

Tesis de Maestría

“OBRAS POR ENCARGO EN RELACIÓN DE DEPENDENCIA”

Autor: Fernando Augusto Mafud

Director de Tesis: Santiago Luis Gini.

*Maestría en Propiedad Intelectual, Facultad de Derecho de la Universidad Austral. año
2020.*

I.- Introducción.....	3
II.- Normativa aplicable a las obras encargadas en relación de dependencia.....	3
a) Autoría y titularidad de las mismas. Distintos supuestos.....	8
b) Los derechos morales.....	16
c) Derechos de los dependientes. Distintos supuestos.....	23
d) Derechos de los empleadores.....	24
III.- Derecho comparado.....	25
IV.- Jurisprudencia Nacional relacionada.....	40
V.- Posibles soluciones para brindar una protección adecuada de derechos.....	42
a) A favor del autor empleado.....	43
b) A favor del empleador.....	46
VI.- Conclusiones finales.....	48
VII.- Bibliografía.....	51

I.- INTRODUCCIÓN

Las obras realizadas por encargo en relación de dependencia son materia corriente en diversos ámbitos, tales como el periodismo, la publicidad, arquitectura, empresas dedicadas a la producción de programas de computación, estudios jurídicos, etc., generándose muchas veces incertidumbre respecto si la titularidad de la obra la conserva el autor asalariado o si en cambio será propiedad del empleador que encargó la misma. Sin embargo, determinar a quién le corresponde la titularidad de las mismas no agota todas las cuestiones que pueden suscitarse.

Pensemos el supuesto del empleador que encarga la creación de una obra a uno (o varios) de sus dependientes (a quiénes contrató exclusivamente para realizar dichas creaciones). Aún suponiendo que sea factible considerar titular (no autor, que sigue siendo el empleado creador de la misma) de la obra al empleador deberemos determinar también cuál va a ser el alcance, qué requisitos deben cumplirse para ello, qué ocurre con los derechos morales, etcétera. Asimismo, puede también suceder que el empleador utilice la obra en una actividad que no era la habitual de la empresa en el momento de la creación, o que la obra creada exceda notablemente las expectativas generando ganancias desproporcionadas al empleador, lo cual dará lugar a una nueva controversia sobre si el autor asalariado tendrá derecho o no a alguna gratificación adicional.

Todas estas cuestiones han motivado que en muchos países se dicten normativas expresas al respecto, aunque luego veremos que no hay una postura uniforme. Sin embargo, lamentablemente nuestra legislación no regula expresamente la situación sobre este tipo de obras (salvo en el caso específico del software), generando inseguridad jurídica tanto para el autor asalariado como también para el empleador inversor en bienes culturales.

El objetivo del presente es analizar, a pesar de la falta de regulación específica, las distintas cuestiones que puedan suscitarse en la creación de las obras realizadas por encargo en relación de dependencia, determinando qué derechos les corresponderán a las partes según distintos supuestos. Al respecto, evaluaremos el derecho comparado (en especial, legislaciones de los restantes países latinoamericanos, Europa y Estados Unidos), la evolución jurisprudencial y la doctrina.

También, dada la problemática actual en Argentina que puede presentarse por la falta de regulación, buscaremos distintas soluciones para que, hasta que finalmente exista una normativa expresa, tanto empleadores como autores asalariados puedan proteger sus derechos. Asimismo, al final del presente, se evaluarán distintas opciones que entendemos prudentes debería contener una normativa que regule expresamente la situación de la totalidad de las obras realizadas por encargo en relación de dependencia.

II.- NORMATIVA APLICABLE A LAS OBRAS ENCARGADAS EN RELACIÓN

DE DEPENDENCIA

Para centrarnos en el tema en cuestión debemos recordar que el artículo 17 de la Constitución Nacional¹ establece que todo autor es propietario exclusivo de su obra. Asimismo, el artículo 2 de la ley 11.723 establece que el derecho de propiedad de una obra comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla, y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma.

No debemos confundir al autor de la obra (creador de la misma) con el titular (persona que tiene derechos sobre la obra), aunque muchas veces la autoría y la titularidad de la obra puede recaer sobre la misma persona. Al respecto, el artículo 4 de la ley 11.723 se refiere a los titulares del derecho de propiedad intelectual enumerándolos del siguiente modo: a) El autor de la obra; b) Sus herederos o derechohabientes; c) Los que con permiso del autor la traducen, refunden, adaptan, modifican o transportan sobre la nueva obra intelectual resultante; y d) Las personas físicas o jurídicas cuyos dependientes contratados para elaborar un programa de computación hubiesen producido un programa de computación en el desempeño de sus funciones laborales, salvo estipulación en contrario (este último inciso, agregado por la ley 25.036).

Pues bien, si recordamos que, como principio general, es autor de la obra la persona que crea la misma (claro está siempre que ésta reúna los requisitos de originalidad e individualidad para ser considerada como tal), y en virtud del artículo mencionado precedentemente, podemos concluir que, en principio y según el nombrado artículo 4 de la Ley 11.723, será titular de la obra el autor de la misma (inciso a), herederos o derechohabientes (inciso b), autorizados a modificar la obra (inciso c), y empleadores que hayan contratado dependientes para elaborar un programa de computación (inciso d).

¿Entonces qué pasa con las obras encargadas en relación de dependencia no contempladas en el inciso d)? ¿La titularidad le pertenece al creador? ¿Le pertenece la misma a la persona física o jurídica que lo contrató para tal fin? ¿Y si la titularidad le pertenece a ésta última, qué ocurre con los derechos morales? ¿Qué sucede con las obras que excedan notablemente las expectativas para las cuales fue contratado el trabajador asalariado y genere beneficios desproporcionales a favor del empleador? ¿Qué sucede si el empleador quiere luego utilizar la obra pero para una modalidad distinta a la actividad habitual de la empresa?

Antes de continuar con nuestro análisis, debemos recordar brevemente que las obras por encargo son aquellas que han sido encomendadas a uno o varios autores por una persona física o jurídica a cambio de una contraprestación. Dicha obra por encargo puede

¹ Artículo 17 de la Constitución Nacional: "... *Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley...*".

ser dentro o fuera de la relación laboral, lo cual puede llevarnos a adoptar una solución distinta según el caso, ya que debemos contemplar que, por lo general, en las obras por encargo en relación de dependencia el empleador además de abonar una remuneración a los autores también les otorga directivas, materiales, recursos, etc., para crear las mismas, por lo que no sería lógico que tengan idéntico tratamiento (y más aún se justifica el distinto tratamiento que deba tener la obra por encargo en relación de dependencia con respecto a las obras en las cuales el autor además de no recibir ningún tipo de directivas ni recursos, las creara espontáneamente por su propia inspiración y sin ningún tipo de impulso externo).

Asimismo, por lo general, la capacidad negociadora del autor suele ser distinta en ambos supuestos. Mientras en las obras por encargo fuera de la relación laboral el comitente le encarga la elaboración al autor a cambio de una contraprestación (que suele fijar el autor, o al menos negociar entre las partes), en las obras por encargo en relación de dependencia la contraprestación (remuneración) la suele fijar el empleador y el autor asalariado generalmente se encuentra en una situación desventajosa, en especial en aquellos casos en los cuales el autor empleado tenga necesidades alimentarias de urgencia que no le permitan siquiera intentar negociar con su empleador distintas condiciones laborales que las establecidas.

Por último, en las obras por encargo en relación de dependencia serán aplicables las normas del derecho laboral, a diferencia de las restantes obras por encargo que deberán aplicarse las normas del derecho civil o comercial. Por todo ello es que ambos tipos de obras por encargo merecen distinto tratamiento, ya que estas últimas no gozarán, por ejemplo, de los principios protectorios del derecho laboral, a los cuáles nos referiremos más adelante.

Las cuestiones que analizaremos a continuación son sobre las obras encargadas dentro de la relación laboral (relación de dependencia), es decir que el autor (o coautores) de las mismas ha sido contratado para crear obras y recibe a cambio una remuneración, como también distintas directivas. Por lo tanto, debemos dejar en claro antes de avanzar, cuándo se considera que existe relación de dependencia, a los fines de poder determinar luego cuáles son las obras por encargo realizadas en relación de dependencia y cuáles no.

Tal como lo define el Dr. Julián A. De Diego, “*los trabajadores en relación de dependencia son aquellos que ponen a disposición del empleador su fuerza de trabajo. Por ende, trabajan por cuenta ajena, es decir, por cuenta y orden del empleador. El empleador es el dueño del capital, es quien ejerce la autoridad de dirigir y organizar la empresa, y es quien se hace cargo del riesgo del negocio. El trabajador no corre los riesgos del negocio, ya que tiene asegurado su ingreso salarial...*”².

² DE DIEGO, Julián A.; *Tratado del Trabajo – Tomo I*; La Ley (2012), Buenos Aires, Capítulo II, numeral I.1.c).

Es decir, para que exista obra por encargo en relación de dependencia, primeramente es necesario que el autor empleado se obligue en forma personal, sin poder delegar la creación de la obra a una tercera persona. Sin embargo, la obligación personal no es el único requisito, ya que un comitente puede solicitar la realización de una obra por encargo a una persona (por ejemplo, una pintura) exigiéndole que la misma la realice dicho artista en forma personal, sin que ello signifique la existencia de un trabajo en relación de dependencia. Para que exista trabajo en relación de dependencia es necesario, además de la obligación personal, la existencia de subordinación técnica, económica y jurídica, tal como lo expone el Dr. Julio A. Grisolía³.

Por subordinación técnica se entiende el sometimiento del trabajador a los pareceres y objetivos del empleador. No obstante, esta subordinación resulta mayor respecto de los trabajadores con menor calificación, y menor (e incluso en algunos casos, nula) en relación con los trabajadores con mayor calificación. Tal como lo expresa el citado Dr. Grisolía, la sujeción a directivas del empleador puede desdibujarse en los supuestos que el trabajador posea una alta calificación, pero no obstante ello la disminución o inexistencia de subordinación técnica no importará excluir a dicha relación del ámbito de protección del trabajo dependiente⁴.

Por subordinación económica se entiende el derecho del trabajador a percibir una remuneración por el sólo efecto de haber puesto su fuerza de trabajo a disposición del empleador, con prescindencia del resultado y sin beneficiarse o perjudicarse por las mayores ganancias o pérdidas derivadas de la explotación. No debe confundirse esta subordinación con la eventual inferioridad económica del trabajador, ya que ello no es necesario para la configuración de una relación de trabajo en relación de dependencia, la cual puede llevarse a cabo con dependientes de importante caudal económico sin que por ello el vínculo quede al margen de la protección del derecho laboral⁵. Conforme lo manifestara el Dr. Ricardo L. Lorenzetti, en su voto de en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del año 2015, “... *en el contrato laboral se trabaja por cuenta ajena, porque el beneficio que genera la actividad va al empresario y no al trabajador. Se sigue de ello la ajenidad de riesgos, que al contrario de la locación (art. 1630 del Cód. Civil), son asumidos por el patrono. El trabajador percibe una retribución, con independencia de que el empleador gane o pierda en su actividad...*”⁶.

Por subordinación jurídica se entiende el sometimiento del trabajador a la autoridad

³ GRISOLÍA, Julio Armando. *Tratado del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Tomo I*; 1ª ed, Abeledo Perrot (2013), Buenos Aires; Capítulo I, numeral I.1.c).

⁴ *Ibid.*; Capítulo VI, numeral I.2.a).

⁵ *Ibid.*; Capítulo VI, numeral I.2.b).

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN; Cairone, Mirta Griselda y otros c. Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires - Hospital Italiano s/ despido; 19/02/2015; 338:53; AR/JUR/142/2015.

del empleador y sus facultades de organización, control, poder disciplinario, y dirección. En un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires se estableció que la subordinación jurídica “*se caracteriza por la posibilidad del empleador de impartir órdenes e instrucciones sustituyendo la voluntad o la libre disposición del trabajador, que tiene la correlativa obligación de acatarlas, aunque de hecho tal facultad no se ejerza*”⁷. Esta subordinación es fundamental para configurar la relación de dependencia y diferenciarlo fácilmente del trabajo autónomo.

Podemos concluir entonces que, para saber si una obra por encargo ha sido realizada en relación de dependencia, no debemos prestar atención a la tarea encomendada (en este caso, realización de una o varias obras por encargo), sino a la forma y en qué condiciones se efectúa la misma. Un autor que realiza una o varias obras por encargo y cobra un precio por eso, no puede considerarse que sólo por ello exista relación de dependencia. En cambio, sí habría relación de dependencia si ese autor debe cumplir directivas (por ejemplo, cumplir horarios, recibir órdenes, etc.) y en caso de no cumplir las mismas puede ser sancionado (subordinación jurídica), como también si percibirá una remuneración independientemente del resultado (subordinación económica); y más aún si el empleador o un superior le indica al autor la manera en la cuál deberá ir creando las obras (subordinación técnica).

Puede ocurrir también que el empleador encargue la realización de una obra a uno o a varios dependientes. Por ello debemos recordar que las obras en colaboración son aquellas en las cuales participan varios autores en la creación, ya sea que puede diferenciarse fácilmente el aporte realizado por cada autor y por lo tanto resulten utilizables en forma separada (colaboración imperfecta) o que no puede diferenciarse el aporte de cada autor (colaboración perfecta)⁸. Una característica de la obra en colaboración es el hecho que no puede dividirse sin alterar la naturaleza de la obra⁹. También recordaremos que las obras colectivas son aquellas en que una persona (ya sea física o jurídica) ejerce la iniciativa y coordinación, la edita y divulga bajo su nombre en base a los aportes realizados por otras personas (quienes, a su vez y dependiendo el caso pueden tener el carácter de coautores o de simples “*colaboradores técnicos*”).

Estos recordatorios nos adelantan que, respecto de las obras por encargo en relación de dependencia, habrá a su vez distintas vertientes: puede tratarse de una obra por encargo realizada por un solo autor o puede tratarse de una obra por encargo realizada en colaboración.

⁷ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES; Bambill, Washington c. Obra Social del Personal de Edificios de Renta y Horizontal; 03/09/1991; L.47.477; AR/JUR/2236/1991.

⁸ RETONDO, Hilda. *Los Titulares del Derecho de Propiedad Intelectual – El Autor de la obra – Herederos o Derechohabientes – Contenido del Derecho de Autor – Derecho Moral y Patrimonial – Teoría Monista y Dualista*; SEMINARIOS NACIONALES SOBRE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, pág. 25.

⁹ Artículo 17 Ley 11.723: “*No se considera colaboración la mera pluralidad de autores, sino en el caso en que la propiedad no pueda dividirse sin alterar la naturaleza de la obra. En las composiciones musicales con palabras, la música y la letra se consideran como dos obras distintas.*”

No obstante, también debemos analizar qué sucede con las obras que, si bien son creadas durante una relación de dependencia, el autor de las mismas se aparta de las directivas recibidas por su empleador, como en el supuesto de un trabajador que crea una determinada obra estando en relación de dependencia, pero no había sido contratado por su empleador para realizar específicamente dicha actividad. Este sería el supuesto, por ejemplo, del trabajador que había sido contratado para crear determinados programas de computación, pero dentro de la jornada laboral escribe un poema que no tiene ningún tipo de relación, claro está, con las tareas laborales que le han sido asignadas.

Asimismo, también analizaremos qué ocurre si el autor empleado crea una obra cumpliendo sus funciones habituales para las que fue específicamente contratado, pero dicha creación excede notablemente las expectativas para las cuales fue contratado y genera beneficios desproporcionales a favor del empleador. Siguiendo el ejemplo del párrafo anterior, pensemos en el mismo empleado que ha sido contratado bajo relación de dependencia para crear determinados programas de computación (percibiendo una remuneración mensual promedio) y, dentro del ámbito del trabajo y realizando las tareas laborales para las cuáles fue contratado, crea un software revolucionario que le genera extraordinarios beneficios económicos a su empleador.

Por último, también debemos analizar qué sucede y qué derechos tienen las partes con posterioridad de la creación artística.

a) Autoría y titularidad de las mismas. Distintos supuestos.

Como dijimos anteriormente, el inciso d) del artículo 4 de la ley 11.723, incorporado por la ley 25.036 el 11 de noviembre de 1998¹⁰, establece que son titulares del derecho de propiedad intelectual “*las personas físicas o jurídicas cuyos dependientes contratados para elaborar un programa de computación hubiesen producido un programa de computación en el desempeño de sus funciones laborales, salvo estipulación en contrario*”. El artículo no hace mención alguna a las restantes obras creadas por encargo en relación de dependencia, por lo que deberemos recurrir a distintas normativas para evaluar qué tratamiento corresponde aplicar a las mismas.

El artículo 12 de la mencionada ley 11.723 establece que “*la propiedad intelectual se regirá por las disposiciones del derecho común, bajo las condiciones y limitaciones de la presente ley*”. Es decir, que ante una situación no contemplada en la ley especial (ley 11.723), deberemos buscar las soluciones dentro del derecho común (en la legislación laboral, civil y comercial).

