



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Comercial

**TITULARIDAD DE LOS DERECHOS DE AUTOR ESTABLECIDOS EN LA LEY N°17.336
CON MOTIVO DE OBRAS POR ENCARGO NO LABORALES**

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

SAVKA IAN MUÑOZ HERNÁNDEZ

PROFESOR GUÍA:

IGNACIO ARAYA PAREDES

SANTIAGO DE CHILE

2020

ÍNDICE

RESUMEN.....	1
INTRODUCCIÓN.....	2
CAPÍTULO I: DESCRIPCIÓN ACTUAL DE LA SITUACIÓN EN CHILE DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR EN EL CONTEXTO DE LA CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS INMATERIALES.....	5
1. Aclaración preliminar. El estatuto legal del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales.....	5
2. Elementos característicos del contrato de arrendamientos de servicios inmateriales.....	8
3. Contrato de arrendamiento de servicios inmateriales versus contrato de trabajo.....	11
3.1. Breves referencias al contrato de trabajo y a sus elementos.....	11
3.2. Sobre la necesaria delimitación entre el contrato de trabajo y el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales.....	15
4. La problemática del derecho de autor en los contratos de arrendamiento de servicios inmateriales.....	25
4.1. Referencia al derecho de autor.....	25
4.2. La titularidad del derecho de autor en Chile. Reglas generales.....	27
4.3. Contenido del derecho de autor.....	28
5. Ley de Propiedad Intelectual n.º 17.336 y reglas del Código Civil sobre arrendamiento de servicios inmateriales.....	32
CAPÍTULO II: APLICACIÓN DE LAS REGLAS DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS INMATERIALES CUANDO EL SERVICIO CONSISTE EN LA CREACIÓN DE UNA OBRA PROTEGIDA BAJO LA LEY N.º 17.336.....	35
1. Planteamiento general.....	35

2. Casos expresamente regulados por la ley n.º 17.336 sobre propiedad intelectual.....	35
2.1. Programas computacionales realizados por encargo de un tercero.....	35
2.2. Producciones encomendadas por un medio de difusión, Agencias Noticiosas e Informativas o medios informativos de estaciones radiodifusoras o de televisión a personas no sujetas a contrato de trabajo.....	38
2.3. Fotografías por encargo.....	40
3. Situaciones no reguladas por la ley n.º 17.336 sobre propiedad intelectual.....	41
3.1. Análisis y alcances del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales en relación a la obra protegida.....	43
a. Propiedad del soporte material y propiedad intelectual de la obra.....	43
b. Posición del arrendador-autor en relación a la obra creada por la ejecución del servicio.....	44
c. Anulabilidad por falta de causa del contrato.....	45
d. Éxito insospechado de la obra.....	46
3.2. Efectos del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales cuando se ha encargado la creación de una obra protegida.....	48
a. Obligaciones de las partes.....	48
a.1. Obligaciones del arrendador-autor.....	48
a.2. Obligaciones del arrendatario-comitente.....	49
b. Efectos del incumplimiento del contrato arrendamiento de servicios inmateriales cuando se ha encargado la creación de una obra protegida.....	50
c. Arrendador-autor de los servicios carece de la suficiente formación técnica y/o teórica.....	56
3.3. La autorización de uso o la cesión de derechos tácita como efecto del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales en nuestra legislación	57

a. Sociedad Chilena del Derecho de Autor con Dublín Entertainment Inc. (2016).....	58
a.1. Comentarios.....	59
b. Sociedad Chilena del Derecho de Autor con Productora de Eventos Transistorlab Limitada (2018).....	60
b.1. Comentarios.....	61
c. Abbott con Viu Manent S.A.....	62
c.1. Comentarios.....	68

CAPÍTULO III: SOLUCIÓN NORMATIVA; CRÍTICAS Y REFLEXIONES. ANÁLISIS DE CASOS COMPARADOS, NUEVAS PROPUESTAS Y SOLUCIONES..... 71

1. Solución normativa según derecho vigente (lege lata).....	71
1.1. Reflexiones y críticas.....	72
2. Tratamiento de la figura del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales en el derecho y doctrina comparada.....	73
2.1. México.....	73
2.2. Brasil.....	75
2.3. Colombia.....	76
2.4. EE.UU.....	79
3. Propuestas y posibles soluciones frente al escenario actual.....	82
3.1. Análisis constitucional.....	82
3.2. Análisis del tratado de libre comercio entre Chile y EE.UU.....	84
3.3. Solución a la luz del análisis de los principios que inspiran el derecho de autor y el derecho común.....	86
3.4. Celebración de contrato de cesión o licenciamiento. Inclusión de cláusulas de cesión o licenciamiento en el mismo instrumento.....	89
3.5. Solución de lege ferenda: modificación de la Ley sobre Propiedad Intelectual n.º 17.336.....	91

CONCLUSIONES.....	96
BIBLIOGRAFÍA.....	100

RESUMEN

El propósito de esta investigación es analizar cómo la Ley sobre Propiedad Intelectual regula la titularidad de los derechos patrimoniales de autor y los efectos que se producirían en cuanto a estos – los cuales son otorgados a cualquier persona natural creadora de una o más obras protegidas–, cuando la creación de esta o estas ha sido encargada al autor por un tercero a cambio de un precio, aplicándose para ello la figura del contrato de arrendamientos de servicios inmateriales del Código Civil. La problemática estriba en que el sujeto sobre quien recaiga la titularidad de estos derechos se vuelve controvertido e incierto al no disponer la Ley sobre Propiedad Intelectual una regulación general que aborde el escenario planteado. En este trabajo se postula y concluye que, por aplicación expresa de las disposiciones de la Ley sobre Propiedad Intelectual, el autor seguirá detentando los derechos patrimoniales, salvo pacto contrario entre las partes contratantes.

