el ciberespacio.

CONCLUSIONES

- 1 La modernización en los medios de comunicación del mundo hoy en día, impone una acelerada modificación a las relaciones jurídicas en distintas formas y maneras. El contrato de trabajo es uno de los temas inmersos en los avances tecnológicos.
- 2 El trabajador también se ve sumergido en este constante cambio y evolución de las relaciones jurídicas, y como sujeto de derecho laboral, también debe adaptarse a tales adelantos, para evitar que sus derechos sean violados por los patronos.
- 3 El contrato de trabajo ve modificados algunos de sus elementos o la forma en que se perfeccionan éstos, con los avances tecnológicos. Prueba de ello constituye el telecontrato.
- 4 El telecontrato constituye la forma moderna en que se puede perfeccionar la relación de trabajo, así como la forma de establecer legalmente la desprotección del trabajador en el código de trabajo, porque no hay regulación para el mismo aunque en la práctica se este llevando a cabo.
- 5 El Estado de Guatemala como garante absoluto de los derechos laborales, es el responsable de regular legalmente el telecontrato laboral para evitar que los trabajadores que celebren este tipo de contratos les sean violados sus derechos.

RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala debe incorporar por medio del Congreso de la República a la legislación nacional la regulación legal de los adelantos tecnológicos y avances modernos del derecho informático.
2. La clase trabajadora debe estar conciente de los cambios tecnológicos para solicitar al Estado de Guatemala y especialmente al Congreso de la República, la regulación legal de los avances tecnológicos y no permitir violaciones a sus derechos, consecuentes de estas acciones.
3. El Ministerio de Trabajo, por medio de iniciativa de ley presentada al Organismo Ejecutivo, y a través de los canales legales correspondientes, debe procurar la regulación legal de los cambios necesarios en la ley, para reglamentar el telecontrato y evitar con ello, la violación de los derechos laborales de la clase trabajadora.
4. Las autoridades de trabajo, deben procurar la divulgación de cualquier normativa en materia de derecho informático, que tienda a proteger los derechos de los trabajadores que han iniciado una relación laboral por medio del telecontrato.
5. Es importante que las autoridades administrativas de trabajo, capaciten por medio de talleres, simposios etc, a los inspectores de trabajo, puesto que las formas modernas que adopta la relación de trabajo así lo exige.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRIOS OSORIO, Omar Ricardo. **Tecnología de la información**. México DF: Ed. Garza Hnos. 1999. pág. 3.
- BELTRAMONE, Guillermo-Zabale, Ezequiel. **El derecho en la era digital**. Argentina: Ed. Heliasta SRL. 2002. pág. 6.
- CABANELLAS, Guillermo, **Tratado de derecho laboral**. Tomos I y II, Buenos Aires, Argentina: Ed. El Gráfico, 1971. Pág. 235.
- DE BUEN, Nestor L. **Derecho procesal del trabajo**. México: Ed. Porrúa, 1978. Págs. 8 - 9
- DE LA CUEVA, Mario. **El nuevo derecho mexicano del trabajo**. México DF: Ed. Porrúa, 1985. Págs. 12 - 13.
- DUIT, Leon. **Manual de derecho constitucional**. 2da edición, Madrid, España: Ed. Príncipe, 1998. Págs. 25 - 35.
- ESCOLA, Héctor Jorge. **Compendio de derecho administrativo**. Buenos Aires, Argentina: Ed. de Palma, 1997. Págs. 61 - 69.
- FERNÁNDEZ MOLINA, Luis. **Derecho laboral guatemalteco**. Guatemala: Ed. Inversiones educativas, 2007. pág. 87.
- FRANCO LÓPEZ, Landelino. **Instituciones del derecho individual del trabajo**. Guatemala: Ed. Vile, 2004. págs. 43 y 44.
- GAETE GONZÁLEZ, Eugenio Alberto, **Documento electrónico e instrumento público**. Chile: Ed. PPU, pág. 13.
- JUÁREZ, Erick. **El avance del libre comercio**, México DF: Ed. Porrúa, 1998. pág. 47.
- LÓPEZ LARRAVE, Mario. **Contrato de trabajo por tiempo indefinido, a plazo fijo, y para obra determinada**. Guatemala: Ed. Universitaria, 1978. Pág. 13.

MONTERROSO, Guillermo. **El reto del derecho del trabajo frente a la globalización**, Colombia: Ed. Zgarsa Caballero. 2003. pág. 112.

PAÑARANDA, Hector. **Formas del derecho informático**. Argentina: Ed. Heliasta SRL. 2003. Pág. 215.

PORRAS GUTIERREZ, María Ilse; Fernando Herrera Castellanos; Julio Sánchez Fonseca, **Contratación internacional**. Guatemala: (s.Ed.) 2007. pág. 38.

SALGUERO CATALÁN, Carlos Roberto. **Internet y comercio electrónico en Guatemala**. México: (s.Ed.) 2003. pág. 12.

TÉLLEZ VALDEZ, Eduardo. **El contrato electrónico del nuevo derecho informático**. Madrid, España: Ed. Arial. 2004. Pág. 177 - 175.

www.BibliotecadeConsultaMicrosoft.com.hteml.

www.yahoo.formatos@intelnet.

www.bugs.uv.es/guia/asignatu/ISI/tema_2.html.

www.wikipedia.Enciclopedia del derecho informático.google.com

Legislación

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Convenio 154. **Negociación Colectiva**. de la Organización Internacional del Trabajo, OIT.

Código de Trabajo. Congreso de la República, Decreto número 1441, 1947.

Ley del Organismo Judicial, Congreso de la República, Decreto número 2-89, 1989.