En la legislación laboral, la ley 20.744 (Ley de Contratos de Trabajo) en su artículo

¹⁰ La sanción de la ley 25.036 se condice con lo dispuesto por el artículo 10, inciso 1 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), aprobado por Ley 24.425, que establece: “*Los programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna (1971)*”.

21 establece que: “*Habrá contrato de trabajo ... siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración...*”, y en su artículo 22 indica que: “*habrá relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio en favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen*”. Debemos recordar que los frutos del trabajo del empleado le pertenecerán al empleador, como contraprestación del pago de remuneración.

En la legislación civil y comercial, debemos dejar de lado que el artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que las leyes análogas deben ser tenidas en cuenta para interpretar la ley¹¹.

En relación con la autoría, debemos tener en cuenta que la ley argentina, como vimos, en algunos supuestos desplaza la titularidad del derecho de la propiedad intelectual, pero no de la autoría (a diferencia que ocurre, como veremos más adelante, en el sistema del copyright). Por lo tanto, debemos tener en claro que aún en los supuestos de obras realizadas por encargo en relación de dependencia el trabajador será el autor de la obra, aunque quizá no sea el titular de los derechos sobre la misma.

Es importante destacar lo manifestado en el párrafo anterior, ya que si se desplazara la autoría de la obra el empleado (que no sería considerado autor) no podría ejercer los derechos morales. En cambio, según la legislación argentina (al igual que en los restantes países con tradición jurídica continental europea), el empleado, aún en el supuesto de desplazar la titularidad, es considerado autor de la obra realizada por encargo en relación de dependencia¹², conservando por lo tanto y en principio sus derechos morales (más adelante analizaremos qué ocurren con los mismos).

Tampoco debemos perder de vista que el carácter tuitivo del derecho de autor impone una interpretación restrictiva de las disposiciones legales o contractuales que implican la transmisión de derechos de los creadores¹³. Y más aún en el supuesto del autor empleado, por el principio protectorio del derecho laboral.

Hechas estas aclaraciones, debemos analizar distintos supuestos que pueden suscitarse:

¹¹ Art. 2 Cód. Civ. y Com. De la Nación: “*La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.*”

¹² El Tribunal Fiscal de la Nación, Sala B, dejó en claro que con la sanción de la ley 25.036 no se reconoció el carácter de “autor” a la persona jurídica que encarga a sus dependientes el desarrollo de una obra, sino que la faculta a ser la “titular de los derechos de propiedad intelectual” pero no a ser su “autor” (Tribunal Fiscal de la Nación, sala B • PSI Technologies de Argentina S.A. • 20/02/2007 • La Ley Online • AR/JUR/1071/2007).

¹³ LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Unesco – Cerlac – Zavalía. (1993). Buenos Aires. Página 150.

1) PROGRAMAS DE COMPUTACIÓN

Podemos determinar que, en el supuesto contemplado en el inciso d) del artículo 4 de la ley 11.723 (es decir, autores contratados en relación de dependencia para elaborar un programa de computación), no caben dudas que, salvo estipulación en contrario, la titularidad de la obra pertenece al empleador.

Sin embargo, debemos dejar a salvo diversas cuestiones:

En primer lugar, debe tratarse de una obra por encargo dentro de una relación laboral, es decir que exista relación de dependencia. Una vez acreditada la relación laboral, debemos cerciorarnos que no haya estipulación alguna por las partes (en ese caso, debe estarse a lo establecido por las mismas).

En el supuesto que no haya estipulación entre las partes, la titularidad pertenecerá al empleador, pero siempre y cuando se trate de programas de computación creados dentro del desempeño de sus funciones laborales. Es decir que si el autor en el período de tiempo que ha sido contratado crea un programa de computación, pero lo hace fuera de su horario laboral, fuera del lugar del trabajo, y sin ningún tipo de directiva de su empleador, conserva la titularidad sobre el mismo.

Y aún en el supuesto que el trabajador realice la obra dentro del ámbito laboral y/o valiéndose de recursos del empleador, conservará la titularidad de la misma si no había sido específicamente contratado para realizar dicha actividad (crear programas de computación). En este sentido se ha dictado sentencia en el caso “BARREA, OSVALDO RUBÉN C. BCO. DE SANTA FE S.A.” que nos referiremos en el capítulo IV.

Tal como lo expresan los Dres. Carlos A. Villalba y Delia Lipszyc, con respecto a la titularidad de este tipo de obras es necesario actuar con suma cautela para que no se configure lo que se ha dado a llamar “*un derecho de autor sin autor*”, ya que se comienza a elaborar la norma pensando en la debilidad y el desamparo del autor individual para luego transferir sus derechos a la empresa que lo contrata¹⁴.

2) OBRAS NO COMPRENDIDAS EN EL ART. 4 INC. D LEY 11.723

En los supuestos de las obras encargadas en realización de dependencia no contempladas por el mencionado artículo 4, inciso d) de la ley 11.723 (es decir, todos aquellos supuestos que no se traten de autores contratados en relación de dependencia para elaborar un programa de computación), podemos entender que igualmente deben tener el mismo tratamiento. El hecho que mediante la reforma realizada por la ley 25.036 sólo se haya incorporado al artículo 4 de la ley 11.723 el inciso d) relacionado con las obras por encargo en relación de dependencia de un solo sector (programas de computación) no obsta

¹⁴ VILLALBA, Carlos A. – LIPSZYC, Delia. *EL derecho de autor en la Argentina*. LA LEY. 2da. Ed. (2009). Buenos Aires, página 107.

que al resto de los sectores se les deba dar igual tratamiento ante las mismas circunstancias.

Aunque los nombrados Dres. Carlos A. Villalba y Delia Lipszyc entienden en este sentido que las características peculiares de la elaboración de programas de computación hacen que la presunción *iuris tantum* de transferencia de titularidad se justifique más que respecto de los otros tipos de obras¹⁵, consideramos que en la actualidad hay otros sectores que también requieren la elaboración constante de obras de distinto tipo por lo cual contratan a autores asalariados para la creación de las mismas y debería darse igual tratamiento ante idénticas circunstancias, aunque sin perder de vista el principio protectorio a favor del autor empleado. Como fuera dicho, el artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación, expresamente estipula la posibilidad de interpretar la ley en virtud de las leyes análogas.

Asimismo, el artículo 12 de la ley 11.723 establece que la propiedad intelectual se regirá por las disposiciones del derecho común, bajo las condiciones y limitaciones de la mencionada ley. Es decir, si se trata de supuestos contemplados en la ley 11.723, dicha normativa es la que debe aplicarse. Por el contrario, si no se encuentra contemplado en la ley 11.723, deberemos recurrir a las disposiciones del derecho común (en el caso que nos ocupa, de la legislación laboral). También fue dicho que, en virtud de la legislación laboral vigente, el trabajador percibe el pago de una remuneración a cambio de la realización o ejecución de obras a favor del empleador, por lo que de esta forma se determina la transferencia de la propiedad de los resultados de trabajo a favor de este último.

De modo tal que tenemos dos caminos distintos que nos lleva al mismo resultado: a) darle a esta situación el mismo tratamiento por analogía que al establecido en el inciso d) del artículo 4 de la ley 11.723; b) analizar la misma según la legislación laboral. En ambos supuestos, la titularidad de la obra pertenecerá, en principio, al empleador.

Incluso el Dr. Miguel A. Emery¹⁶, con anterioridad a la incorporación del inciso d) al artículo 4 de la Ley 11.723, al referirse sobre la titularidad de las obras publicitarias realizadas por encargo en relación de dependencia, siempre que las mismas hayan sido realizadas dentro el marco laboral (conforme descripción de sus tareas, dentro de la jornada laboral y con elementos proporcionados por el empleador), a pesar que no se encuentre regulado expresamente en la ley, entendía que la titularidad de las mismas corresponderían al empleador, en base a interpretación analógica al principio dispuesto por el artículo 16 de la Ley 11.723¹⁷, como también por la regulación en la Ley de Contrato de Trabajo sobre las invenciones del trabajador.

¹⁵ *Ibíd.*, página 106.

¹⁶ EMERY, Miguel Á. *Los contratos de publicidad. Nociones. Cuestiones modernas*; LA LEY 1984-C , 278; AR/DOC/768/2001.

¹⁷ Artículo 16 Ley 11.723: “...los colaboradores anónimos de una compilación colectiva, no conservan derecho de propiedad sobre su contribución de encargo y tendrán por representante legal al editor”.

Del mismo modo, también podría ser aplicable por analogía lo dispuesto por el artículo 10 inciso b) de la Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad al establecer que el trabajador “*tendrá derecho a una remuneración suplementaria por su realización, si su aporte personal a la invención y la importancia de la misma para la empresa y empleador excede de manera evidente el contenido explícito o implícito de su contrato o relación de trabajo*”. Es decir, que en el supuesto que la titularidad pertenezca al empleador pero que la obra creada por encargo exceda notablemente las expectativas para las cuales fue contratado y genere beneficios desproporcionales a favor del empleador, le debería corresponder al autor asalariado una remuneración adicional o una participación de las ganancias que la explotación de su obra le genera al empleador. Debemos evaluar el valor excepcional que la obra representa para el empleador en relación con las funciones desempeñadas por el autor asalariado y la remuneración que percibe. Las legislaciones de algunos países europeos (como Portugal y Alemania, por ejemplo) contemplan expresamente esta situación, como veremos en el capítulo III. En un estudio de la Organización Internacional del Trabajo, refiriéndose a las obras creadas por autores asalariados, se ha dejado en claro que uno de los objetivos del derecho de autor es el de relacionar equitativamente al creador de una obra con la explotación económica de su creación¹⁸.

Por último, debemos destacar que todas las creaciones que realice el trabajador asalariado dentro del ámbito laboral (y aún valiéndose de materiales proporcionados por su empleador) pero fuera de sus tareas laborales, pertenecen al autor, ya que ni siquiera han sido encargadas por su patrón, independientemente de las eventuales posteriores sanciones que puedan caberle por incumplimiento de sus deberes laborales. Este puede ser el caso, por ejemplo, de un trabajador que dentro de su jornada laboral y utilizando las herramientas de trabajo crea una obra literaria (tarea que no tiene relación alguna con sus funciones de trabajo). El empleador en el caso del ejemplo podrá eventualmente sancionar al trabajador (si por crear la obra literaria en horario laboral descuidó sus funciones laborales), pero no podrá discutirse que la propiedad de la misma le pertenece al trabajador.

Debemos tener en cuenta que, en estos supuestos, el empleador, además de una remuneración, le proporciona al autor-empleado directivas, recursos, materiales, etc., para que realice las obras por él encargadas. Se han dictado sentencias en los casos “SZABÓ, LADISLAO C. REMINGTON RAND SUDAMERICANA S.A.” y “RIES CENTENO, CARLOS FERNANDO C. ARTE RADIOTELEVISIVO ARGENTINO S.A.”, que nos referiremos en el capítulo IV, en las cuáles se considera al empleador como titular de las obras creadas por encargo en relación de dependencia, a pesar que no se trataban de programas de computación.

¹⁸ Organización Internacional del Trabajo, *La protección de los autores e inventores a sueldo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1987, página 56.

Por lo tanto, podemos entender que, salvo estipulación en contrario, la titularidad de la obra pertenece al empleador, y con idénticas salvedades que se han analizado en el ítem anterior.

3) OBRAS CREADAS POR VARIOS EMPLEADOS

Como fuera dicho, en las obras en colaboración participan distintos autores en la creación, ya sea que puede diferenciarse fácilmente el aporte realizado por cada autor y por lo tanto resulten utilizables en forma separada o que no puede diferenciarse el aporte de cada autor. Una característica de la obra en colaboración es el hecho que no puede dividirse sin alterar la naturaleza de la obra. Conforme lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 11.723, como ya hemos observado, no se considera colaboración a la mera pluralidad de autores, sino en el caso que la propiedad no pueda dividirse sin alterar la obra.

También vimos que las obras colectivas son aquellas en que una persona ejerce la iniciativa y coordinación, la edita y divulga bajo su nombre en base a los aportes realizados por otras personas. La mencionada Ley 11.723 en su artículo 16 establece: “*Salvo convenios especiales los colaboradores de una obra disfrutan derechos iguales; los colaboradores anónimos de una compilación colectiva, no conservan derecho de propiedad sobre su contribución de encargo y tendrán por representante legal al editor*”. En el caso concreto del artículo mencionado, como podemos ver, la segunda parte se refiere expresamente a los colaboradores anónimos de una compilación colectiva creadas por encargo (*obras colectivas*).

El Dr. Carlos A. Villalba entiende, refiriéndose a las obras colectivas, que si aquél que recibe un encargo no hace sino un trabajo de ejecución, sin originalidad ni personalidad, esa persona no tiene el carácter de autor, sino que dicha condición pertenecerá a la persona que ha efectuado el encargo, que ha concebido la obra y que ha dado todas las instrucciones para su ejecución¹⁹. Por lo tanto, debemos diferenciar a los simples “*colaboradores técnicos*” de los coautores en colaboración.

Puede ocurrir entonces que el empleador encargue la creación de determinadas obras a un conjunto de trabajadores. En el supuesto que dicha obra se realice bajo su coordinación y se constituya por los aportes anónimos de sus dependientes fundándose en una creación única y autónoma (por ejemplo, una enciclopedia), sería aplicable lo dispuesto por la segunda parte del artículo 16 de la ley 11.723.

Asimismo, en el supuesto que dicha obra se realice en colaboración de distintos dependientes, resulta por lo tanto la creación de una obra por encargo en colaboración. En tales casos, entendemos que resulta aplicable idéntica interpretación que la expuesta en el punto precedente (OBRAS NO COMPRENDIDAS EN EL ART. 4 INC. D LEY 11.723),

¹⁹ VILLALBA, Carlos A.; *Derecho de autor y trabajo subordinado*; LA LEY 1990-E, 320; AR/DOC/3697/2001.

con la salvedad que también deberán contemplarse las disposiciones relativas a la colaboración para determinar los derechos que les correspondan a los autores asalariados. Es decir, en primer lugar deberá determinarse si la propiedad de la obra pertenece al empleador o a los trabajadores (con análogos fundamentos que en el punto anterior). En el supuesto que la titularidad de la obra pertenezca a los trabajadores, deberemos determinar qué derechos le pertenecen a cada uno de los colaboradores: para ello debemos acudir al convenio celebrado entre las partes, y ante ausencia del mismo se considera que cada trabajador tendrá iguales derechos.

4) OBRAS PERIODÍSTICAS

Antes de analizar las disposiciones contempladas en la Ley 11.723, debemos recordar que el proyecto de dicha ley había sido presentado por el diputado Roberto Jorge Noble Larrosa quien era periodista y, como es de público conocimiento, estuvo ligado a diversos medios periodísticos, incluso luego sería el fundador del Diario Clarín. Quizá con esta aclaración podamos entender el motivo por el cual la mencionada ley hace un tratamiento diferenciado con este tipo de obras.

No obstante lo precedentemente mencionado, lo cierto es que la Ley 11.723 hace una distinción entre los artículos firmados y los no firmados. Así el artículo 28 de la ley citada dispone que *“los artículos no firmados, colaboraciones anónimas, reportajes, dibujos, grabados o informaciones en general que tengan un carácter original y propio, publicados por un diario, revista u otras publicaciones periódicas por haber sido adquiridos u obtenidos por éste o por una agencia de informaciones con carácter de exclusividad, serán considerados como de propiedad del diario, revista, u otras publicaciones periódicas, o de la agencia...”*, mientras que el artículo 29 establece que *“los autores de colaboraciones firmadas en diarios, revistas y otras publicaciones periódicas son propietarios de su colaboración. Si las colaboraciones no estuvieren firmadas, sus autores sólo tienen derecho a publicarlas, en colección, salvo pacto en contrario con el propietario del diario, revista o periódico”*.

En los supuestos de obras periodísticas creadas por encargo en relación de dependencia, y teniendo en cuenta lo dispuesto por estos dos artículos, podemos concluir que la titularidad de las obras periodísticas no firmadas pertenece al empleador (art. 28) y los autores sólo conservan el derecho de publicarlas en colección salvo pacto en contrario con su empleador (art. 29). En cambio, la titularidad no pertenecerá al empleador en los supuestos que se trate de artículos firmados (art. 29), aunque nada impide la existencia de una estipulación en contrario entre las partes (más aún teniendo en cuenta que al tratarse de relación de dependencia, el autor empleado percibirá una remuneración, recursos, directivas, etc., por parte de su empleador).

Por lo tanto, con respecto a los artículos firmados, no cabe duda que la titularidad de los derechos la conservan los autores, quienes podrán a su vez explotar libremente sus

obras en las formas que lo consideren, salvo estipulación expresa en contrario con su empleador.

En cambio, el hecho que los artículos no estén firmados incide en que la ley considera al empleador como titular de los derechos (no de la autoría, que conserva el autor asalariado). Por lo cual, en los artículos no firmados, salvo estipulación en contrario, la titularidad de los mismos pertenece al empleador y los autores sólo tendrán derecho a publicarlos en colección. Sin embargo, los autores asalariados conservarán también los derechos morales (de la misma forma que las restantes obras realizadas por encargo en relación de dependencia, y teniendo en cuenta las consideraciones que veremos en el punto siguiente). Debemos recordar que la autoría de las obras periodísticas realizadas por encargo en relación de dependencia pertenecerá a los autores asalariados que realizaron las mismas, independientemente si se trata de artículos firmados o no firmados y de los derechos de explotación sobre las mismas que pudiera tener el empleador.