INTRODUCCIÓN

La tradición continental seguida por nuestro país en materia de derechos de autor y propiedad intelectual coloca a la figura del autor como el ente fundamental en torno al cual gravita la protección contemplada en la Ley de Propiedad Intelectual n.º 17.336 (en adelante LPI) de agosto del año 1970. La legislación otorga al autor, automáticamente y por el solo hecho de la creación de una obra en los dominios literarios, artísticos y científicos, los llamados derechos morales y patrimoniales. Estos últimos son los derechos mediante los cuales el autor puede explotar económicamente su creación.

En nuestra legislación, la LPI ha contemplado algunas excepciones a la regla general consistente en que el autor será el titular originario de los derechos que otorga. En estas circunstancias, la ley otorga la titularidad del derecho de autor en una persona distinta a la que crea la obra, pudiendo ser tanto una persona natural como una persona jurídica, el cual se denomina doctrinaria como “titular derivado”. Estas excepciones presentan la nota común de encontrarse todas en el marco de una relación laboral o cuando se ha encargado una obra a un tercero o a personas no sujetas a contrato de trabajo. Algunos casos contemplados son la producción de programas computacionales, de enciclopedias, diccionarios, y otras compilaciones análogas, las obras creadas en un diario, revista y otras publicaciones periódicas y las fotografías por encargo.

Aquí es donde comienza a surgir la problemática de ese trabajo, la cual estriba en preguntarse en quién recae la titularidad de los derechos patrimoniales de autor de una obra protegida, cuando se ha celebrado un contrato de trabajo o se ha encargado la obra, fuera de los casos contemplados expresamente en la LPI.

La presente investigación se ocupará específicamente de describir, analizar e indagar sobre la hipótesis que dice relación con la titularidad de los derechos patrimoniales de autor consagrados en la LPI con motivo de obras por encargo no laborales, es decir, aquellas obras encargadas bajo la figura del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales regulado en los artículos 2006 y siguientes de nuestro Código Civil, sin perjuicio de dedicar una parte de este trabajo a exponer el caso de las obras creadas bajo una relación laboral y las diferencias entre el contrato de trabajo con el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales.

Que la obra sea encargada por un tercero al autor hace suponer por el primero que se está haciendo dueño del trabajo creado, cuando menos, en su dimensión física. La interrogante que surge es si los derechos patrimoniales de autor que han nacido a la vida jurídica por el solo hecho de la creación de esta obra se transfieren al arrendatario del servicio a través del encargo, bastando como título el contrato de arrendamiento, o si estos se mantienen radicados en la figura del autor debiendo ambas

partes celebrar un negocio jurídico de forma separada ya sea para transferir los derechos o autorizar su explotación.

Los problemas legales y prácticos que puede experimentar nuestro derecho al encontrarnos con situaciones en que ocurra la problemática anteriormente planteada no es menor. Lo cierto es que hoy por hoy los contratos de servicios van en constante ascenso y la aparición de nuevos tipos de trabajo como es el caso de los diseñadores gráficos, los programadores, ilustradores, decoradores, etc., que actualmente son conocidos como “trabajadores freelance”, harán que eventualmente aumente el volumen de casos en donde se pondrá en duda la titularidad de las creaciones intelectuales, en una sociedad donde la mayor parte del mercado laboral consiste en la prestación servicios y en tiempos en donde los individuos conocen más los derechos que les corresponden.

Esto tiene especial importancia en el campo del derecho de autor debido a que la proliferación de plataformas en donde se puede comunicar y muchas veces poner a disposición del público las obras intelectuales, genera un caldo de cultivo importante de problemas de titularidad que hace treinta años el legislador no se hubiese planteado. Así, por ejemplo, un ilustrador que sube a su redes sociales y/o plataformas digitales (Facebook, Instagram, Tumblr, Flirck, etc.) el escáner de un dibujo que realizó por encargo puede ocasionar la reprobación por parte del tercero quien encargó y pagó un precio por aquella obra.

La trascendencia de este tema no es menor. En un primer punto debido a que debe haber seguridad sobre quién será el titular de los derechos patrimoniales para efectos de su explotación porque existiría una pugna entre el arrendatario que paga por los servicios y el arrendador-autor de estos; el primero en el caso de que no haya encargado la obra para fines meramente de disfrute sino que para fines económicos y, el segundo como la persona o ente creador que también querrá utilizar su obra con otros motivos. De este modo, imaginemos que el autor adiciona cada trabajo que realiza por encargo a un *book* para mostrarle sus obras/trabajos previos a otros potenciales clientes ¿Puede hacerlo? ¿Le ocasionaría perjuicio a un cliente antiguo si el nuevo quiere encargarle una réplica de la misma obra que ya diseñó para otro? ¿Quién tiene más intereses?