Asimismo, por toda explotación realizada por el empleador ajena al ámbito en el que ha sido creada la obra y que genere beneficios desproporcionales para el mismo, le debería corresponder al autor asalariado una remuneración adicional o una participación de las ganancias que la explotación de su obra le genera, por idénticos fundamentos que los expuestos para las restantes obras realizadas por encargo en relación de dependencia: recordemos los principios protectorios del derecho de autor, del derecho del trabajo, la interpretación restrictiva de las disposiciones legales o contractuales que implican la transmisión de derechos de los creadores, y lo dispuesto por el artículo 10 inciso b) de la Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad que podría aplicarse en forma análoga según el caso. En este sentido el Dr. Damián Loreti y el Lic. Luis Lozano²⁰ entienden que los empleadores sólo tienen el derecho a explotar las obras creativas de los periodistas en el marco de las relaciones pactadas, resultando toda otra explotación ajena al objeto del contrato, y también numerosos convenios colectivos de diversas zonas del país han establecido una compensación adicional al autor asalariado, como ocurre con el CCT 182/75 (La Rioja), CCT 343/75 (Misiones), CCT 442/75 (Olavarría), CCT 199/75 (San Luis), CCT 186/75 (Tucumán), CCT 261/75 (Viedma), CCT 403/75 (Bahía Blanca), CCT 267/75 (Catamarca), CCT 133/75 (Chaco)²¹, CCT 102/75 (La Plata)²², CCT 180/75

²⁰ LORETI, Damián – LOZANO, Luis. *El Estatuto del Periodista Profesional: alcances, vigencia y asignaturas pendientes*. REVISTA DERECHO DEL TRABAJO, AÑO II, NÚMERO 4 (Marzo de 2013). Estatutos Profesionales (parte I). Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Buenos Aires, página 80.

²¹ El Artículo 48 CCT 182/75 (La Rioja), 68 del CCT 343/75 (Misiones), 27 del CCT 442/75 (Olavarría), 66 del CCT 199/75 (San Luis), 51 del CCT 186/75 (Tucumán), 68 del CCT 261/75 (Viedma), 35 del CCT 403/75 (Bahía Blanca), 67 del CCT 267/75 (Catamarca), y 57 del CCT 133/75 (Chaco) establecen: “*En caso de que lo producido por un empleado sea puesto a disposición de otras empresas que no sean las mismas en la cual presta servicios, la empresa indemnizará a dicho empleado por el uso adicional que se le dé a su trabajo, conforme a una tarifa que será acordada por la empresa con la organización sindical...*”.

²² Artículo 33 del CCT 102/75 (La Plata): “*En caso que material perteneciente a una empresa sea cedido habitualmente a otras para su uso total y no como reproducción autorizada en forma aislada, la empresa*

(Comodoro Rivadavia)²³, CCT 373/75 (Corrientes)²⁴, y CCT 240/75 (norte de Chubut)²⁵.

Por lo que podemos concluir que en este tipo de obras si los artículos están firmados la titularidad le corresponde al autor asalariado, y en cambio si no están firmados le corresponde al empleador, salvo estipulación en contrario. A su vez, si el empleador explota la obra periodística de una forma ajena al ámbito en el que ha sido creada la misma, al autor asalariado le corresponde una compensación adicional o una participación en las ganancias, ya sea por aplicación del convenio colectivo de trabajo respectivo (en caso que la relación laboral se realice en alguna de las regiones que sean aplicables alguno de los convenios mencionados), o ya sea por los principios protectorios del derecho de autor, del derecho del trabajo, la interpretación restrictiva de las disposiciones legales o contractuales que implican la transmisión de derechos de los creadores, y la interpretación analógica de lo dispuesto por el artículo 10 inciso b) de la Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad. Todos los caminos conducen al mismo resultado.

b) Los derechos morales.

Como sabemos, los derechos de autor engloban, además de los derechos patrimoniales, distintos derechos morales, tales como derecho a la paternidad, a la integridad de la obra, al retracto o arrepentimiento, y al inédito, los cuáles son derechos de la personalidad del autor en relación a la existencia, la circulación y la explotación de una obra determinada. También llamados derechos personalísimos, el derecho moral del autor no es innato (no los tienen todas las personas por el hecho de ser personas, sino los autores con relación a sus obras), a diferencia de los derechos de la personalidad general²⁶.

Asimismo, son derechos humanos, conforme han sido reconocidos por la

deberá compensar adicionalmente a todo el personal que haya incorporado trabajo a ese material y para ello se acordará esa compensación con el personal de las secciones involucradas...”.

²³ Artículo 44 del CCT 180/75 (Comodoro Rivadavia): “*En caso de que lo producido por un periodista sea puesto a disposición de otra empresa que no sea en la que presta servicios, el empleador indemnizará al periodista por el uso adicional que se le dé a su trabajo, conforme a una tarifa que no será inferior al 10% de lo cobrado por la empresa...*”.

²⁴ Artículo 44 del CCT 373/75 (Corrientes): “*En el caso que lo producido por un empleado (notas, comentarios, o similares con o sin firma) sea puesto a disposición de otras empresas a título oneroso se compensará por el uso adicional que se le dé a ese trabajo, conforme a una tarifa que será acordada por la empresa con la organización sindical...*”.

²⁵ Artículo 38 del CCT 240/75 (norte de Chubut): “*En caso de que lo producido por un periodista sea puesto a disposición de otra empresa que no sea en la que presta servicios, el empleador indemnizará al periodista por el uso adicional que se le dé a su trabajo, conforme a una tarifa que no será inferior al 10% de lo cobrado por la empresa...*”.

²⁶ VILLALBA, Carlos A. – LIPSZYC, Delia; *Diferencia entre el daño moral y el daño al derecho moral del autor*; LA LEY 04/10/2012, 5; LA LEY 2012-E, 606; AR/DOC/4896/2012.

Declaración Universal de Derechos Humanos²⁷, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²⁸, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁹. Dichos tratados tienen jerarquía constitucional, tal como lo dispone el artículo 75 inciso 22 de nuestra Constitución Nacional³⁰.

En lo que respecta a la transmisión de los derechos morales, hay dos posturas doctrinarias diferenciadas. Una de las cuales considera la irrenunciabilidad de los mismos, y la otra doctrina considera lo contrario, en especial para los casos de las obras realizadas por encargo en relación de dependencia.

Antes de analizar los argumentos de cada postura doctrinaria, debemos destacar que el artículo 6 bis del Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas establece que *“1. Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.- 2. Los derechos reconocidos al autor en virtud del párrafo 1) serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos. Sin embargo, los países cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación de la presente Acta o de la adhesión a la misma, no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del*

²⁷ Art. 27 inciso 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: *“Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”*.

²⁸ Artículo XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: *“Toda persona tiene el derecho ... a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor”*.

²⁹ Artículo 15, inciso 1, apartado c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: ... beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”*.

³⁰ Artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional: *“... Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.- Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”*

autor de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo 1) anterior, tienen la facultad de establecer que alguno o algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del autor...”.

Asimismo, la Ley 11.723 en su artículo 51 establece que en el supuesto que el autor enajene su obra, el adquirente no podrá alterar su título, forma y contenido³¹. Por su parte, el artículo 52 de la misma ley en el mismo sentido estipula que *“aunque el autor enajenare la propiedad de su obra, conserva sobre ella el derecho a exigir la fidelidad de su texto y título, en las impresiones, copias o reproducciones, como asimismo la mención de su nombre o seudónimo como autor”*. Además, surge de la mencionada ley que se tratan de derechos perpetuos³².

El Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde agosto de 2015, en su artículo 464 inciso o) in fine establece que *“El derecho moral sobre la obra intelectual es siempre personal del autor”*.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que los derechos patrimoniales y morales del autor deben entenderse como categorías interdependientes pero características diversas, y que estos últimos contienen facultades inalienables e imprescriptibles³³.

Los Dres. Carlos A. Villalba y Delia Lipszyc³⁴ consideran que los derechos morales del autor son inalienables, ya que aún en el caso de cesión total de derechos patrimoniales el adquirente debe mencionar el nombre del autor y respetar la integridad de la obra, tal como lo establecen los ya citados artículos 51 y 52 de la Ley 11.723. Sin embargo, la citada Dra. Lipszyc también considera que en el supuesto específico de las obras creadas por encargo en relación de dependencia, la necesidad de preservar la normal explotación de las obras determina que, a pesar del carácter inalienable de los derechos morales, se admiten ciertas restricciones y se excluye al autor empleado la posibilidad de ejercer algunos derechos morales, tales como el *derecho de retracto o arrepentimiento* y el *derecho a la*

³¹ Artículo 51 Ley 11.723: *“El autor o sus derechohabientes pueden enajenar o ceder total o parcialmente su obra. Esta enajenación es válida sólo durante el término establecido por la Ley y confiere a su adquirente el derecho a su aprovechamiento económico sin poder alterar su título, forma y contenido”*.

³² Así surge expresamente del artículo 83 de la Ley 11.723, que establece que aún en el supuesto que las obras se encuentren en dominio público, podrá denunciarse *“la mutilación de una obra literaria, científica o artística, los agregados, las transposiciones, la infidelidad de una traducción, los errores de concepto y las deficiencias en el conocimiento del idioma del original o de la versión”*.

³³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN; Casiraghi, Félix y otros v. Prov. de La Rioja; 23/11/1989; Cita Online: 2/19495.

³⁴ VILLALBA, Carlos A. – LIPSZYC, Delia. *Los principios básicos del derecho de autor aplicables a los contratos de explotación de obras: la independencia de los derechos y la interpretación restrictiva de las formas de utilización convenidas. La inalienabilidad del derecho moral del autor*. DCCyE 2011 (junio) , 339; AR/DOC/1905/201

integridad de la obra. Respecto del derecho de *paternidad*, entienden que debería aceptarse la validez de la renuncia del autor empleado a las menciones de su nombre en cada obra, o cada vez que la misma es comunicada al público, aunque en principio el autor podría denunciarlas³⁵.

Por su parte, el Dr. Federico Pablo Vibes considera que los derechos morales no son irrenunciables³⁶, argumentando que si bien en la Ley 11.723 y en el artículo 6 bis del Convenio de Berna se reconocen ciertos derechos morales a favor de los autores, no se establece expresamente que dichos derechos tengan tal carácter. Además, el citado Dr. Vibes considera que otorgar el carácter de irrenunciabilidad a los derechos morales sería una solución que aparecería reñida con la era actual, y más aún para este tipo de contratación de obras realizadas por encargo en relación de dependencia. Por ese motivo, considera que en algunas situaciones, como obras por encargo o realizadas por empleados, los derechos morales están inmersos en el conjunto y deben sacrificarse a la armonización de la obra en su totalidad, y concluye que los derechos morales podrían ser renunciados siempre y cuando dicha renuncia no sea aberrante.

A pesar que ciertos fallos han expresado que el derecho moral es irrenunciable³⁷, también es cierto que en nuestra legislación no se establece expresamente que los derechos morales son irrenunciables, como sí sucede en otros países, tales como España³⁸, Colombia³⁹, Perú⁴⁰, Ecuador⁴¹, Paraguay⁴², Chile⁴³, México⁴⁴, Guatemala⁴⁵, Honduras⁴⁶,

³⁵ LIPSZYC, Delia. Op. cit. nota 13, páginas 147/149.

³⁶ VIBES, Federico Pablo. *Propiedad intelectual de las obras artísticas creadas por encargo*. Cuadernos de Propiedad Intelectual, Tomo I. Editorial Ad Hoc, agosto de 2004.

³⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, Cresta, Norberto C. v. Galería de Arte de Santi y otro • 25/10/2007, Cita Online: 70043536; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L, Anejo Producciones S.R.L c. Editorial La Capital S.A s/ daños y perjuicios • 09/04/2014, AR/JUR/15469/2014; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, Fioravanti Roberto B. c. Techint Cía. Técnica Internacional S. A. • 05/02/1996, Cita Online: AR/JUR/1307/1996.

³⁸ Artículo 14 de Propiedad Intelectual de España: “*Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables:- 1.º Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.- 2.º Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente.- 3.º Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.- 4.º Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.- 5.º Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.- 6.º Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación.- Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias.- 7.º Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.- Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen”.*

³⁹ Artículo 30 de Ley 23 de 1982 de Colombia: “*Artículo 30º.- El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para:- A) Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados*

en el artículo 12 de esta Ley.- B) A oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por esto; - C) A Conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria; D) A modificarla, antes o después de su publicación; - E) A retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiere sido previamente autorizada.- Parágrafo 1º.- Los derechos anteriores no pueden ser renunciados ni cedidos. Los autores al transferir a autorizar el ejercicio de sus derechos patrimoniales no conceden sino los de goce y disposición a que se refiere el respectivo contrato, conservando los derechos consagrados en el presente artículo.- Parágrafo 2º.- A la muerte del autor corresponde a su cónyuge y herederos consanguíneos el ejercicio de los derechos indicados en los numerales a) y b) del presente artículo. A falta del autor, de su cónyuge o herederos consanguíneos el ejercicio de estos derechos corresponderá a cualquier persona natural o jurídica que acredite su carácter de titular sobre la obra respectiva.- Parágrafo 3º.- La defensa de la paternidad, integridad y autenticidad de las obras que hayan pasado al dominio público estará a cargo del Instituto Colombiano de Cultura cuando tales obras no tengan titulares o causahabientes que puedan defender o tutelar estos derechos morales.- Parágrafo 4º.- Los derechos mencionados en los numerales d) y e) solo podrán ejercitarse a cambio de indemnizar previamente a terceros los perjuicios que se les pudiere ocasionar.”

⁴⁰ Artículo 21 del Decreto Legislativo 822 de Perú: “Los derechos morales reconocidos por la presente ley, son perpetuos, inalienables, irrenunciables e imprescriptibles.-...”

⁴¹ Artículo 18 de la Ley de Propiedad Intelectual de Ecuador: “Constituyen derechos morales irrenunciables, inembargables e imprescriptibles del autor: a) Reivindicar la paternidad de su obra; b) Mantener la obra inédita o conservarla en el anonimato o exigir que se mencione su nombre o seudónimo cada vez que sea utilizada; c) Oponerse a toda deformación, mutilación, alteración o modificación de la obra que pueda perjudicar el honor o la reputación de su autor; d) Acceder al ejemplar único o raro de la obra que se encuentre en posesión de un tercero, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda; y, e) La violación de cualquiera de los derechos establecidos en los literales anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios independientemente de las otras acciones contempladas en esta Ley.- Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, a quien se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen.- A la muerte del autor, el ejercicio de los derechos mencionados en los literales a) y c) corresponderá, sin límite de tiempo, a sus causahabientes.- Los causahabientes podrán ejercer el derecho establecido en el literal b), durante un plazo de setenta años desde la muerte del autor”.

⁴² Artículo 17 de la Ley 1328 de Paraguay: “Los derechos morales reconocidos por la presente ley, son perpetuos, inalienables, inembargables, irrenunciables, e imprescriptibles.-...”

⁴³ Artículo 14 Ley 17.336 de Chile: “El autor, como titular exclusivo del derecho moral, tiene de por vida las siguientes facultades: 1) Reivindicar la paternidad de la obra, asociando a la misma su nombre o seudónimo conocido; 2) Oponerse a toda deformación, mutilación, u otra modificación hecha sin expreso y previo consentimiento. No se considerarán como tales los trabajos de conservación, reconstitución o restauración de las obras que hayan sufrido daños que alteren o menoscaben su valor artístico; 3) Mantener la obra inédita; 4) Autorizar a terceros a terminar la obra inconclusa, previo consentimiento del editor o del cesionario si los hubiere, y 5) Exigir que se respete su voluntad de mantener la obra anónima o seudónima mientras ésta no pertenezca el patrimonio cultural común.”

Artículo 16: “Los derechos numerados en los artículos precedentes son inalienables y es nulo cualquier pacto en contrario”.

⁴⁴ Artículo 18 Ley Federal del Derecho de Autor de México: “El autor es el único, primigenio y perpetuo titular de los derechos morales sobre las obras de su creación”.

Artículo 19: “El derecho moral se considera unido al autor y es inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable”.

⁴⁵ Artículo 19 del Decreto 33-98 de Guatemala: “El derecho moral del autor es inalienable, imprescriptible e irrenunciable...”.

⁴⁶ Artículo 35 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de Honduras: “Independientemente de sus derechos patrimoniales y aun con posterioridad a su transferencia, el autor conservará sobre la obra, un derecho personalísimo, inalienable, irrenunciable e imprescriptible, denominado derecho moral”.