Daniel Álvarez afirma:

Los cambios en las regulaciones del derecho de autor son promovidos precisamente por titulares de derechos (no por autores) quienes buscan ampliar los derechos adquiridos con el fin –más o menos legítimo– de aumentar sus ganancias comerciales. Este es un punto de inflexión importante. Aquí es donde se desnuda el discurso. No son principalmente los creadores los que pugnan por mayores protecciones centradas en la represión penal, el aumento

de los privilegios monopólicos y las restricciones a los usos no comerciales, que son parte esencial de las propuestas de los grupos de presión. Por eso, hay quienes afirman que estamos ante un nuevo derecho: el derecho de autor sin autores. (Álvarez, 2005)

Si esta tendencia va en aumento, las posibles reformas en temas de propiedad intelectual y derecho de autor en nuestro país protegerían, en nuestro caso, al arrendatario de los servicios en detrimento de la figura del autor-creador lo que podría ocasionar un desincentivo a la creación y a la innovación, cuestión que estimamos sería nociva considerando además que nuestra Constitución Política de la República (en adelante la Constitución) asegura la libertad de crear y difundir las artes, derecho que iría en franco retroceso si se le imponen barreras a los autores.

La problemática no solo se agota en la titularidad con relación al grado de protección constitucional del derecho de autor que tiene el creador sobre sus creaciones literarias, artísticas y científicas, sino que además, se relaciona con el retorno de los arrendamientos de servicios como forma de contratación de fuerza de trabajo precaria, sin vocación de continuidad que beneficia al arrendatario de los servicios al no tener que cumplir con las cláusulas mínimas del contrato de trabajo. Vale decir, no nos encontramos frente a una situación residual, por el contrario, legítimamente podemos hablar de un advenimiento del trabajo por cuenta propia ya que “Chile está entre los países con mayor cantidad de trabajadores freelance o independientes” (2016). Así:

Las nuevas exigencias del mundo globalizado exigen una serie de cambios que apuntan al ámbito económico, tecnológico y laboral. [...] Esta realidad ha llevado a considerar elementos de flexibilización, abriendo pasos a nuevas formas de contratación, “atípicas” cuyo contenido y la forma de cumplimiento no se insertan dentro del modelo tradicional de la relación laboral subordinada regida por el Código del Trabajo. (Etcheberry Parés, pág. 127)

Es por este motivo que hay que encontrar una solución en la legislación nacional vigente y la jurisprudencia con el fin de esclarecer un poco el enredado panorama actual para proporcionar seguridad jurídica tanto a los prestadores del servicio como a quienes pagan por aquel.

CAPÍTULO I: DESCRIPCIÓN ACTUAL DE LA SITUACIÓN EN CHILE DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR EN EL CONTEXTO DE LA CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS INMATERIALES.

1. Aclaración preliminar. El estatuto legal del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales

El contrato de arrendamiento de servicios inmateriales se encuentra regulado en el Título XVI (“Del contrato de arrendamiento”), párrafo 9 (“Del arrendamiento de servicios inmateriales”) del Libro IV del Código Civil.

Esta figura se ubica específicamente en el art. 2006 el cual dispone: “Las obras inmateriales, o en que predomina la inteligencia sobre la obra de mano, como una composición literaria, o la corrección tipográfica de un impreso, se sujetan a las disposiciones especiales de los artículos 1997, 1998, 1999 y 2002.” El artículo siguiente, el 2007, nos expone que “Los servicios inmateriales que consisten en una larga serie de actos, como los de los escritores asalariados para la prensa, secretarios de personas privadas, preceptores, ayas, histriones y cantores, se sujetan a las reglas especiales que siguen.”

A fin de contextualizar estos preceptos debemos necesariamente retroceder hasta el art. 1915 el cual establece: “El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado.”

Una vez leídas estas tres normas no es difícil inferir cuál es el problema con el contrato en estudio: su escasez y pobreza regulatoria, la cual va de la mano con la inexistente doctrina nacional que “[...] se ha limitado hasta ahora a señalar genéricamente el conjunto de disposiciones aplicables, sin atender ni examinar el contenido de estas reglas, ni fijar tampoco su real alcance y aplicación a los contratos de servicios.” (Brantt & Mejías, 2016, pág. 76)

Resulta necesario señalar esta problemática asociada al contrato de arrendamiento de servicios inmateriales porque si bien es un tipo contractual poco regulado, ha cobrado relevancia en el último tiempo todo bien que la economía actual se sostiene en la prestación de servicios ya que “[...] han proliferado necesidades de la más diversa naturaleza, las que son satisfechas a través de la prestación de múltiples servicios, inexistentes o escasamente relevantes con antelación y que van más allá de los tradicionales servicios profesionales [...]” (Brantt & Mejías, 2016, pág. 72)

De esta manera se ha definido el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales como aquel “en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a ejecutar una obra inmaterial, o en que

predomina la inteligencia sobre la mano de obra, como una composición literaria o la corrección tipográfica de un impreso, y la otra a pagar por este servicio un precio determinado.” (Brantt & Mejías, 2016, pág. 81)

Por su parte, Stitckin nos ofrece este concepto: “[...] en el arrendamiento de servicios inmateriales el objeto del contrato consiste en la actividad intelectual del arrendador, puesta al servicio del arrendatario, sea mediante la confección de la obra en que predomina la inteligencia, o mediante el informe u obra puramente inmaterial.” (2012, pág. 74).

La falta de conceptualización tanto a nivel legal como doctrinaria no es exclusiva solamente de nuestro ordenamiento jurídico. En España esta discusión ya se encuentra avanzada proponiéndose incluso la creación del tipo contractual del contrato de servicios, abandonando la anacrónica denominación de “arrendamiento”. La discusión ha progresado al punto que no definen esta figura a partir de lo establecido en su Código Civil, ya encuentran que la disposición es “[...] escasa, obsoleta, incluso tácitamente derogada [...]” (Beluche Rincón, 2015, pág. 70), sino que lo hacen a partir del concepto de “servicios”, denominándola como “contrato de servicios” o “contrato de prestación de servicios”, designación que “[...] comienza a encontrar acogida en la doctrina y en algunas decisiones jurisprudenciales.” (Trigo García, 1999, pág. 134). Entre una multiplicidad de definiciones, la más adecuada que podemos ofrecer de esta figura es la contenida en la propuesta para una reforma al Código Civil español, la cual designa: “Por el contrato de servicios un profesional se obliga, a cambio de una retribución, a realizar, aplicando sus conocimientos y la organización de la que es titular, determinada actividad considerada en sí misma y no por su resultado (...)”. (Gobierno de España, 1994, pág. 1037). No obstante, este proyecto de ley no se ha materializado, dejando a España en la misma situación normativa que nuestro país.

A modo de comparación, en las respectivas codificaciones civiles de Argentina y Perú, sobre todo en este último país, el arrendamiento de servicios se encuentra mejor definido y detallado. En el caso del país trasandino se regula en el art. 1251 de su Código Civil disponiendo que: “Hay contrato de obra o de servicios cuando una persona, según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución.” En Perú, se encuentra normado en todo un capítulo entre los arts. 1755 y 1763 de su Código Civil, estableciendo como definición en el art. 1755: “Por la prestación de servicios se conviene que éstos o su resultado sean proporcionados por el prestador al comitente”. El artículo siguiente regula modalidades de este tipo de contrato y en el art. 1757 reglamenta una figura residual disponiendo que: “Son también modalidades de la prestación de

servicios, y les son aplicables las disposiciones contenidas en este capítulo, los contratos innominados de doy para que hagas y hago para que des.”

En estas definiciones de derecho comparado, podemos observar que si bien mencionan el concepto de “servicio”, lo hacen de una forma genérica a fin de poder incluir en esta figura contractual todo tipo de servicios y de esta forma adecuarlos a la realidad económica actual. En el caso de nuestro Código Civil, el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales menciona actividades la mayoría obsoletas, se encuadra en que el servicio debe consistir solo en un despliegue de trabajo intelectual, el cual además tiene que ser realizado en un solo acto.

Con todo, para propósitos académicos, conceptualizaremos en este trabajo al contrato de arrendamiento de servicios inmateriales como aquel contrato bilateral, oneroso, conmutativo, nominado y típico, por el cual una parte se compromete a ejecutar uno o más servicios en los que predomina la inteligencia por sobre la mano de obra y la otra se compromete al pago de una suma de dinero por aquel servicio. Esta definición la construimos tomando como base el art. 1915 y la complementamos con las clasificaciones típicas de todo contrato, incorporando en ella la nota característica que le da la esencia al contrato de arrendamiento de servicios inmateriales que es, por supuesto, el predominio de la inteligencia por sobre la mano de obra.

En cuanto las disposiciones del art. 2007 la doctrina ha inferido que el legislador quiso referirse a relaciones de servicios prolongadas y comúnmente asalariadas, situaciones que hoy en día se encuentran completamente reguladas por el Código del Trabajo. Stitchkin ha dicho en este sentido: “El arrendamiento de servicios inmateriales ha caído hoy día dentro de la órbita del contrato de trabajo y son las disposiciones de éste las que lo rigen ordinariamente.” (2012, pág. 74). Barros, por su parte manifiesta “[...] los tipos de relación que tienen en vista esas normas están hoy reguladas por el derecho laboral. De hecho, son normas que atienden a relaciones personales permanentes y típicamente asalariadas” (2012, pág. 330). Esto nos lleva a inferir que en todos los contratos o aparentes contratos de servicios inmateriales en que predomine la inteligencia por sobre la mano de obra, pero que al mismo tiempo presenten los caracteres del contrato de trabajo deberán regirse por la normativa laboral, entendiéndose entonces derogadas para esta supuesto las normas del Código Civil.

Nos queda entonces analizar la hipótesis residual, vale decir, la celebración de contratos de arrendamiento de servicios inmateriales que no presenten las características propias del contrato de trabajo, situación en la cual debemos necesariamente concluir que las disposiciones legales que los rigen no son más que los artículos incluidos en el párrafo 9 del Título XVI del Código Civil, las

normas que regulan los contratos de confección de una obra material a las cuales se remite el art. 2006 e indiscutiblemente, las estipulaciones convenidas por las partes en el mismo instrumento, siempre y cuando estas no sean contrarias a la ley, el orden público o las buenas costumbres. Cabe agregar que el art. 2006, enumera actividades que podrían subsumirse como “labores o tareas”, las cuales nos pueden llevar a pensar que se encuentran regidas por el Derecho del Trabajo, pero lo cierto es que el contrato es de arrendamiento de servicios y el servicio consistirá en el despliegue de actividades que lleven a cumplir aquellas labores o tareas.