Nicaragua⁴⁷, Bolivia⁴⁸, Brasil⁴⁹, Costa Rica⁵⁰, Francia⁵¹, Portugal⁵², etcétera. Asimismo, en algunos de los países nombrados anteriormente donde de la legislación surge expresamente la irrenunciabilidad de los derechos morales, la misma ley establece en forma expresa que en el supuesto de obras creadas en relación de dependencia el empleador podrá ejercer los derechos morales necesarios para la explotación de la misma, tal como ocurre en Perú, Ecuador, Paraguay, México⁵³, Guatemala, Honduras, como veremos en el capítulo III (DERECHO COMPARADO).

No obstante, no debemos dejar de lado que el carácter tuitivo del derecho de autor impone una interpretación restrictiva de las disposiciones que impliquen la transmisión de derechos de los creadores. Dicho carácter tuitivo se acrecienta más aún en el supuesto de las obras realizadas por encargo en relación de dependencia, ya que el autor es un trabajador al que, por lo tanto se le aplican los principios protectorios de la Ley de Contrato de Trabajo (20.744), entre el cual se destaca el principio de la norma más favorable para el trabajador⁵⁴. A pesar de ello y del carácter protectorio del cual debe gozar el autor

⁴⁷ Artículo 20 de la Ley 312 de Nicaragua: “*Los derechos morales son irrenunciables e inalienables*”.

⁴⁸ Artículo 14 de la Ley 1.322 de Bolivia: “*El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, imprescriptible e irrenunciable para: a) Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualesquiera de los actos relativos a la utilización de su obra.- b) Oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra.- c) Conservar su obra inédita o anónima. Después del fallecimiento del autor, no podrá divulgarse su obra si éste lo hubiera prohibido por disposición testamentaria, ni podrá revelarse su identidad si aquél, por el mismo medio, no lo hubiera autorizado.*”

⁴⁹ Artículo 27 de la Ley 9.610 de Brasil: “*Los derechos morales del autor son inalienables e irrenunciables*”.

⁵⁰ Artículo 13 de la Ley 6.683 de Costa Rica: “*Artículo 13º.-Independientemente de sus derechos patrimoniales, incluso después de su cesión, el autor conservará sobre la obra un derecho personalísimo, inalienable e irrenunciable y perpetuo, denominado derecho moral.*”

⁵¹ Artículo L121-1 del Código de la Propiedad Intelectual de Francia: “*El autor gozará del derecho al respeto de su nombre, su calidad y su obra.- Dicho derecho estará vinculado a su persona.- Será perpetuo, inalienable e imprescriptible.- Éste será transmisible mortis causa a los herederos del autor.- Su ejercicio podrá ser conferido a un tercero en virtud de disposiciones testamentarias*”.

⁵² Artículo 56 del Código de Derechos de Autor y Derechos Conexos de Portugal: “*1 - Independientemente de los derechos patrimoniales e incluso si los ha enajenado o gravado, el autor tiene derecho a reclamar la paternidad del trabajo durante toda la vida del trabajo y a garantizar su autenticidad e integridad, oponiéndose a su destrucción, en todo momento. y cualquier mutilación, deformación u otra modificación de la misma y, en general, cualquier acto que lo distorsione y pueda afectar el honor y la reputación del autor.- 2 - Este derecho es inalienable, irrevocable e imprescriptible, perpetuando, después de la muerte del autor, en términos del siguiente artículo.*”

⁵³ Además de los artículos a los que nos referimos en el capítulo III (DERECHO COMPARADO), el artículo 23 de la Ley Federal del Derecho de Autor de México establece: “*Salvo pacto en contrario, se entiende que los autores que aporten obras para su utilización en anuncios publicitarios o de propaganda, han autorizado la omisión del crédito autoral durante la utilización o explotación de las mismas, sin que esto implique renuncia a los derechos morales*”.

⁵⁴ Artículo 9 Ley 20.744: “*En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjuntos de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo.- Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador.*”

empleado, el principio de la norma más favorable se emplearía en caso de duda sobre la aplicación de distintas normas, pero jamás podrá emplearse a favor de una norma inexistente.

Ante la inexistencia sobre una norma que establezca que los derechos morales son irrenunciables, aún teniendo en cuenta los principios protectorios de los autores y trabajadores, entendemos que no habría impedimento legal para que en ciertos supuestos particulares, y teniendo en cuenta la naturaleza de las obras creadas por encargo en relación de dependencia, se opte por excluir al autor de ejercer algunos derechos morales. La Dra. Hilda Retondo manifiesta que la irrenunciabilidad de los derechos morales no surge de la Convención de Berna ni de las disposiciones de la Ley 11.723, y puede convertirse en un obstáculo para la protección de algún tipo de obras en constante evolución⁵⁵.

Debemos ser muy cuidadosos, ya que los derechos morales son derechos personalísimos, y no permitirle a un autor conservar el derecho a la integridad o paternidad de una obra, por el sólo hecho de percibir una remuneración, parecería atentar contra los principios fundamentales del derecho de autor. Sin embargo, también es cierto que mantener la facultad de ejercer los derechos morales por el autor empleado podría afectar el derecho del empleador (en el supuesto que sea considerado titular de la obra), ya que el autor asalariado podría, por ejemplo, decidir retirar la obra del mercado, modificarla o impedir que el empleador la modifique, etcétera. Debemos también contemplar que este tipo de obras, las cuáles nacen del autor pero no en forma espontánea sino a través de encargo de su empleador, no podrán tener idéntico tratamiento que las restantes obras que nacen espontáneamente del autor sin ningún tipo de impulso externo, dadas las características distintas de las mismas.

En las obras por encargo en relación de dependencia, si se cede la titularidad de derechos (en forma parcial o total) sobre una determinada obra, dependiendo del tipo de la misma y forma de uso (de acuerdo a la actividad normal y habitual de la empresa) es posible que, a los fines de poder realizar la explotación normal de la obra, deban restringirse el ejercicio de ciertos derechos morales del autor, analizando cuidadosamente caso por caso. Una solución contraria, sería improductiva con la naturaleza de la explotación de las obras en cuestión, desalentando la inversión en el sector cultural (y por lo tanto perjudicando también a los propios autores asalariados) ya que no le garantizaría al empleador poder explotar normalmente las obras creadas por encargo por sus dependientes a pesar de la inversión realizada para tales fines.

Por lo tanto, podemos concluir que por más que la titularidad de la obra se transmita al empleador (ya sea en forma parcial o total), el autor conservará los derechos morales,

⁵⁵ RETONDO, Hilda. *Op. cit. nota 8*, pág. 28.

salvo aquellos que sean imprescindibles para que el empleador realice la normal explotación de la misma. Esta es la solución adoptada por algunas legislaciones extranjeras, como por ejemplo en Guatemala, Honduras, Panamá, Venezuela, Colombia, Perú, Ecuador, y Paraguay (tal como veremos en el capítulo IV).

c) Derechos de los dependientes. Distintos supuestos.

En primer lugar, claro está, el autor asalariado tendrá los derechos que surgen del derecho del trabajo, tales como percibir la remuneración en legal tiempo y forma, limitada jornada laboral (según el convenio colectivo aplicable a la actividad), vacaciones y otras licencias, cumplimiento de obligaciones previsionales y sindicales por parte del empleador, etcétera.

Con respecto de los derechos patrimoniales sobre las obras creadas por encargo en relación de dependencia, si se ha realizado estipulación alguna entre las partes, deberemos estar a lo allí pactado. A falta de convención expresa, deberemos estar a lo dispuesto en el inciso “*a) Autoría y titularidad de las mismas. Distintos supuestos*” de este capítulo.

Es decir, si existe relación de dependencia, fue contratado para realizar dichas tareas (creación de determinadas obras), y la creación se produce dentro del ámbito laboral y realizando las tareas habituales para las cuáles fue contratado, los derechos patrimoniales corresponderán al empleador. No obstante, el autor asalariado conservará la facultad de utilizar la misma fuera de la esfera de las actividades normales del empleador al momento de la creación de la obra. Si la obra excede en forma evidente las expectativas y genera ingresos desproporcionados al empleador, entendemos que al dependiente le corresponderá una compensación adicional o participación en las ganancias generadas gracias a su creación.

En el supuesto que la obra no haya sido creada en relación de dependencia, o haya sido creada fuera del ámbito laboral o realizando el trabajador tareas que no eran las habituales para las que había sido específicamente contratado, la titularidad de la misma le pertenecerá al autor asalariado.

En el supuesto de obras periodísticas, si se trata de artículos firmados, el dependiente será propietario de la obra. En cambio, si se trata de obras periodísticas no firmadas la titularidad pertenece al empleador y los autores sólo conservan el derecho de publicarlas en colección salvo pacto en contrario con su empleador. No obstante ello, el dependiente tendrá derecho a una remuneración adicional o una participación de las ganancias que la explotación de su obra le genera en el supuesto que el empleador realice explotaciones de la obra ajena al ámbito en el que ha sido creada y que genere beneficios desproporcionales para el mismo.

Asimismo, el dependiente conservará los derechos morales sobre sus creaciones, salvo aquellos que sean imprescindibles para que el empleador realice la normal explotación de las mismas.

Con relación al derecho de retracto o arrepentimiento (facultad que tiene el autor de retirar su obra del comercio suspendiendo cualquier forma de utilización, aunque hubiera sido previamente autorizada) no hay regulación específica dentro de nuestra legislación. Sin embargo, dada la necesidad de preservar la normal explotación de las obras y la incompatibilidad de la relación laboral (en la cuál el empleador es titular de los frutos del trabajo del dependiente) con el derecho de retracto, entendemos razonable que se excluya al autor empleado la posibilidad de ejercer este derecho. En el supuesto que se considere lo contrario, el autor asalariado que hiciera uso del ejercicio de este derecho, deberá abonar la indemnización correspondiente al empleador.

Con respecto al derecho de paternidad (facultad del autor de exigir que su nombre o pseudónimo se vincule con cualquier difusión de la obra, tutela al autor y también al interés público porque “la usurpación de la paternidad de la obra ajena configura, de una u otra manera, un fraude a la fe pública”⁵⁶), en los supuestos que en el tipo de obra creada torne complejo citar a los autores cada vez que la misma es comunicada al público (por ejemplo, obras de naturaleza publicitaria), entendemos razonable que se excluya al autor empleado la posibilidad de ejercer este derecho. No obstante, el mismo podrá dar a conocer su paternidad intelectual sobre la obra.

En relación al derecho de integridad de la obra (facultad de impedir supresiones, adiciones, modificaciones que alteren la concepción de su obra) entendemos razonable que se excluya al autor empleado la posibilidad de ejercer este derecho sólo en los supuestos que sean imprescindibles para que el empleador realice la normal explotación de las creaciones realizadas por encargo en relación de dependencia, conservando el dependiente la facultad de ejercer este derecho para las restantes modificaciones que pretenda realizar el empleador o un tercero.

Por último, respecto al derecho a la divulgación (facultad del autor de divulgar su obra y decidir el momento y forma en que la misma será divulgada), entendemos que el empleador podrá divulgar la obra a partir que el autor haya entregado la misma (no antes) y sólo en la medida necesaria para realizar la normal explotación de la misma, conservando el ejercicio de este derecho el autor para las restantes modalidades de uso.

d) Derechos de los empleadores.

⁵⁶ ANTEQUERA PARILLI, RICARDO. *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*; Editorial Reus S.A. (2007), Madrid, página 85.

Primeramente, debemos recordar que en una relación laboral el trabajador cede al empleador los resultados del trabajo a cambio del pago de una remuneración. Demás está decir que entre los resultados del trabajo cabe incluir a las obras creadas por encargo del empleador.

Pero, y sin perjuicio de las probables estipulaciones firmadas entre las partes (a las que nos deberemos remitir en caso de existir las mismas), para que la titularidad de la obra le pertenezca al empleador, y sin perder de vista los principios tuitivos del derecho del trabajo y del derecho de autor, como también la interpretación restrictiva de las disposiciones legales o contractuales que implican la transmisión de derechos de los creadores, debemos corroborar que exista relación de dependencia, que el empleador haya contratado al autor específicamente para realizar dichas creaciones, que la creación de la obra se haya realizado dentro del ámbito laboral (dentro de la jornada laboral, en lugar de trabajo, realizando el trabajador sus tareas habituales, etc.), y que no exista una estipulación en contrario entre las partes (o que en caso de existir un pacto privado entre las partes, de ahí surja la titularidad a favor del empleador).

No obstante lo dicho, el empleador no podrá ejercer los derechos morales (que le pertenecen al autor), salvo los que sean necesariamente indispensables para poder explotar normalmente la obra. En el hipotético caso que se autorice al autor asalariado de hacer uso del derecho de retracto o arrepentimiento, el empleador tendrá derecho a reclamar la indemnización correspondiente al mismo por los perjuicios que dicho accionar le pudiere ocasionar.

Asimismo, tampoco podrá, sin autorización del autor, explotar la obra en actividades que no sean normales ni habituales de la empresa. Es decir, sólo podrá utilizar la obra atendiendo a los fines que ha sido creada.

III.- DERECHO COMPARADO

Como podemos ver, los marcos normativos de las distintas naciones sobre el caso que nos ocupa están lejos de ofrecer una solución uniforme. Si bien es cierto que en los supuestos que se encuentran reguladas este tipo de obras se puede observar la tendencia de reconocer la titularidad de las mismas a favor del empleador, hay excepciones (Portugal o Bélgica son un claro ejemplo) y además cada legislación tiene particularidades distintas (México es otro ejemplo), tal como veremos a continuación.

A su vez, diversos marcos normativos incluso otorgan al empleador la facultad de ejercer ciertos derechos morales para explotar normalmente la obra (Guatemala, Honduras,

Panamá, Venezuela, Colombia, Perú, Ecuador, y Paraguay). Hay también países en los cuales se otorga expresamente al autor asalariado la facultad de exigir una remuneración adicional en los casos que la creación intelectual exceda la tarea para la cuál fue contratado (como ocurre, por ejemplo en Alemania y en Portugal). Asimismo, en los marcos normativos que reconocen la titularidad de este tipo de obras a favor del empleador se establecen, por lo general, una serie de requisitos que deben cumplirse (como que el contrato conste por escrito, que la creación sea dentro de las tareas habituales del trabajador, que el alcance de la transferencia sea sólo en medida necesaria para realizar las actividades habituales, etcétera), incluso hasta en los países en los cuáles se considera al empleador como autor de las obras creadas por encargo en relación de dependencia (como Estados Unidos y Países Bajos, por ejemplo).

DIRECTIVA DE LA COMUNIDAD EUROPEA

Antes de centrarnos en las legislaciones de distintos países, debemos tener en cuenta que la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador establece en su artículo 2 inciso 3 que: *“Cuando un trabajador asalariado cree un programa de ordenador en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas, o siguiendo las instrucciones de su empresario, la titularidad de los derechos económicos correspondientes al programa de ordenador así creado corresponderán, exclusivamente, al empresario, salvo pacto en contrario”*.

Asimismo, también debe tenerse en cuenta que la mencionada Directiva en su artículo 4 inciso b) faculta expresamente al titular (es decir, salvo pacto en contrario, al empleador) a autorizar: *“la traducción, adaptación, arreglo y cualquier otra transformación de un programa de ordenador y la reproducción de los resultados de tales actos, sin perjuicio de los derechos de la persona que transforme el programa de ordenador”*.

Como veremos, lógicamente que esta directiva tendrá incidencia directa sobre muchos de los países miembros de la comunidad europea.

DECISION ANDINA

Del mismo modo que lo expuesto precedentemente, también tendrá incidencia directa sobre los países miembros lo dispuesto por la Decisión Andina 351 de 1993, que en su artículo 10 establece: *“Las personas naturales o jurídicas ejercen la titularidad originaria o derivada, de conformidad con la legislación nacional, de los derechos patrimoniales de las obras creadas por su encargo o bajo relación laboral, salvo prueba en contrario”*.

ESPAÑA

El artículo 51 de la Ley de Propiedad Intelectual (aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/1996), establece que la transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se regirá por lo pactado en el contrato escrito, y a falta del mismo se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos al empresario con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual de la empresa al momento de la realización de la obra⁵⁷.

Asimismo, la mencionada ley se manifiesta expresamente respecto de la titularidad de los derechos de los programas de ordenador en el supuesto del autor empleado, disponiendo en su artículo 97, inciso 4 que: *“Cuando un trabajador asalariado cree un programa de ordenador, en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas o siguiendo las instrucciones de su empresario, la titularidad de los derechos de explotación correspondientes al programa de ordenador así creado, tanto el programa fuente como el programa objeto, corresponderán, exclusivamente, al empresario, salvo pacto en contrario.”*, y el artículo 99 inciso b) faculta al titular a realizar: *“la traducción, adaptación, arreglo o cualquier otra transformación de un programa de ordenador y la reproducción de los resultados de tales actos, sin perjuicio de los derechos de la persona que transforme el programa de ordenador”*, en concordancia con la Directiva 91/250/CEE de la Comunidad Europea.

Es decir que, según la legislación española, a falta de pacto por escrito en contrario, se considera que el autor ha cedido a su empleador los derechos de explotación de la obra con el alcance necesario para el ejercicio habitual de la empresa, sin que pueda el empleador darle un uso distinto sin autorización del autor empleado. Con respecto a los programas de computación, en cambio, la ley establece que directamente la titularidad de los derechos de explotación (sin limitación expresa alguna) corresponderán al empleador, quien incluso estará facultado para ejercer ciertos derechos morales.