De ahí radica la importancia de diferenciar esta figura contractual con el contrato de trabajo y tener conocimiento de cuándo estamos en presencia de una u otra, ya que con el avance de esta investigación nos daremos cuenta que la escasa normativa aplicable al contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, constituirá un problema a la hora de analizar los efectos entre las partes cuando el servicio arrendado derive en la creación de una obra intelectual que goce de protección jurídica bajo el amparo de la Ley n.º 17.336 sobre Propiedad Intelectual.

2. Elementos característicos del contrato de arrendamientos de servicios inmateriales

Habiendo expuesto ya el marco legal que rige al contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, debemos comenzar a desmenuzar sus características, considerando lo complejo de esta tarea, debido principalmente a la escasa doctrina y jurisprudencia que gira en torno al tema, la reducida legislación aplicable y su similitud con el contrato trabajo.

2.1. Es nominado y atípico, regido por el derecho común: en relación a este punto no hay mayor discusión, los contratos de servicios se localizan en el Código Civil y son sus disposiciones las que lo rigen. No obstante, resulta curioso que el contrato de servicios inmateriales como tal se encuentre regulado y sistematizado en el Código (tiene una denominación y un párrafo que lo menciona) y sin embargo en la práctica el número de artículos que se refieren a esta figura es exíguo y la normativa incompleta, lo que da paso a la incerteza jurídica. María Sara Rodríguez manifiesta que los contratos de servicios son nominados pero atípicos porque “[...] no tienen en el Código Civil [...] un régimen especial como tales” (2014, pág. 794) pero “poseen un nombre por el que es conocido y usado”. López (citado por Rodríguez, 2014, pág. 795).

Así las cosas, es imposible no coincidir con esta opinión debido a que “la extensión y diferenciación de los contratos de servicios en la economía moderna” (Barros, 2012, pág. 332) vuelve impracticable para el legislador la tarea de tipificar a todas y cada una de las figuras conforme estas comienzan a utilizarse e incorporarse en el tráfico jurídico, por lo que lo lógico es que se rijan por el derecho

supletorio y las normas generales de los contratos, dado que no gozan de una regulación específica dentro del Código Civil ni tampoco cuentan con una legislación especial.

2.2. La prestación consiste en un servicio inmaterial: es la característica más específica de este contrato que tratamos de abordar. Para concebir una idea de qué se entiende por “servicio inmaterial” debemos primeramente recurrir al ya mencionado art. 2006 de nuestro Código Civil. La redacción del artículo parece ser clara: las obras inmateriales son aquellas en que predomina la inteligencia por sobre la mano de obra. Inmediatamente esta sentencia es graficada bajo dos ejemplos: la composición literaria y la corrección tipográfica de un impreso.

Sin embargo, si lo analizamos con un poco más de detalle podemos darnos cuenta de que lo que realmente se encuentra conceptualizado es el concepto de *obra* inmaterial, en otras palabras, el resultado físico de la prestación. Esto no quiere decir que todo lo que acabamos de entender por servicio inmaterial se encuentre equivocado, pero sí es una distinción importante sobre todo al estudiarlo bajo la óptica del derecho de autor. En un segundo orden de las cosas, el hecho de que el legislador se hubiese referido al contrato de servicios inmateriales como *obras inmateriales* insinuaría que, a la época de dictación del Código, tenía más en mente la idea de arrendamiento de servicios que dieran como resultado “obras materiales”, más que en el hecho de querer regular en especial las creaciones intelectuales como una “actividad”. Esto también se infiere por el poco trato y “pobreza regulatoria” (Arenas, 2015, pág. 14) que envuelve el tratamiento de los servicios inmateriales. En efecto, la única distinción del legislador fue la de diferenciar entre el contrato de servicio inmaterial de una sola ejecución; regulación que remitió a las normas que tratan el contrato de arrendamiento de confección de obra material, y los contratos de servicios inmateriales consistentes en una larga serie de actos.

Tal parece entonces, que la diferenciación del legislador fue desarrollada con la intención de regular los servicios prestados de manera prolongada y, en base a eso realizó el distingo con las prestaciones de servicios de “un solo acto”. Sin embargo, el paso de los años ha dejado sin aplicación las normas del contrato de servicios que, por sus características devinieron en lo que hoy conocemos como contrato de trabajo y llamativamente, aquellos contratos de servicios que no revistieron tales caracteres, quedando relegados a una exigua normativa, son los que han tomado fuerza en la actualidad, en una economía que se encuentra fundamentalmente construida bajo la base de las prestaciones de servicios “respecto de las que hoy puede apreciarse un cierto incremento, debido entre otras razones a las transformaciones del sistema productivo y de la estructura ocupacional” (Martín, Rodríguez-Sañudo, & García, 2008, pág. 473).

Por este motivo, debemos analizar el término “servicios” con sujeción a nuestra época contemporánea, teniendo en consideración la superabundancia de figuras jurídicas atípicas y el surgimiento de nuevas áreas del derecho, como el mismo derecho de autor, y de nuevas legislaciones, doctrinas y usos normativos. Así, tal como mencionábamos con anterioridad, Ricardo Lorenzetti afirma: “el servicio es todo lo que brinda una función intangible al adquirente, que no incluye un producto” (2006, pág. 169), y más adelante declara: “La definición del servicio como actividad prestacional debe ser abstracta de modo compatible con la intangibilidad material que presentan” (2006, pág. 178).