Por último, es de destacar el artículo 47 de la mencionada ley, que establece: *“Si en la cesión a tanto alzado se produjese una manifiesta desproporción entre la remuneración del autor y los beneficios obtenidos por el cesionario, aquél podrá pedir la revisión del contrato y, en defecto de acuerdo, acudir al Juez para que fije una remuneración*

⁵⁷ Artículo 51 Ley de Propiedad Intelectual de España: *“1. La transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se regirá por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito.- 2. A falta de pacto escrito, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral.- 3. En ningún caso podrá el empresario utilizar la obra o disponer de ella para un sentido o fines diferentes de los que se derivan de lo establecido en los dos apartados anteriores.- 4. Las demás disposiciones de esta Ley serán, en lo pertinente, de aplicación a estas transmisiones, siempre que así se derive de la finalidad y objeto del contrato.- 5. La titularidad de los derechos sobre un programa de ordenador creado por un trabajador asalariado en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones de su empresario se regirá por lo previsto en el apartado 4 del artículo 97 de esta Ley.”*

equitativa, atendidas las circunstancias del caso. Esta facultad podrá ejercitarse dentro de los diez años siguientes al de la cesión". Si bien este artículo no se refiere expresamente a las obras encargadas dentro de la relación de dependencia, nada obsta que el trabajador asalariado solicite la revisión del contrato cuando la remuneración no resulte ser proporcional con los beneficios obtenidos por la explotación de la obra por parte del empleador⁵⁸.

FRANCIA

La legislación francesa al indicar que *"La existencia o la conclusión de un contrato de alquiler de obra o de servicio por parte del autor de una obra del intelecto humano no implica menoscabo alguno del disfrute del derecho reconocido en el apartado primero"*⁵⁹ (el apartado primero establece que *"el autor de una obra del intelecto humano goza sobre la misma, por el solo hecho de su creación, de un derecho de propiedad incorporeal exclusivo y oponible a todos"*), deja en claro que no considera, en principio, que el autor de una obra realizada por encargo haya cedido derecho autoral alguno.

Luego, se expresa específicamente sobre el software en el artículo L113-9 del Código de Propiedad Intelectual de Francia, al establecer que: *"Salvo disposiciones estatutarias o estipulaciones en contrario, los derechos patrimoniales sobre los programas de ordenador y su documentación creados por uno o varios trabajadores asalariados en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones del empresario, se atribuirán a este último, quien será el único capacitado para ejercerlos.- Todos los desacuerdos que surjan acerca de la aplicación del presente artículo se someterán al Tribunal de Gran Instancia de la sede social del empresario.- Lo dispuesto en el apartado primero del presente artículo también será aplicable al personal de la Administración Pública, de las entidades públicas y de los establecimientos públicos de carácter administrativo"*.

Asimismo, el artículo L121-7 del citado código francés, dispone que: *"Salvo estipulación en contrario más favorable para el autor de un programa de ordenador, éste no podrá: 1° Oponerse a la modificación del programa de ordenador por parte del cesionario de los derechos mencionados en el apartado 2° del artículo L. 122-6, siempre y cuando ésta no perjudique su honor ni su reputación; 2° Ejercer su derecho de revocación o de retracto"*. Por último, el apartado 2 del artículo L 122-6 mencionado, se refiere a *"la traducción, la adaptación, la enmienda o cualquier otra modificación de un programa de ordenador y la consiguiente reproducción de este programa"*.

⁵⁸ URIBE CORZO, María Carolina. *El derecho de autor en las obras creadas por encargo y en el marco de una relación laboral*. Revista La Propiedad Inmaterial. 10-11 (nov. 2007), Universidad Externado de Colombia, Bogotá; páginas 62 y 63.

⁵⁹ Artículo L111-1, apartado tercero, del Código de Propiedad Intelectual de Francia.

Como vemos, el código citado en primer lugar deja aclarado que el hecho de la realización de una obra por encargo no implica un menoscabo en los derechos sobre la misma por parte del autor. Luego se refiere específicamente al supuesto de las obras realizadas por encargo en relación de dependencia sobre programas de computación, en concordancia con la Directiva 91/250/CEE de la Comunidad Europea.

BÉLGICA

Según lo dispuesto por la legislación belga, aún en el supuesto de obras creadas por encargo en relación de dependencia los autores asalariados conservarán la propiedad de la obra, salvo que exista una estipulación expresa que transfiera los derechos al empleador y que la creación de la obra esté dentro del alcance del contrato⁶⁰. Es decir que, contrariamente a lo dispuesto en otras legislaciones (en especial, latinoamericanas, como veremos a continuación), en este tipo de obras, ante ausencia de pacto expreso entre las partes, la propiedad de la obra corresponderá al autor asalariado.

En el caso de existir una estipulación expresa en este sentido, el autor empleado conservará los derechos morales y será nula la cláusula por la cual el autor asalariado renuncie en forma genérica al ejercicio de los mismos. Del mismo modo, a pesar de cualquier renuncia, se reserva el derecho de oponerse a cualquier deformación, mutilación, modificación de la obra, perjudicial para su honor o su reputación⁶¹.

El Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, con fecha 16 de octubre de 1996, en el caso “AGIPB, SAJ, SOFAM Y OTROS VS. CENTRAL STATION”, más allá de condenar a la empresa demandada por difundir artículos de prensa sin mencionar el nombre de su autor, también determinó que “...cuando no se precisa otra cosa, el empleador no es cesionario sino de los derechos pecuniarios que corresponden estrictamente a la actividad comercial o industrial de su empresa; el autor-empleado conserva por lo tanto los derechos pecuniarios que van más allá de la actividad normal del patrono”.

En cambio, se considerará al empleador como titular de los derechos económicos en las obras creadas por encargo en relación de dependencia sobre programas de

⁶⁰ Artículo 167 § 3 del Código de Derecho Económico de Bélgica: “Cuando las obras son creadas por un autor en ejecución de un contrato de trabajo o un estatuto, los derechos económicos pueden transferirse al empleador siempre que la transferencia de derechos esté expresamente prevista y que la creación del trabajo esté dentro del alcance del contrato o el estatuto...”.

⁶¹ Artículo 165 § 2 del Código de Derecho Económico de Bélgica: “El autor de una obra literaria o artística disfruta de un derecho moral inalienable sobre ella. La renuncia general al ejercicio futuro de este derecho es nula. (...) A pesar de cualquier renuncia, se reserva el derecho de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de este trabajo o cualquier otro ataque al mismo trabajo, perjudicial para su honor o su reputación”.

computación⁶², en concordancia con la Directiva 91/250/CEE de la Comunidad Europea.

ALEMANIA

La legislación alemana no establece ninguna presunción de transferencia de los derechos patrimoniales a favor del empleador, sino que sólo lo hace, en concordancia con la Directiva 91/250/CEE de la Comunidad Europea, al referirse a los programas de computación, a través del artículo 69b de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos alemana, estableciendo que: *“Cuando un empleado cree un programa informático en el desempeño de sus funciones o siguiendo instrucciones de su empleador, el empleador tendrá derecho exclusivo a ejercer todos los derechos patrimoniales sobre el programa informático, a menos que se convenga lo contrario...”*. Incluso, el artículo 69c le confiere al titular (empleador) autorización para ejercer ciertos derechos morales⁶³.

Asimismo, en el caso de cesión de derechos patrimoniales, la ley puede incluso otorgar una remuneración adicional a los autores (en este caso, trabajadores asalariados) en los supuestos que la utilización de las obras creadas impliquen una ganancia desproporcionada a favor del cesionario (en este caso, empleador⁶⁴).

REINO UNIDO

La sección 11 inciso 2 de la Ley de Derechos de Autor, Diseños y Ley de Patentes de 1988 de Reino Unido, establece que: *“Cuando una obra literaria, dramática, musical o artística, o una película, sea hecha por un empleado en el curso de su empleo, su empleador será el primer titular de cualquier derecho de autor sobre la obra, a reserva de todo acuerdo en contrario.”*

Es decir que, salvo acuerdo en contrario, se considerará al empleador como primer titular de la obra, pero siempre y cuando haya sido realizada en *“el curso de su empleo”*.

⁶² Artículo 296 del Código de Derecho Económico de Bélgica: *“A menos que se estipule lo contrario en el contrato o estatuto, se presume que el empleador es el cesionario de los derechos económicos relacionados con los programas informáticos creados por uno o más empleados o agentes en el ejercicio de sus funciones o de acuerdo con las instrucciones de su empleado”*.

⁶³ Artículo 69c inciso 2 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos de Alemania: *“El titular del derecho tendrá el derecho exclusivo de realizar o autorizar los siguientes actos:... 2. La traducción, adaptación, disposición y otras modificaciones de un programa informático, así como la reproducción de los resultados del mismo...”*

⁶⁴ El artículo 32a, inciso 1 de la mencionada Ley alemana dispone: *“Cuando el autor haya otorgado un derecho de uso a otra parte en condiciones que, teniendo en cuenta toda la relación del autor con la otra parte, resulte en que la remuneración acordada sea notoriamente desproporcionada con los ingresos y beneficios derivados del uso de la obra, la otra parte estará obligada, a solicitud del autor, a dar su consentimiento a una modificación del acuerdo que le otorgue al autor una participación equitativa adicional apropiada a las circunstancias. No será relevante si las partes del acuerdo habían previsto o podrían haber previsto el monto de los ingresos o beneficios obtenidos”*.

Por lo que no es suficiente que la obra haya sido creada por un empleado, sino que se requiere además que se cree mientras realiza sus labores habituales para la cuales fue contratado.

PAÍSES BAJOS

El artículo 7 de la Ley de Derechos de Autor de los Países Bajos⁶⁵ establece que, salvo pacto en contrario, se considera al empleador como autor de las obras creadas por encargo en relación de dependencia. No obstante, conforme lo señala la Dra. Anna Gevers Deynoot⁶⁶, para que se considere al empleador como autor de las obras creadas por encargo en relación de dependencia se necesita cumplir con ciertos requisitos, tales como la existencia de un contrato de trabajo, que el autor asalariado haya sido contratado para tales fines, y no debe haber pacto en contrario entre las partes.

Asimismo, el artículo 25d de la ley mencionada otorga la posibilidad del autor asalariado de reclamar una compensación adicional en el supuesto que los ingresos generados por la explotación de la obra creada por encargo sean desproporcionados a la remuneración percibida, al establecer que: *“1. El creador puede reclamar una compensación justa adicional en el tribunal de su contraparte, si la compensación acordada, en vista del desempeño mutuo, es seriamente desproporcionada en relación con los ingresos de la explotación del trabajo...”*.

PORTUGAL

El Código de Derechos de Autor y Derechos Conexos de Portugal, en su artículo 14 establece que en el caso de las obras creadas por encargo, ya sea en cumplimiento de un deber funcional o en relación de dependencia, la propiedad de los derechos de autor se determina de acuerdo a lo pactado con las partes, y en ausencia de estipulación la propiedad pertenecerá al autor (es decir, en el caso que nos ocupa, al autor asalariado). Incluso, el mismo artículo estipula también que en los supuestos que la propiedad intelectual pertenezca al empleador (es decir, que exista un pacto expreso entre las partes), en los casos que la creación intelectual exceda la tarea para la cuál fue contratado el autor empleado podrá exigir una remuneración adicional⁶⁷.

⁶⁵ Artículo 7 de la Ley de Derechos de Autor de los Países Bajos: *“Si el trabajo realizado al servicio de otro consiste en la producción de ciertas obras de literatura, ciencia o arte, entonces, a menos que las partes hayan acordado lo contrario, se considera que el creador de esas obras es la persona a cuyo servicio se crean las obras”*.

⁶⁶ GEVERS DEYNOTT, Anna. *¿Derechos de autor con el empleador o empleado?* Rechtenieuws.nl, publicado el 21 de junio de 2010.

⁶⁷ Artículo 14 del Código de Derechos de Autor y Derechos Conexos de Portugal: *“1- Sin perjuicio de las disposiciones del artículo 174, la propiedad de los derechos de autor en el trabajo realizado por encargo o*

El mismo código, en referencia a las obras creadas por encargo en el marco del trabajo periodístico, establece en su artículo 174: “1 - Los derechos de autor sobre el trabajo periodístico producido en cumplimiento de un contrato de trabajo que incluye la identificación de la autoría, mediante firma u otros medios, pertenecen al autor.... -4 - Si los trabajos referidos no están firmados o no contienen identificación del autor, los derechos de autor sobre ellos se atribuirán a la empresa a la que pertenece el periódico o la publicación a la que pertenecían, y solo con su autorización podrán ser publicados por separado por quienes los escribieron.”. Es decir, que en el supuesto de obras creadas por encargo en el marco del trabajo periodístico, si las obras están firmadas o identifican al autor, serán propiedad del autor asalariado. Y pertenecerán al empleador sólo en el supuesto de obras sin firmar.

MÉXICO

El artículo 84 de la Ley Federal del Derecho de Autor establece: “Cuando se trate de una obra realizada como consecuencia de una relación laboral establecida a través de un contrato individual de trabajo que conste por escrito, a falta de pacto en contrario, se presumirá que los derechos patrimoniales se dividen por partes iguales entre empleador y empleado.- El empleador podrá divulgar la obra sin autorización del empleado, pero no al contrario. A falta de contrato individual de trabajo por escrito, los derechos patrimoniales corresponderán al empleado”.

Por su parte, la primera parte del artículo 103 de dicha norma, en relación a la titularidad sobre los programas de computación, establece que: “Salvo pacto en contrario, los derechos patrimoniales sobre un programa de computación y su documentación, cuando hayan sido creados por uno o varios empleados en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones del empleador, corresponden a éste”. Por lo tanto, según la legislación mexicana, la titularidad de los derechos patrimoniales respecto de los programas de computación, salvo pacto en contrario, pertenece al empleador, siempre y cuando hayan sido creados por empleados en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones del empleador.

Asimismo, respecto de las restantes obras realizadas por encargo en relación de

en nombre de otros, ya sea en cumplimiento de un deber funcional o un contrato de trabajo, se determina de acuerdo con lo que ha sido acordado. 2 - En ausencia de una convención, se supone que la propiedad de los derechos de autor en el trabajo realizado para otros pertenece a su creador intelectual. 3 - El hecho de que el nombre del creador de la obra no se mencione o no aparezca en el lugar destinado para tal fin de acuerdo con el uso universal constituye una presunción de que los derechos de autor permanecen con la entidad en cuyo nombre se realiza la obra. 4 - Incluso cuando la propiedad del contenido patrimonial de los derechos de autor pertenece a aquel para quien se realiza el trabajo, su creador intelectual puede exigir, además de la remuneración ajustada e independientemente del hecho mismo de divulgación o publicación, una remuneración especial: a) Cuando la creación intelectual excede claramente el desempeño, aunque celoso, de la función o tarea que se le confía; b) Cuando se va a utilizar el trabajo o los beneficios obtenidos no están incluidos o previstos en el marco de la remuneración ajustada.”

dependencia, la legislación mexicana establece que, salvo pacto en contrario, se presumirá que los derechos patrimoniales corresponden por partes igual al autor empleado y al empleador, y a su vez autoriza al empleador a divulgar la obra sin autorización del autor empleado. Sin embargo, para que esto suceda es necesario que, además que la obra se realice como consecuencia de una relación laboral, se haya firmado un contrato individual de trabajo que conste por escrito; caso contrario, la obra pertenecerá en su totalidad al autor empleado.

GUATEMALA

El artículo 10 de la Ley de Derecho de Autor de Guatemala (Decreto Número 33-98) establece que *“En las obras creadas para una persona natural o jurídica, por encargo, en cumplimiento de una relación laboral o en ejercicio de una función pública, el titular originario de los derechos morales y patrimoniales es la persona natural que ha creado la obra o ha participado en su creación.- Sin embargo se presume, salvo pacto en contrario, que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido cedidos a favor de quien la encarga o del patrono, según el caso, en los términos y con los límites previstos en el artículo 75 de esta ley, lo que implica además la autorización para el cesionario de divulgarla y ejercer la defensa de los derechos morales necesarios para la explotación de la obra, siempre que no cause perjuicio a la integridad de la misma o a la paternidad del autor”*. Por su parte, el artículo 75 dispone: *“La cesión de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral o por encargo, se regirá por lo pactado en el contrato. A falta de pacto escrito, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del cesionario en el momento de la entrega de la obra realizada”*. Es decir que en las obras realizadas por encargo en relación de dependencia se presume, salvo pacto en contrario, que los derechos patrimoniales han sido cedidos al empleador quien incluso podrá ejercer los derechos morales que sean necesarios para explotar la obra y siempre que no cause perjuicio a la integridad de la misma o a la paternidad del autor.

En relación a los artículos periodísticos creados por empleados en relación de dependencia, el autor empleado no podrá reservarse el derecho de reproducción del artículo periodístico (que se presume cedido al empleador, salvo pacto en contrario), pero conserva sus derechos respecto a la edición independiente de sus producciones en forma de colección⁶⁸.

⁶⁸ Artículo 42 bis Decreto 33-98 de Guatemala: *“Salvo pacto en contrario, la autorización para el uso de artículos en periódicos, revistas u otros medios de comunicación social, otorgada por un autor sin relación de dependencia con la empresa periodística, solo confiere al editor o propietario de la publicación el derecho de insertarlo por una vez, sin perjuicio de los demás derechos patrimoniales del autor o del titular de los mismos.- Si se trata de un autor contratado bajo relación laboral, no podrá éste reservarse el derecho de reproducción del artículo periodístico, que se presumirá cedido a la empresa o medio de comunicación, salvo*

Con respecto a los programas de computación, el artículo 11 de la mencionada ley establece que: *“En los programas de ordenador se presume, salvo pacto en contrario, que el o los autores de la obra han cedido sus derechos patrimoniales al productor, en forma ilimitada y exclusiva, lo que implica la autorización para divulgar la obra y ejercer la defensa de los derechos morales en la medida en que ello sea necesario para la explotación del programa de ordenador.- Se presume, salvo prueba en contrario, que es productor del programa de ordenador la persona natural o jurídica que aparezca indicada como tal en el mismo”*. El artículo 11 bis se refiere a las creaciones de programas de computación de aquellos trabajadores que no habían sido contratados específicamente para crear los mismos, otorgando en este caso un derecho de preferencia al empleador para adquirir la titularidad de los mismos. El trabajador tendrá, por su parte, derecho a una remuneración equitativa o participación en las ganancias⁶⁹.

EL SALVADOR

El artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual de El Salvador, en su inciso d), determina que en los supuestos de las obras creadas por encargo en relación de dependencia el titular originario será el autor, pero se presume, salvo prueba en contrario, cesión de los derechos patrimoniales a favor del empleador en la medida necesaria para realizar las actividades habituales en la época en que la obra ha sido creada⁷⁰.

Con respecto a los derechos sobre programas de computación, el artículo 33 de la mencionada ley dispone: *“El contrato entre los autores del programa de ordenador y el*

pacto en contrario. Sin embargo, el autor conservará sus derechos respecto a la edición independiente de sus producciones en forma de colección.- Lo establecido en este artículo se aplica en forma similar a los dibujos, historietas, gráficos, caricaturas, fotografías y demás obras susceptibles de ser publicadas en periódicos, revistas u otros medios de comunicación social.”

⁶⁹ Artículo 11 bis Decreto 33-98 de Guatemala: *“Cuando un trabajador que no estuviese obligado por su contrato de trabajo a ejercer una actividad que tenga por objeto producir programas de ordenador, produjere un programa de ordenador relacionado con el campo de actividades de su patrono, o mediante la utilización de datos o medios a los que tuviere acceso por razón de su empleo, deberá comunicar inmediatamente este hecho a su patrono por escrito y, a pedido de éste, le proporcionará por escrito la información necesaria sobre la utilidad de su creación.- Si dentro de un plazo de un mes contado a partir de la fecha en la que hubiese entregado dicha comunicación, o de que hubiese tomado conocimiento por cualquier otro medio de la creación del programa de ordenador, aplicándose el plazo que venciere antes, el patrono notifica por escrito al trabajador su interés por obtener los derechos patrimoniales sobre la obra, tendrá derecho preferente para adquirirlos.- En caso que el patrono notificare su interés por la obra, el trabajador tendrá derecho a una remuneración equitativa, o bien a una participación en las ganancias, regalías o rentas producto de la comercialización del programa de ordenador, según se establezca contractualmente entre las partes. En defecto de acuerdo entre las partes, la remuneración será fijada por un juez, por el procedimiento que establece el Código de Trabajo”*.

⁷⁰ Artículo 10, inciso d) de la Ley de Propiedad Intelectual de El Salvador: *“El derecho de autor tiene por titular: ... d) En las obras creadas para una persona natural o jurídica, en cumplimiento de un contrato de trabajo o en ejercicio de una función pública, el titular originario de los derechos morales y económicos es el autor; pero se presume, salvo prueba en contrario, que los derechos económicos sobre la obra han sido cedidos a la persona por cuyo encargo se ha hecho, en la medida necesaria para sus actividades habituales en la época de creación de la obra, lo que implica la autorización para divulgarla”*.

productor, implica la cesión ilimitada y exclusiva a favor de éste de los derechos patrimoniales reconocidos en la presente ley, así como la autorización para decidir sobre su divulgación y la de ejercer los derechos morales sobre la obra, en la medida que ello sea necesario para la explotación de la misma, salvo pacto en contrario”.

HONDURAS

La legislación hondureña en su artículo 19 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos establece que en los casos de las obras creadas por encargo en relación de dependencia el titular originario será el autor, pero se presume, salvo prueba en contrario, cesión de los derechos patrimoniales a favor del empleador en la medida necesaria para realizar las actividades habituales en la época en que la obra ha sido creada, quién incluso tendrá facultad de ejercer ciertos derechos morales necesarios para explotar la misma⁷¹.

PANAMÁ

El artículo 8 de la Ley 64 de Panamá establece: *“En las obras creadas para una persona natural o jurídica, en cumplimiento de un contrato de trabajo o en ejercicio de la función pública, el autor es el titular originario de los derechos morales y patrimoniales, pero se presume, salvo pacto en contrario que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido cedidos al empleador o al ente de Derecho Público, según el caso, solo en la medida necesaria para la explotación de acuerdo con sus actividades habituales en la época de creación de la obra y que se deduzca necesariamente de la naturaleza y objeto del contrato o de la función pública desempeñada, según corresponda, lo que implica igualmente la autorización para que el patrono o ente público pueda divulgar la obra y ejercer la defensa de los derechos morales, en representación del autor, únicamente en cuanto sea necesario para la explotación de la misma.- Las modalidades de utilización no comprendidas en el párrafo anterior permanecerán en cabeza del autor, salvo que se haya estipulado otra cosa en forma expresa.- Se exceptúan de la presunción de cesión a que se refiere el presente artículo las obras creadas en el ejercicio de la docencia, así como las lecciones o conferencias y los informes resultantes de investigaciones realizadas en el ámbito académico, cuyos derechos pertenecerán a los respectivos autores, a menos que se haya estipulado expresamente otra cosa en el contrato respectivo”.*

⁷¹ Artículo 19 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de Honduras: *“En las obras creadas para una persona natural o jurídica en cumplimiento de una relación laboral o en ejercicio de una función pública, el titular originario de los derechos morales y patrimoniales es el autor, pero se presume, salvo pacto en contrario, o disposición reglamentaria, que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido cedidos al empleador o al ente de derecho público, en la medida necesaria para sus actividades habituales en la época de creación de la obra, lo que implica, igualmente, la autorización para divulgarla y ejercer los derechos morales en cuanto sea necesario, para la explotación de la misma”.*

Como podemos ver, la legislación panameña se refiere expresamente a la titularidad de las obras creadas por encargo en relación de dependencia del siguiente modo: salvo en pacto contrario, el autor empleado conservará los derechos patrimoniales y morales, pero se presume la existencia de una cesión al empleador sólo de los derechos patrimoniales necesarios para la explotación de sus actividades habituales en la época de creación de la obra, y autorización para ejercer ciertos derechos morales necesarios para dicha explotación.

VENEZUELA

El artículo 59 de la Ley Sobre el Derecho de Autor de Venezuela establece una presunción, salvo pacto expreso en contrario, de cesión del autor empleado a favor de su empleador en forma ilimitada y por toda duración de los derechos de explotación sobre la obra creada. Pero además, dicha presunción de cesión también comprende autorización para ejercer los derechos morales necesarios para explotar la obra⁷². Para que no queden dudas, el artículo 58 de la mencionada ley otorga facultad del autor de revocar la cesión, salvo que se trate de obras creadas bajo relación de dependencia.

Por lo tanto, en Venezuela expresamente se considera que la titularidad de una obra creada en relación de dependencia, salvo pacto en contrario, pertenece al empleador, quien incluso podrá ejercer los derechos morales enunciados en el artículo 21 de dicha ley (autorizar traducciones, adaptaciones u otras modificaciones, etc.).

COLOMBIA

El artículo 20 de la Ley 23 de 1982 establecía que: *“Cuando uno o varios autores, mediante contrato de servicios, elaboren una obra según plan señalado por persona natural o jurídica y por cuenta y riesgo de ésta, solo percibirán, en la ejecución de ese plan, los honorarios pactados en el respectivo contrato. Por este solo acto, se entiende que el autor o autores transfieren los derechos sobre la obra, pero conservarán las prerrogativas consagradas en el artículo 30 de la presente Ley, en sus literales a), y b).”* Como podemos ver, la legislación colombiana expresamente establecía que el autor transfiere los derechos sobre la obra (a cambio de la percepción de los honorarios pactados), pero conservará ciertos derechos morales, contemplados en los inciso a) y b) del

⁷² Artículo 59 Ley Sobre el Derecho de Autor de Venezuela: *“Se presume, salvo pacto expreso en contrario, que los autores de las obras creadas bajo relación de trabajo o por encargo, han cedido al patrono o al comitente, según los casos, en forma ilimitada y por toda su duración, el derecho exclusivo de explotación definido en el artículo 23 y contenido en el Título II de esta Ley. - La entrega de la obra al patrono o a quien encarga la creación, según corresponda, implica la autorización para que éstos puedan divulgarla, así como para ejercer los derechos a que se refieren los artículos 21 y 24 de esta Ley y la de defender los derechos morales, en cuanto sea necesario para la explotación de la obra...”*

artículo 30 de ley citada⁷³.

La constitucionalidad de este artículo fue cuestionada legalmente en el caso MARÍA TERESA GARCÉS LLOREDA⁷⁴, pero la Corte Constitucional se pronunció a favor del mismo, entendiendo que el mencionado artículo debe interpretarse en el sentido que el legislador introdujo una presunción legal salvo estipulación en contrario de los derechos patrimoniales. Es decir que dicho artículo sólo se aplica supletoriamente para el supuesto que no exista estipulación entre las partes, y aplica sólo a los derechos patrimoniales.

Asimismo, debemos tener en cuenta que la Dirección Nacional de Derechos de Autor en el concepto Nro. 1-2004-21716 el 31 de diciembre de 2004 interpretó que este artículo se refiere a los contratos de prestación de servicios, pero no a los contratos de trabajo. Sin embargo, dicha interpretación ha sido cuestionada por el Dr. Ríos Ruiz⁷⁵ por contradecir el artículo 10 de la Decisión Andina 351 de 1993, del cual Colombia forma parte.

Dicha discusión interpretativa se tornó abstracta con la sanción de la Ley 1450 de 2011, que modificó el citado artículo 20 de la Ley 23 de 1982 por el siguiente: *“En las obras creadas para una persona natural o jurídica en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo, el autor es el titular originario de los derechos patrimoniales y morales; pero se presume, salvo pacto en contrario, que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido transferidos al encargado o al empleador, según sea el caso, en la medida necesaria para el ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación de la obra. Para que opere esta presunción se requiere que el contrato conste por escrito. El titular de las obras de acuerdo a este artículo podrá intentar directamente o por intermedia persona acciones preservativas contra actos violatorios de los derechos morales informando previamente al autor o autores para evitar duplicidad de acciones”*, artículo que se condice con lo dispuesto en la Decisión Andina.

En lo referente a las obras colectivas creadas en relación de laboral, la mencionada Ley 23 de 1982 se refiere a las mismas en supuesto en los cuáles no puede establecerse el

⁷³ Artículo 30 de Ley 23 de 1982 de Colombia: *“El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para: A) Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta Ley. B) A oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por esto.-...”*

⁷⁴ Sentencia C-276 de 1996; Corte Constitucional; 20/06/1996.

⁷⁵ RÍOS RUÍZ, Wilson Rafael. *El concepto de la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado frente a la obra futura y por encargo creada en virtud de una relación laboral y de un contrato de prestación de servicios*. La Propiedad Inmaterial Nro. 13, (2009), Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

aporte de cada uno de los autores⁷⁶.

PERÚ

El Decreto Legislativo 822 (Ley sobre el Derecho de Autor) se refiere a la titularidad de las obras creadas en relación de dependencia en su artículo 16, y en el segundo párrafo dispone que: “*A falta de estipulación contractual expresa, se presume que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido cedidos al patrono o comitente en forma no exclusiva y en la medida necesaria para sus actividades habituales en la época de la creación, lo que implica, igualmente, que el empleador o el comitente, según corresponda, cuentan con la autorización para divulgar la obra y defender los derechos morales en cuanto sea necesario para la explotación de la misma*”.

Por lo tanto, en Perú también expresamente se considera que la titularidad de una obra creada en relación de dependencia, salvo pacto en contrario, pertenece al empleador, quien incluso podrá ejercer los derechos morales necesarios para la explotación de la misma. Dicha normativa se condice con el artículo 10 de la Decisión Andina 351 de 1993, del cual Perú forma parte, y que como habíamos visto establece que el empleador ejercerá la titularidad de las obras creadas por encargo, salvo prueba en contrario.

ECUADOR

El artículo 16 de la Ley de Propiedad Intelectual de Ecuador establece que “*salvo pacto en contrario o disposición especial contenida en el presente libro, la titularidad de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral corresponderá al empleador, quien estará autorizado a ejercer los derechos morales para la explotación de la obra...*”.

Como vemos, en Ecuador también expresamente se considera que la titularidad de una obra creada en relación de dependencia, salvo pacto en contrario, pertenece al empleador, quien incluso podrá ejercer los derechos morales necesarios para la explotación de la misma. Dicha normativa se condice con el artículo 10 de la Decisión Andina 351 de 1993, del cual Ecuador también forma parte.

PARAGUAY

El artículo 14 de la Ley 1328 se refiere a la titularidad de las obras creadas en relación de dependencia y en el segundo párrafo establece: “*A falta de estipulación contractual expresa, se presumirá que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido*

⁷⁶ Artículo 92 Ley 23 de 1982 de Colombia: “*Las obras colectivas, creadas dentro de un contrato laboral o de arrendamiento de servicios, en las que sea imposible identificar el aporte individual de cada una de las personas naturales que en ellas contribuyen, tendrán por titular de los derechos de autor al editor o persona jurídica o natural por cuya cuenta y riesgo ellos se realizan.*”

cedidos al patrono o al comitente, según los casos, en la medida necesaria para sus actividades habituales en la época de la creación, lo que implica, igualmente, que el empleador o el comitente, según corresponda, cuenta con la autorización para divulgar la obra y ejercer los derechos morales en cuanto sea necesario para la explotación de la misma”.

La legislación paraguaya, al igual que como hemos visto en otras legislaciones latinoamericanas, también expresamente considera que la titularidad de una obra creada en relación de dependencia, salvo pacto en contrario, pertenece al empleador, quien incluso podrá ejercer los derechos morales necesarios para la explotación de la misma.

ESTADOS UNIDOS

De acuerdo al principio general del sistema del copyright, en las obras realizadas por encargo (“*works made for hire*”) se considera autor de la misma al empleador o comitente y posee todos los derechos del copyright, salvo convención en contrario, tal como lo establece el artículo 201 inciso b)⁷⁷. El fundamento principal, tal como lo explica la Dra. Uribe Corzo⁷⁸, es la intervención del empleador en el proceso de creación de las obras, al cubrir los costos, asumir los riesgos, y ejercer un control sobre el autor empleado, a quien le abona una remuneración por su trabajo.

No obstante, no podemos dejar de lado que el artículo 101 de la ley estadounidense define a la obra por encargo en relación de dependencia como “*una obra preparada por un trabajador dentro del ámbito de su empleo*”.

En el caso “COMMUNITY FOR CREATIVE NON-VIOLENCE V. REID”, en el cuál se discutía la titularidad de una obra (escultura) realizada por el Sr. James Earl Reid, contratado a tales fines por la Community for Creative Non-Violence, el Tribunal Supremo estadounidense en el año 1989 determinó el Sr. Reid era un contratista independiente y no un empleado en relación de dependencia, por lo cual la propiedad de la obra debería pertenecer al Sr. Reid, al menos en parte. Asimismo, el mencionado Tribunal Supremo en el citado fallo, a los fines de dar claridad a la figura, describió once factores determinantes para establecer si alguien debe ser considerado como contratista independiente o empleado, entre los que se encuentran determinar el derecho de la parte contratada a controlar la manera y los medios por los cuales se logra el producto; la habilidad requerida; la fuente de los instrumentos y herramientas; la ubicación del trabajo; la duración de la relación entre

⁷⁷ Artículo 201 inc. b) de la Copyright Law de Estados Unidos: “*En el caso de una obra realizada por encargo, el empleador u otra persona para la que se preparó la obra se considera el autor a los efectos de este título y, a menos que las partes hayan acordado expresamente lo contrario en un instrumento escrito firmado por ellos, es el propietario de todo de los derechos comprendidos en los derechos de autor*”.