De esta forma, el autor plantea que: “En la locación de servicios¹ se contrata a la persona en cuanto productora de utilidad [...]” (2006, pág. 172). Esto quiere decir que la inmaterialidad consiste no en que el resultado sea producto de una actividad intelectual, sino que de la actividad intelectual en sí. Esta actividad se caracterizaría por ser intangible debido a que lógicamente no podemos aprehender la inteligencia de una persona y por más que el producto de la prestación intelectual pueda materializarse en un soporte físico, el proceso mental realizado por el individuo no puede ser percibido naturalmente por los sentidos. Como la prestación inmaterial requiere de un ser humano, Lorenzetti expone que “servicio” en este caso consiste en “hacer algo para otro, satisfaciendo su interés” (2006, pág. 163) y concluye que el objeto del contrato de servicios es el de una obligación de hacer (2006, pág. 170).

Volveremos a este tema más adelante, debido a que tiene especial relevancia con la problemática que queremos abordar en relación con la titularidad del derecho de autor cuando se han celebrado contratos de esta naturaleza.

2.3. Es un contrato autónomo: esta característica aducida por Lorenzetti señala a grosso modo, que distintas figuras jurídicas, como por ejemplo, el contrato de trabajo, de obra o los contratos relacionados al derecho del consumidor, provienen del contrato de servicios. No obstante, estas figuras “pretenden solucionar conflictos totalmente distintos” (2006, pág. 163). De esta forma, el contrato de trabajo enfoca el problema entre el empleado y su empleador (2006, pág. 163).

Podemos concluir entonces que el contrato de servicios es autónomo por cuanto su celebración por las partes no persigue un interés que pueda catalogarse dentro de las otras categorías jurídicas anteriormente mencionadas. Una vez más, el contrato de servicios actúa como el cajón de sastre para la multiplicidad de formas que toman los contratos de servicios en la época actual, por lo que el autor

¹ Forma de llamar al contrato de arrendamiento de servicios inmateriales en el derecho argentino.

plantea que “resulta relevante definir con claridad ese interés y auscultar en las obligaciones del prestador minuciosamente” (2006, pág. 164).

2.4. Es remunerado: sobre este punto no hay mucha discusión. Al igual como ocurre en el contrato de trabajo, el contrato de servicios es remunerado. Quizás, la única precisión jurídica a comentar es que el concepto de remuneración se utiliza más en el derecho laboral y tiene cierta relación con la periodicidad y permanencia de los pagos, a diferencia del contrato de servicios en el que se paga un precio determinado, lo cual nos lleva a discernir que la remuneración en esta figura puede ser más “flexible” en relación al contrato de trabajo ya que, según el art. 10 n.º 5 del Código del Trabajo, el contrato debe contener a lo menos “Monto, forma y período de pago de la remuneración acordada”, cuestión que no corre para el contrato de servicios debido a que se encuentra regido por lo estipulado entre las partes y las escasas normas del Código Civil que la regulan. De este modo, por ejemplo, en el contrato de servicios puede adoptarse la figura del “precio alzado”, que consiste en pagar el precio acordado dependiendo del avance del trabajo, por lo que en este caso la periodicidad que caracteriza al contrato de trabajo no se presentaría.

2.5. No se encuentra sujeto a un vínculo de dependencia y subordinación.

2.6. Los servicios prestados son ocasionales.

Los puntos 2.5. y 2.6. guardan directa relación con el contrato de trabajo y son un tema de vital importancia por lo que se analizarán en el apartado siguiente.

3. Contrato de arrendamiento de servicios inmateriales versus contrato de trabajo

3.1. Breves referencias al contrato de trabajo y a sus elementos

En este punto es importante diferenciar el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales con el contrato de trabajo, porque debemos tener en claro cuándo es que estamos en presencia de uno u otro, no solo para la determinación de la legislación aplicable sino también porque el tema de este trabajo es la situación de los derechos patrimoniales de autor en el contexto de la celebración de un contrato de servicios inmateriales, y la hipótesis de esta investigación podría diferir del escenario en que se encuentran estos derechos cuando las partes han celebrado un contrato de trabajo.

Stitchkin formula que el contrato de trabajo es una de las formas jurídicas que puede tomar el contrato de arrendamiento de servicios. Las otras son el mandato y el contrato de arrendamiento de servicios propiamente tal (Stitchkin, 2012, pág. 59). Entonces, como el contrato de trabajo consiste igualmente en la prestación de un servicio, el autor nos repara: "De aquí que los tratadistas se hayan preocupado

de buscar en otras circunstancias que la prestación del trabajo, el elemento característico (del contrato de trabajo) [...]" (Stitchkin, 2012, pág. 62).

La definición de contrato individual de trabajo contenida en el art. 7² del Código del Trabajo nos permite colegir sus principales características: la dependencia y subordinación de la relación laboral y el pago de una remuneración. La doctrina ha incorporado otra particularidad: “la continuidad de los servicios” (Humeres, 2009, pág. 115). A continuación, las desarrollaremos brevemente con el fin de poder construir una noción general del contrato de trabajo.