⁷⁸ URIBE CORZO, María Carolina. *Op. cit. nota 58*, página 56.

las partes; si la parte contratante tiene derecho a asignar proyectos adicionales a la parte contratada; el alcance de la discreción de la parte contratada sobre cuándo y cuánto tiempo trabajar; la forma de pago; el papel de la parte contratada en la contratación y el pago de asistentes; si el trabajo es parte del negocio habitual de la parte contratante; si la parte contratante está en el negocio; la provisión de beneficios para empleados; y el tratamiento fiscal de la parte contratada. En base a dichos factores, el Tribunal concluyó que el Sr. Reid no era un empleado, ya que fue contratado sólo para una tarea por un tiempo limitado, trabajó con sus propios materiales, y antes de la contratación era ya un escultor experto.

Por lo tanto, según la normativa estadounidense, las obras realizadas por encargo en relación de dependencia son de propiedad del empleador (quien es considerado autor de la obra), salvo convención en contrario, y siempre y cuando la misma se hayan realizado dentro del ámbito de su empleo (es decir, dentro de la jornada laboral, lugar de trabajo, y realizando la tarea para la cual fue contratado el autor empleado).

IV.- JURISPRUDENCIA NACIONAL RELACIONADA

I. Ya en el año 1961 la Corte Suprema de Justicia de la Nación se había pronunciado en el caso “SILVA CARLOS C NACIÓN ARGENTINA”⁷⁹ dictaminando que la realización de trabajos del actor (se trataba de un funcionario público) inherentes a la función que justifican el sueldo asignado, no puede dar lugar a otro crédito, es decir que no cabe admitir otra compensación al margen de su remuneración.

II. En el caso “SZABÓ, LADISLAO C. REMINGTON RAND SUDAMERICANA S.A.”⁸⁰, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Sala B, en el año 1963 dictaminó en relación a una obra por encargo en relación de dependencia que si bien los derechos morales de la obra intelectual corresponden a su creador, pertenece al empleador el plan publicitario que fue concebido dentro de las obligaciones por el empleado, con las típicas características del contrato laboral, ya que éste ha obtenido mediante la compensación económica mensual la retribución de su trabajo intelectual, producido en ocasión de servicio y dentro de sus funciones. Para así decidir, el Tribunal consideró que el plan publicitario concretado en un memorándum creado por el autor empleado fue dentro de una de sus funciones principales de trabajo, ya que se desempeñaba ocupando el cargo de jefe de publicidad y siendo una de sus labores habituales la de aportar ideas y planes publicitarios a la sociedad empleadora. También consideró que dicho plan publicitario

⁷⁹ “SILVA CARLOS ALBERTO C/ LA NACIÓN S/ COBRO DE PESOS”, 22/02/1961, CSJN, Fallos, 249:140, año 1961

⁸⁰ “SZABÓ, LADISLAO C. REMINGTON RAND SUDAMERICANA S.A.”; 22/07/1963; CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, SALA B; Cita Online: 35022776

guardaba directa relación con la naturaleza de la relación laboral ya que, fue hecho a medida de la accionada.

Para decidir que la propiedad de la obra le pertenece al empleador, tuvo en cuenta lo dispuesto en los supuestos de colaboraciones anónimas, por tratarse de “*contribuciones por encargo*” (artículo 16 de la Ley 11.723) o “*adquiridas*” (artículo 28 de la citada ley). Debemos tener en cuenta que a la época del fallo (año 1963) no se había incorporado el inciso d) al artículo 4 de la ley nombrada. Sin embargo, y lo que aquí nos interesa, es que a los fines de resolver y a falta de una regulación específica, se utilizaron artículos para supuestos análogos.

También resulta muy interesante el voto del Dr. Fliess, quien a pesar de haber rechazado la demanda (por los razonamientos ya mencionados) realizó un llamado a la conciencia a la demandada solicitando que “*contemplan moralmente la equidad de una gratificación suplementaria por el valiosísimo aporte que significó y que podrá seguir significando para la empresa las ideas y el plan publicitario de Ladislao Szabó*”.

III. En el caso “BARREA, OSVALDO RUBÉN C. BCO. DE SANTA FE S.A. Y OTRO”⁸¹, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala III, en el año 2008, hizo lugar al reclamo iniciado por el autor de un programa de computación por los daños generados por la utilización no autorizada por parte de sus ex empleadores. Para así decidir, consideró que si bien el programa de computación había sido creado en la época en la cual el actor prestaba tareas en relación de dependencia de la demandada y que el artículo 4 inciso d) de la ley 11.723 otorga la titularidad del empleador sobre obras de software creadas por sus dependientes que hayan sido contratados para tal fin, la demandada no acreditó que el actor haya sido contratado para realizar programas de computación ni que lo haya hecho dentro del ámbito laboral, por lo que éste conservaba la titularidad sobre dicho programa, y a su vez la demandada continuó utilizando el mismo a pesar que el actor le había notificado al desvincularse que no lo autorizaba a seguir utilizando el programa en cuestión.

IV. En los sumarios del caso “RIES CENTENO, CARLOS FERNANDO C. ARTE RADIOTELEVISIVO ARGENTINO S.A.”⁸² del año 2015 de la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, se estableció que “*Conforme el art. 12 de la ley 11.723, la obra intelectual creada bajo el contrato de empleo confiere la titularidad de*

⁸¹ “BARREA, OSVALDO RUBÉN C/ BCO. DE SANTA FE S.A. Y OTRO”; 03/06/2008; CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE ROSARIO, SALA III; Cita Online: AR/JUR/7782/2008

⁸² “RIES CENTENO, CARLOS FERNANDO C. ARTE RADIOTELEVISIVO ARGENTINO S.A.”; 30/04/2015; CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, SALA M; Cita Online: AR/JUR/24311/2015.

aquella a la persona física o jurídica que asumió la iniciativa y responsabilidad económica de la creación.” y que “La aplicación analógica del art. 4 de la ley 11.723, que dispone la titularidad de las obras de software al empleador de su creador, siendo la analogía una regla de interpretación legalmente reconocida en los arts. 2 y 3 del Código Civil y Comercial de la Nación, no es necesaria para juzgar el caso de la producción de una obra documental realizada por el dependiente de una productora televisiva, cuando la norma da la solución a través de su art. 12.”. El caso en cuestión se trataba de una obra audiovisual sobre un documental de guerra, que los magistrados entendieron que fue hecha en ocasión del contrato de trabajo, con materiales provistos por el empleador, y confiere la titularidad de la misma a su empleador.

Como se puede observar, la jurisprudencia nacional ha evolucionado en el sentido de considerar al empleador como titular de la obra por encargo realizada en relación de dependencia, no sólo en los programas de computación, sino en las restantes obras. Lo que será vinculante para resolver si las titularidades de las obras pertenecen al empleador o al autor asalariado no será determinar de qué tipo de obras se trata (si es o no un programa de computación), sino cómo fueron creadas, es decir acreditar que el empleado ha sido contratado específicamente para la creación de dichas obras, y que la creación se produjo dentro del ámbito laboral (dentro de la jornada laboral, tareas habituales del trabajador, con materiales y directivas provistas por el empleador, etc.).

V.- POSIBLES SOLUCIONES PARA BRINDAR UNA PROTECCIÓN ADECUADA DE DERECHOS

Con miras a lograr la seguridad jurídica que de forma clara determine a los empleadores y trabajadores saber con certeza el alcance de sus derechos patrimoniales y morales de las obras realizadas por encargo en relación de dependencia, necesitamos una regulación comprensiva al respecto.

Quizá hubiera sido conveniente, al introducir el inciso d) en el artículo 4 de la ley 11.723 mediante la ley 25.036 del 11 de noviembre de 1998, hacer extensivo el mismo a la totalidad de las obras creadas por encargo en relación de dependencia, o en todo caso regular expresamente las distintas situaciones que pudieren suscitarse al respecto. O quizá sería esclarecedor que la legislación laboral se expida expresamente sobre la titularidad de las obras realizadas por encargo en relación de dependencia del modo que sí lo ha hecho respecto de las patentes de invención en sus artículos 82 y 83⁸³ (y posteriormente el artículo

⁸³ Art. 82 Ley 20.744: “Las invenciones o descubrimientos personales del trabajador son propiedad de éste, aun cuando se haya valido de instrumentos que no le pertenecen.- Las invenciones o descubrimientos que se deriven de los procedimientos industriales, métodos o instalaciones del establecimiento o de

10 de la Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad⁸⁴).

Lamentablemente ello no ha sucedido, por lo que, mientras no exista una regulación específica sobre las distintas situaciones que pueden suscitarse respecto de la creación de las obras encargadas en relación de dependencia, tanto los autores como los empleadores deberán tomar recaudos a los fines de lograr una protección adecuada de sus derechos.

a) A favor del autor empleado

En primer lugar, debemos tener en cuenta que al no haber una regulación comprensiva sobre las obras creadas en relación de dependencia, y considerando que nada obsta la estipulación privada entre las partes siempre y cuando, claro está, no disminuya los derechos del autor empleado⁸⁵ ni afecte derechos irrenunciables⁸⁶, lo aconsejable es la

experimentaciones, investigaciones, mejoras o perfeccionamiento de los ya empleados, son propiedad del empleador.- Son igualmente de su propiedad las invenciones o descubrimientos, fórmulas, diseños, materiales y combinaciones que se obtengan habiendo sido el trabajador contratado con tal objeto.”

Art. 83 Ley 20.744: *“El empleador deberá ser preferido en igualdad de condiciones a los terceros, si el trabajador decidiese la cesión de los derechos a la invención o descubrimiento, en el caso del primer párrafo del artículo 82 de esta ley.- Las partes están obligadas a guardar secreto sobre las invenciones o descubrimientos logrados en cualquiera de aquellas formas.”*

⁸⁴ Artículo 10 Ley 24.481: *“Invenciones desarrolladas durante una relación laboral:- a) Las realizadas por el trabajador durante el curso de su contrato o relación de trabajo o de servicios con el empleador que tengan por objeto total o parcialmente la realización de actividades inventivas, pertenecerán al empleador. - b) El trabajador, autor de la invención bajo el supuesto anterior, tendrá derecho a una remuneración suplementaria por su realización, si su aporte personal a la invención y la importancia de la misma para la empresa y empleador excede de manera evidente el contenido explícito o implícito de su contrato o relación de trabajo. Si no existieran las condiciones estipuladas en el inciso a), cuando el trabajador realizara una invención en relación con su actividad profesional en la empresa y en su obtención hubieran influido predominantemente conocimientos adquiridos dentro de la empresa o la utilización de medios proporcionados por ésta, el empleador tendrá derecho a la titularidad de la invención o a reservarse el derecho de explotación de la misma. El empleador deberá ejercer tal opción dentro de los NOVENTA (90) días de realizada la invención.- c) Cuando el empresario asuma la titularidad de una invención o se reserve el derecho de explotación de la misma, el trabajador tendrá derecho a una compensación económica justa, fijada en atención a la importancia industrial y comercial del invento, teniendo en cuenta el valor de los medios o conocimientos facilitados por la empresa y los aportes del propio trabajador, en el supuesto de que el empleador otorgue una licencia a terceros, el inventor podrá reclamar al titular de la patente de invención el pago de hasta el CINCUENTA POR CIENTO (50 %) de las regalías efectivamente percibidas por éste.- d) Una invención industrial será considerada como desarrollada durante la ejecución de un contrato de trabajo o de prestación de servicios, cuando la solicitud de patente haya sido presentada hasta UN (1) año después de la fecha en que el inventor dejó el empleo dentro de cuyo campo de actividad se obtuvo el invento.- e) Las invenciones laborales en cuya realización no concurren las circunstancias previstas en los incisos a) y b), pertenecerán exclusivamente al autor de las mismas.- f) Será nula toda renuncia anticipada del trabajador a los derechos conferidos en este artículo”.*

⁸⁵ Artículo 7 Ley 20.744: *“Las partes, en ningún caso, pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las dispuestas en las normas legales, convenciones colectivas de trabajo o laudo con fuerza de tales, o que resulten contrarias a las mismas. Tales actos llevan aparejada la sanción prevista en el artículo 44 de esta ley”.*

⁸⁶ Artículo 12 Ley 20.744: *“Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción”.*

realización de un pacto en tal sentido entre las partes.

Debemos ser realistas y sabemos que muchas veces el trabajador se encuentra en una situación desventajosa⁸⁷ de negociación con respecto al empleador. Dicha situación no es diferente en el supuesto del autor empleado, por lo que somos conscientes que la posibilidad de realizar estipulaciones privadas con su empleador será difícil en muchos casos, en especial en aquellos en los cuales el autor empleado tenga necesidades alimentarias de urgencia que no le permitan siquiera intentar negociar con su empleador distintas condiciones laborales que las establecidas. Por esto reiteramos sobre la necesidad de una normativa que de forma clara determine con certeza sobre el alcance de los derechos patrimoniales y morales de las obras realizadas por encargo en relación de dependencia.

No obstante, como al día de la fecha esto no ha sucedido, creemos conveniente que el autor asalariado para salvaguardar sus derechos deba suscribir un convenio con su empleador sobre los siguientes puntos:

- Determinación de las obras: En primer lugar, está claro que una eventual cesión de titularidad del autor empleado a favor de su empleador no podrá interpretarse sobre la totalidad de las obras que cree en un determinado tiempo, ya que, en todo caso, debería serlo sólo sobre las obras creadas para las cuáles fue específicamente contratado, teniendo en cuenta la real actividad habitual de la empresa al momento de la contratación. No obstante ello, es conveniente para el autor asalariado dejar expresamente establecido cuáles serán las obras sobre las que cederá derechos al empleador.

- Derechos del trabajador: Es recomendable que quede estipulado cuáles serán los derechos del trabajador asalariado de manera clara y concisa sobre las obras por él creadas.

- Ejercicio de los derechos morales: Más allá de las discusiones que puedan tornarse al respecto sobre la irrenunciabilidad o no de los derechos morales en las obras creadas por encargo en relación de dependencia, es recomendable para el trabajador asalariado que se estipule expresamente que la cesión que realice al empleador sobre las obras por él creadas no comprenderán los derechos morales, los cuáles quedarán en poder del autor, y que el empleador se encargará de respetar los mismos indicando su nombre cada vez que utilice una obra por él creada y a no modificarla sin autorización expresa del autor, como también que en caso de tomar conocimiento que un tercero se encuentre

⁸⁷ Por ese motivo, mediante la Ley de Contrato de Trabajo (20.744) se intenta equilibrar las diferencias preexistentes, mediante el artículo 9 que dispone: “En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjuntos de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo.- Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador”.

infringiendo los derechos morales de autor se obligue a dar aviso al autor asalariado para que ejerza las acciones que considere pertinentes.

- Utilización de la obra: Partamos de la base que existen tantos derechos como formas de explotación que hayan. Entendemos también que en este tipo de obras, el autor asalariado percibe una remuneración a cambio de la creación de las mismas, por lo tanto es lógico que el empleador pretenda luego explotar las mismas. Sin embargo, no debemos perder de vista cuál era la actividad normal de la empresa al momento de contratar al autor empleado, ya que lo lógico indicaría que las explotaciones de dichas obras por parte del empleador no deberían ir más allá de la actividad normal de la empresa y que el trabajador conserve los restantes derechos de explotación. Por lo tanto, es recomendable que el autor empleado en el convenio estipule las limitaciones pertinentes, de modo tal que quede en forma expresa cuál es la actividad normal de la empresa (en especial sobre aquellas sociedades que tienen un objeto social amplio y luego puedan argumentar que dicha explotación se relaciona con lo dispuesto por su objeto social), qué formas de explotación podrá realizar el empleador y cuáles conserva el autor empleado, dentro de qué límites territoriales, etcétera. Teniendo en cuenta los principios de independencia de las formas de explotación e interpretación restrictiva de los contratos, el autor asalariado conservará las restantes formas de explotación, pero para ello es necesario que primeramente se hayan detallado cuáles, y en qué territorios, son las formas de explotación que podrá realizar el empleador sobre las obras creadas por el autor empleado.

- Posibilidad de utilización por parte del autor: Independientemente de lo expuesto en el párrafo anterior, y más allá de los principios de independencia de las formas de explotación e interpretación restrictiva de los contratos, como de los principios tuitivos del trabajador y del autor, es recomendable que en forma expresa se determine que el autor empleado podrá realizar determinadas formas de explotación de la obra, y se indique concretamente que dicha formulación es meramente enunciativa y que se entiende que el autor conservará los derechos de explotación sobre cualquier otra utilización que vaya más allá de la actividad normal de la empresa. Del mismo modo, si el empleador permitirá que, dentro de los supuestos de explotación de la actividad normal de la empresa, el trabajador también pueda explotar las obras, es necesario que así expresamente se determine por escrito, a los fines de evitar un eventual conflicto.

- Prohibición de determinados usos: Puede ocurrir que el autor empleado esté interesado en que su obra no se utilice de alguna forma en particular. Por ejemplo, pensemos el caso de un empleado de una agencia publicitaria que por algún motivo no desea que su obra se vincule con alguna marca de cigarrillos o de bebidas alcohólicas. Para estos supuestos, se recomienda al autor asalariado estipular, expresamente, que el empleador tendrá prohibido utilizar las obras creadas para determinados fines.