Dependencia

La ley no define ni da directrices sobre lo que debe entenderse por la voz “bajo dependencia” que contempla el art. 7 del Código del Trabajo. Para Thayer & Novoa (2010) la dependencia se asimila a la “ajenidad”, concepto utilizado en la doctrina española y argentina. Como el propósito de esta investigación no es realizar una descripción exhaustiva de los elementos del contrato de trabajo, definiremos sucintamente la relación de dependencia como aquella en donde el trabajador presta sus servicios por cuenta y riesgo del empleador a cambio del pago de una remuneración. Esto revestiría ciertos caracteres tales como:

- i) La obligación de remunerar es de cargo de la entidad empleadora;
- ii) El fruto o resultado del trabajo se incorpora al patrimonio de aquella;
- iii) En el plano de las relaciones patrimoniales que fluyen del contrato, al trabajador se le asegura su remuneración y sobre la empresa recae el riesgo de empresa, vale decir, el resultado económico favorable, menos favorable o adverso (Thayer & Novoa, 2010, pág. 33)

Así, la dependencia implicaría el hecho de que para que el trabajador ejecute sus prestaciones, el empleador deberá colocar a su disposición el lugar y las herramientas para que este pueda llevarlas a cabo. Por lo mismo es que luego el empleador se asegura los frutos de la producción y corre con los riesgos de su inversión. El trabajador “depende” de él en el sentido de que necesita ser proveído para desarrollar su trabajo y al mismo tiempo, se encuentra condicionado al empleador al ser este último quien le paga la remuneración.

² Art. 7 Código del Trabajo. Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada.

Subordinación

Si bien el concepto de “subordinación” en algunos manuales y textos (Thayer & Novoa, pág. 34; Humeres, pág. 12; Rojas Miño, pág. 11), se equipara al de dependencia, lo cierto es que este dice más relación con los derechos y obligaciones que el contrato de trabajo le otorga a ambas partes al momento de la celebración, por ejemplo, es carga del empleador el pagar una remuneración. No obstante, en nuestra opinión, la subordinación sitúa el énfasis en las prerrogativas del empleador sobre el trabajador, consistiendo la principal de estas en la capacidad de poder impartirle órdenes a este último, quien se encontrará bajo sus instrucciones y directrices.

No hay que olvidar que el contrato de trabajo establece una obligación de medios, la cual radica en que el trabajador coloca a disposición del empleador su capacidad laboral. “El trabajador subordinado pone al servicio del otro contratante su “actividad profesional” (Deveali, 1964, pág. 559). Empero, esta obligación debe estar dirigida y orientada a lo que quiera o busque exactamente el empleador y/o a los intereses de la empresa, por lo que el trabajador debe *subordinar* su actuar a lo que éste solicite.

Thayer y Novoa apuntan: “La dependencia parte de una decisión que adopta el trabajador cuando decide poner a disposición del empleador sus conocimientos, capacidades, aptitudes, tiempo y persona, a fin de que el empleador ordene como hacerlas partes de la organización o empresa que dirige.” (2010, pág. 34)

Asimismo, agregan que existen variados elementos que son entendidos como manifestaciones de subordinación:

[...] continuidad de los servicios; prestación de servicios en forma permanente; obligación de asistencia; cumplimiento de horario; jornada de trabajo; estar sujeto a instrucciones, órdenes y supervigilancia; estar sujeto a control y fiscalización; rendir cuentas a un superior jerárquico; trabajar personalmente en la obra o prestar servicios en el lugar de la faena; estar sujeto a sanciones en caso de infracción de las órdenes impartidas; obligación de mantenerse a disposición del empleador; trabajar en el mismo lugar en que se encuentra el empleador; contar con la autorización correspondiente para ausentarse del trabajo; obligación de asumir la carga de trabajo diaria, sin que sea lícito rechazar las tareas encomendadas (Thayer & Novoa, 2010, págs. 35 - 36).

Es claro que en múltiples casos la subordinación se encontrará más acentuada dependiendo de la cantidad o la fuerza con que se den estos elementos. En su misma obra, Thayer y Novoa (2010) afirman que diversos tratadistas son de la firme opinión de que la subordinación como característica del contrato de trabajo no es el elemento que lo define radicalmente y que lo hace diferenciarse de los

demás contratos existentes (2010, pág. 37). En general, la subordinación no reviste por sí sola una cualidad tal que nos haga concluir de forma satisfactoria que nos encontramos frente a un contrato que deba regirse por la legislación laboral. Sobre este aspecto debemos estar de acuerdo dado que el contrato objeto de este estudio, cual es el arrendamiento de servicios inmateriales, puede celebrarse incluyendo alguno de estos elementos sin que necesariamente caiga en la esfera del contrato de trabajo. Esta delgada línea entre ambos contratos constituye una gran problemática en la práctica, y a pesar de no ser el tema central de esta investigación lo cierto es que es el primerísimo obstáculo con el cual nos vamos a encontrar a la hora de querer aplicar legislación relativa al derecho de autor. Sobre este tema ya nos referiremos conforme el avance de esta presentación.

Continuidad de los servicios

La continuidad de los servicios, tal como su nombre lo indica, envuelve que el trabajador preste sus servicios de una manera sostenida en el tiempo. Es de perogrullo el hecho de que, en un contrato de trabajo, ambas partes tengan la legítima expectativa de que, por un lado, el trabajador proporcione sus servicios de manera estable y que, por el otro, el empleador entregue de manera periódica, sistemática y fija, una remuneración a cambio de aquellos.