- Indemnización: Creemos conveniente para el dependiente que se fije la fórmula para determinar la indemnización que corresponda en caso de incumplimiento por parte del empleador de alguna de las cláusulas. Desde ya, la indemnización debe ser lo suficientemente elevada para desalentar el incumplimiento del convenio por parte del empleador.

- Plazo: Claro está que muchas de estas cuestiones dependerán del poder de negociación de una y otra parte, y entendemos que generalmente el autor asalariado es la parte más débil de la negociación. Pero, siempre y cuando sea posible, sería favorable para el autor empleado que se determine expresamente un plazo por el cuál el empleador podrá explotar las obras, y al vencimiento del mismo dichos derechos regresen al dependiente.

- Compensación adicional: Está claro que el principal beneficio del autor empleado es la remuneración que debe abonar el empleador, el cual a cambio de ello espera la creación de una o varias obras por parte del autor que le sean funcionales a la empresa. Sin embargo, puede suceder que la creación del autor obtenga un beneficio económico que supere ampliamente las expectativas y no tenga relación alguna con la remuneración percibida por el autor. Recordemos que la Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad en su artículo 10, inciso b), contempla la posibilidad que las invenciones del trabajador excedan de manera evidente las expectativas y establece una remuneración suplementaria a favor del mismo, por lo que no vemos descabellada la posibilidad que el autor empleado exija la incorporación de una cláusula en este sentido, estableciendo que si una obra supera una determinada cantidad de ventas, ingresos, utilizaciones, etc., le corresponderá al autor empleado una determinada cantidad de dinero o porcentaje de los ingresos generados por su obra.

b) A favor del empleador

Partiendo de los principios protectorios del derecho laboral y de los derechos de autor, y teniendo en cuenta también los principios de independencia de las formas de explotación e interpretación restrictiva de los contratos, como también que no hay regulación expresa a la fecha sobre este tipo de obras, no nos será muy difícil imaginar que el empleador deberá ser muy cuidadoso al momento de contratar un trabajador para que realice la creación de determinadas obras.

Para pretender la titularidad de las obras creadas bajo una relación laboral, las mismas deben estar directamente relacionadas con las funciones del cargo desempeñado por el autor empleado y sus tareas habituales. Deben estar claramente definidas y enmarcadas dentro del objeto para el cuál se suscribió el contrato de trabajo. A los fines de poder demostrar ello en un eventual litigio, sería prudente que el empleador cuente con un manual de funciones determinando las principales labores de cada empleado, y a su vez

suscriba un contrato laboral en el cual describa en forma clara y precisa cuáles serían las principales tareas de cada autor empleado, y cuáles son las actividades habituales de la empresa.

La pregunta que deberá hacerse el empleador es la siguiente: ¿Ante un eventual litigio, de la simple lectura de estos documentos surge en forma suficientemente clara que la tarea del empleado es la de realizar a mi favor una determinada cantidad de obras de un determinado tipo, las cuáles a su vez se relacionan directamente con las actividades habituales de la empresa? Si la respuesta es negativa o dubitativa (recordemos los principios protectorios del derecho del trabajo y del derecho de autor, que en caso de duda se favorecerá al autor empleado), el empleador no se encontrará lo suficientemente protegido.

Asimismo, recomendamos que el empleador para salvaguardar sus derechos, deba suscribir un convenio con los trabajadores autores que contemplen los puntos que seguidamente se enunciarán. Claro que si se entiende que la titularidad de la obra le corresponde al empleador, muchas de las cláusulas que se enumerarán pueden parecer innecesarias, pero como al día de la fecha no contamos con una legislación específica al respecto es conveniente la firma de las mismas para que, aún en el hipotético caso que no se considere titular al empleador, al menos se asegure contar con la autorización expresa para ejercer ciertos derechos. Las cláusulas recomendadas son las siguientes:

- Determinación de las obras: Toda vez que la cesión sobre obras futuras indeterminadas es inválida (es decir, sobre la totalidad de obras que cree determinado autor), y a los fines de no correr riesgos que se teste de nulidad dicha cláusula, el empleador deberá especificar qué tipo de obras se encuentran incluidas en el contrato, de modo tal que las mismas fueran fácilmente determinables.

- Inmunidad: A los fines de evitar posibles reclamos por parte de terceros, es recomendable para el empleador la existencia de una cláusula por la cual el autor asalariado declare que las obras que cree en virtud del contrato serán de su autoría, haciéndose pura y exclusivamente responsable de cualquier reclamo que pueda generarse al respecto y garantizando la inmunidad del empleador.

- Ejercicio de los derechos morales: A los fines de no tornar ilusoria la explotación de las obras creadas por el trabajador asalariado, es recomendable para el empleador establecer que se excluye al autor de ejercer ciertos derechos morales a los fines de preservar la normal explotación de las obras, tales como el derecho de retracto o arrepentimiento (en el párrafo siguiente ampliaremos más), derecho a la integridad de la obra (dependiendo del tipo de obras creadas, si se trata de programas de computación por ejemplo es necesario que se realicen modificaciones en forma periódica para no alterar la

normal explotación), y derecho a la paternidad (también dependiendo del tipo de obras, si se trata de una agencia publicitaria por ejemplo, no es habitual citar al autor de la obra cada vez que se comunica al público).

- Derecho de retracto: Es recomendable para el empleador la existencia de una cláusula por la cual se determine que, dado el carácter que tienen este tipo de obras, se excluye al autor de ejercer el derecho de retracto o arrepentimiento. O en su defecto, imponer una indemnización elevada a favor del empleador, la cual deberá abonarse de modo previo al ejercicio del derecho de retracto o arrepentimiento, de modo de desalentar el ejercicio de este derecho en perjuicio del empleador en las obras creadas por encargo en relación de dependencia.

- Utilización de la obra: Más allá de los principios de independencia de las formas de explotación e interpretación restrictiva de los contratos, creemos favorable para el empleador que se estipule expresamente las distintas modalidades de uso a las cuáles estará facultado el empleador, en forma lo suficientemente amplia y clara, y conteniendo también en forma expresa que dicha formulación es meramente enunciativa.

- Territorio: Será conveniente para el empleador que se determine expresamente el territorio en el cual podrá explotar las obras creadas por encargo por sus dependientes, a los fines de evitar un eventual conflicto.

- Plazo: Es conveniente que se determine expresamente cuál es el plazo por el cual el empleador podrá explotar las obras creadas por encargo en relación de dependencia.

- Exclusividad: Es recomendable para el empleador que se determine expresamente que la cesión a su favor será exclusiva, de modo de asegurarse que ninguna otra persona (física o jurídica) pueda explotar las obras.

VI.- CONCLUSIONES FINALES

Como hemos visto, en lo que respecta a las obras encargadas en relación de dependencia no hay una postura doctrinaria uniforme, lo cual genera una cierta incertidumbre ante la ausencia de una regulación específica. Es imperiosa la necesidad de una regulación específica al respecto, ya que brindaría mayor seguridad jurídica.

Hemos visto también que muchos países sí tienen una mayor regulación que Argentina sobre la titularidad de este tipo de obras, como por ejemplo en España, Francia, Alemania, Portugal, Bélgica, Reino Unido, Países Bajos, Panamá, México, Guatemala, Honduras, El Salvador, Colombia, Venezuela, Perú, Ecuador, Paraguay, y Estados Unidos,

entre otros. Algunos de ellos tienen grandes diferencias en sus regulaciones (por ejemplo, la legislación francesa al respecto es totalmente distinta a la estadounidense). Podremos estar de acuerdo o en desacuerdo con las mismas, pero lo que no podremos negar es que cada uno de los países nombrados otorgan mayor seguridad jurídica respecto a las obras encargadas en relación de dependencia, por tener más regulación al menos que en Argentina.

Sabemos que en el supuesto de controversia, la misma deberá ser sometida a los Tribunales correspondientes a los efectos que el Juez dicte la pertinente sentencia poniendo fin al litigio. Sin embargo, no será fácil la tarea que tenga el juzgador si no cuenta con legislación específica al respecto.

También sabemos que una mayor inversión en el sector de bienes culturales beneficiaría a los autores. Sin embargo, si los que deben realizar dicha inversión no cuentan con seguridad jurídica al momento de contratar (en el caso en cuestión, sería al momento de contratar en relación de dependencia a uno o varios autores para la realización de determinadas obras), probablemente se encuentren desincentivados y, por lo tanto, realicen menos inversiones en este sector que si tuvieran mayor certeza. Paralelamente, al haber menor inversión en el sector cultural por la carencia de seguridad jurídica, el principal damnificado termina siendo el propio autor, a quién la legislación busca brindarle protección.

En síntesis: la falta de regulación específica sobre las obras realizadas por encargo en relación de dependencia genera falta de seguridad jurídica y termina perjudicando tanto a los inversores, como a los propios autores. Es imperiosa la necesidad de una regulación al respecto. Una regulación específica brindará seguridad jurídica y, por lo tanto, seguramente garantizará mayores inversiones en el sector cultural, las cuales terminarán, directa o indirectamente, favoreciendo a los autores y a la población en general.

No obstante ello, mientras no exista regulación específica serán los propios interesados quienes deberán (hasta que los legisladores dicten una norma relacionada, claro está) encontrar los medios para proteger sus derechos. Hemos visto qué herramientas tienen (en especial en el Capítulo V) los mismos para realizarlo.

Aclarada la importancia de contar con una regulación específica en este tipo de obras, ahora nos resta evaluar qué tipo de regulación consideramos que debería ser prudente, teniendo en cuenta las diversas problemáticas que pueden suscitarse, de acuerdo a lo analizado a lo largo del presente, fomentando las inversiones en bienes culturales pero sin dejar de proteger al principal jugador: el autor, para que no se configure, como lo expresaron los ya citados Dres. Carlos A. Villalba y Delia Lipszyc, “*un derecho de autor sin autor*”.

En este sentido, entendemos que más allá de normativas sobre sectores puntuales

(programas de computación, obras periodísticas, etc.), es necesaria una regulación que abarque la totalidad de las obras creadas por encargo en relación de dependencia. Asimismo, creemos prudente que dicha normativa en primer lugar determine en forma concreta y clara a quién le pertenecerá la titularidad de las obras creadas.

Viendo la tendencia internacional (en especial de los restantes países latinoamericanos), jurisprudencia, y lo normado para un cierto tipo de obras por encargo (programas de computación), entendemos que las titularidades de dichas obras podrían recaer expresamente en cabeza del empleador, pero con ciertos recaudos: a) que el trabajador asalariado haya sido contratado expresamente para realizar dichas creaciones, b) que el trabajador haya realizado la creación realizando sus labores habituales, c) que la creación haya ocurrido dentro del ámbito de trabajo (jornada laboral, lugar de trabajo, recibiendo directivas y/o recursos del empleador, etc.), y d) que el empleador sólo podrá utilizar la obra en la medida necesaria para realizar las actividades habituales, conservando el empleado la facultad de explotar la obra en todas las restantes modalidades de uso.

Otra alternativa respecto de la titularidad de las obras podría ser la de establecer expresamente que en este tipo de obras, y siempre y cuando se cumplan los requisitos precedentemente establecidos, los derechos patrimoniales se dividen por partes iguales entre empleador y empleado (como lo establece la legislación mexicana).

La regulación también debería determinar expresamente qué sucede con los derechos morales en este tipo de obras. Al respecto, sin desconocer el carácter de los mismos, entendemos que para que este tipo de obras cumplan su cometido, es necesario que se faculte expresamente a los empleadores a ejercer los derechos morales necesarios para la explotación de la misma. Asimismo entendemos que, dada la incompatibilidad del derecho de retracto o arrepentimiento con este tipo de obras, sería razonable que se excluya en forma expresa al autor la posibilidad de ejercer este derecho, o en su defecto que deba responder por los daños y perjuicios que le ocasione al empleador.

Por último, del mismo modo también creemos necesario que la regulación determine en forma expresa el supuesto que la obra creada por encargo exceda notablemente las expectativas para las cuales fue contratado el trabajador asalariado y genere beneficios desproporcionales a favor del empleador, y en estos casos otorgue una compensación económica adicional al dependiente o una participación de las ganancias que la explotación de su obra le genera al empleador.

Insistimos que lo más importante es, en forma urgente, la existencia de una regulación específica. Luego discutiremos si estamos de acuerdo o no con su contenido, pero la ausencia de dicha normativa genera una inseguridad jurídica que, en forma directa o indirecta, es perjudicial para el autor.

Afortunadamente contamos con diversas posibles soluciones al respecto, prueba de

ello es la gran cantidad de países que contemplan en sus legislaciones distintas respuestas a los mismos interrogantes (¿A quién le corresponde la titularidad de la obra? ¿Qué requisitos deben reunirse? ¿Cuál es el alcance? ¿Qué ocurre con los usos de las obras en actividades no habituales de la empresa? ¿Qué ocurre con los derechos morales? ¿Puede caberle al autor asalariado una compensación adicional si su creación generó ganancias desproporcionadas a su empleador?) y que aún hoy no existe una postura doctrinaria uniforme al respecto.

Será cuestión que el Poder Legislativo busque una respuesta para cada uno de los interrogantes planteados y sancione la normativa correspondiente. Si del texto de la misma, independientemente de su contenido, surgen las respuestas a las preguntas formuladas, significa que la norma aporta seguridad jurídica, y por lo cual termina siendo beneficiosa tanto para los inversores del sector cultural como también para los autores, ya sea directa o indirectamente.

VII.- BIBLIOGRAFÍA.

ANTEQUERA PARILLI, RICARDO. *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*; Editorial Reus S.A. (2007), Madrid.

DE DIEGO, JULIÁN A.; *Tratado del Trabajo – Tomo I*; La Ley (2012), Buenos Aires.

EMERY, MIGUEL A. *Los contratos de publicidad. Nociones. Cuestiones modernas*; LA LEY 1984-C , 278; AR/DOC/768/2001

GEVERS DEYNOTT, ANNA. *¿Derechos de autor con el empleador o empleado?* Rechtennieuws.nl, publicado el 21 de junio de 2010.

GRISOLÍA, JULIO ARMANDO. *Tratado del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Tomo I*; 1ª ed, Abeledo Perrot (2013), Buenos Aires.

LIPSZYC, DELIA. *Derecho de autor y derechos conexos*. Unesco – Cerlac – Zavalía. (1993). Buenos Aires.

LORETI, DAMIÁN – LOZANO, LUIS. *El Estatuto del Periodista Profesional: alcances, vigencia y asignaturas pendientes*. REVISTA DERECHO DEL TRABAJO, AÑO II, NÚMERO 4 (Marzo de 2013). Estatutos Profesionales (parte I). Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Buenos Aires, páginas 61-87.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La protección de los autores e inventores a sueldo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1987

RETONDO, HILDA. *Los Titulares del Derecho de Propiedad Intelectual – El Autor de la obra – Herederos o Derechohabientes – Contenido del Derecho de Autor – Derecho Moral y Patrimonial – Teoría Monista y Dualista*; SEMINARIOS NACIONALES SOBRE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, páginas 24-31.

URIBE CORZO, MARÍA CAROLINA. *El derecho de autor en las obras creadas por encargo y en el marco de una relación laboral*. Revista La Propiedad Inmaterial. 10-11 (nov. 2007), páginas 45-70, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

RÍOS RUÍZ, WILSON RAFAEL. *El concepto de la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado frente a la obra futura y por encargo creada en virtud de una relación laboral y de un contrato de prestación de servicios*. La Propiedad Inmaterial Nro. 13, (2009), Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

ROGEL VIDE, CARLOS – SERRANO GÓMEZ, EDUARDO. *Manual de Derecho de Autor*. Editorial Reus S.A. (2008), Madrid.

VIBES, FEDERICO PABLO. *Propiedad intelectual de las obras artísticas creadas por encargo*. Cuadernos de Propiedad Intelectual, Tomo I. Editorial Ad Hoc, agosto de 2004.

VILLALBA, Carlos A.; *Derecho de autor y trabajo subordinado*; LA LEY 1990-E , 320; AR/DOC/3697/2001.

VILLALBA, CARLOS A. – LIPSZYC, DELIA; *Diferencia entre el daño moral y el daño al derecho moral del autor*; LA LEY 04/10/2012 , 5; LA LEY 2012-E , 606; AR/DOC/4896/2012.

VILLALBA, CARLOS A. – LIPSZYC, DELIA. *El derecho de autor en la Argentina*. LA LEY. 2da. Ed. (2009). Buenos Aires.

VILLALBA, CARLOS A. – LIPSZYC, DELIA. *Los principios básicos del derecho de autor aplicables a los contratos de explotación de obras: la independencia de los derechos y la interpretación restrictiva de las formas de utilización convenidas. La inalienabilidad del derecho moral del autor*. DCCyE 2011 (junio) , 339; AR/DOC/1905/2011.

Páginas web

www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/index.jsp

www.boe.es

www.cerlac.org

www.derechodeautor.gov.co/

www.indecopi.gob.pe/

www.infoleg.gob.ar

www.informacionlegal.com.ar

www.legalis.net/jurisprudences

<https://rechtenieuws.nl/>

<https://revistas.uexternado.edu.co/>

<https://wipolex.wipo.int/>