La pregunta de interés en este punto es cómo podría diferenciarse o distinguirse esto del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales. En el derecho argentino, Deveali reflexiona a partir del contrato de locación del art. 1493³ del antiguo Código Civil argentino, hoy art. 1251⁴, el cual alude a tareas “determinadas, concretas” (Deveali, 1964, pág. 582). Homologando su método, podemos comprobar que el art. 1915 de nuestro Código Civil también habla de un servicio. En este sentido, es dable pensar que el legislador tuvo en mente el arriendo de una sola prestación debido a que no se hubiera encargado de regular aquellas que consistían en una larga serie de actos sino fuera porque el servicio estaba pensado para realizarse, valga la redundancia, en un solo acto. Sumado a esto, el art. 10. n.º 3 de nuestro Código del Trabajo dispone que “El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones: “[...] 3.- determinación de la naturaleza de los servicios [...]”, reforzando la idea de que el legislador tenía en mente que el trabajo en sede laboral debía realizarse en más de un acto o prestación.

³ Art.1493.- Habrá locación, cuando dos partes se obliguen recíprocamente, la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra, o prestar un servicio; y la otra a pagar por este uso, goce, obra o servicio un precio determinado en dinero.

⁴ Art. 1251.- Hay contrato de obra o de servicios cuando una persona, según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución.

Inmediato a esto el autor apunta: “El contrato de trabajo se refiere a prestaciones múltiples, variadas, y también, en cierto modo, indeterminadas” (Deveali, 1964, pág. 582), y agrega: “Por ser lo continuo opuesto a lo transitorio, accidental o adventicio va de suyo que la continuidad, en este caso, es sinónimo de “permanencia” o “estabilidad” (Deveali, 1964, pág. 582).

Por otro lado, figuras como el contrato a plazo fijo o el contrato de duración indefinida nos indican que la continuidad de los servicios no necesariamente dice relación con el plazo de tiempo en que estos se prestaron. Por ejemplo, un contrato a plazo fijo por un año representa la continuidad de los servicios con igual claridad que el contrato indefinido. Las características de la continuidad dicen relación con la regularidad con la que el empleador coloca a disposición su fuerza de trabajo; es más, la periodicidad con la que se paga la remuneración, la jornada de trabajo, los días de descanso, incluso el tiempo de vacaciones sirven como guía orientadora para determinar cuándo estamos en presencia de este elemento.

3.2. Sobre la necesaria delimitación entre el contrato de trabajo y el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales

La cuestión que se nos presenta para efectos de este trabajo es dilucidar cuándo nos encontramos en presencia de un contrato de trabajo o de un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, sin olvidar que para cierta doctrina, la primera figura no es más que una variante del de arrendamiento de servicios y también que aquellos contratos de servicios en donde estos se prestan con un vínculo de dependencia, subordinación y continuidad, se encuentran tácitamente derogados por el Código del Trabajo aplicándosele esta normativa a los que cumplen con estas características.

Sobre este tema Perugini afirma que –el contrato de trabajo– “hasta la actualidad, nunca ha llegado a comprender en su concepto la totalidad del mundo de las prestaciones del trabajo humano” (2010, pág. 55) y “no ha logrado reemplazar otras modalidades de contratación de mano de obra que no responden a sus caracteres específicos” (2010, pág. 55).

Una de las principales diferencias que ostentan ambas figuras es la característica del vínculo de dependencia y subordinación. Este vínculo es una de las características esenciales del contrato de trabajo. “Su falta revela su inexistencia”, Olea (Citado por Alzaga Ruiz, 2001, pág. 99). Con esta cita, el autor nos otorga la fórmula para poder comprobar cuándo es que estamos en presencia de un contrato de arrendamiento de servicios y, aunque esta frase sea imprecisa e incluso rudimentaria, ya que consiste básicamente en descartar los elementos del contrato del trabajo, es la directriz más adecuada para guiarnos hacia la determinación de este contrato que, como ya hemos establecido, se encuentra pobremente regulado.

Como primera observación, debemos estar conscientes que la presencia en un contrato de un elemento que pareciera pertenecer a la esfera del contrato de trabajo, no quiere decir que inmediatamente estemos en presencia de uno. El contrato de trabajo se configura con la existencia conjunta del vínculo de dependencia, subordinación, la continuación de los servicios y por supuesto, de la remuneración. Cabe agregar que estos elementos deben ser ponderados tanto en relación a su cantidad numérica y a la intensidad con que estos se den, tal como apuntan Raso Delgue & Castello: “Es la suma de varios elementos, el peso específico de los mismos en la relación, la ponderación de los indicadores excluyentes con los de signo opuesto, lo que en definitiva permitirá concluir sobre la naturaleza de la relación” (2015, pág. 225). Aclarado esto entraremos de lleno al análisis.

El primer elemento del contrato de trabajo es el vínculo de dependencia, el cual, si bien se encuentra presente en el contrato de servicios, no se extiende ni se da con la potencia y claridad con que se presenta en el contrato de trabajo.

Recordemos que la dependencia es conocida también bajo el concepto de ajenidad, la cual se ha concebido desde dos aristas: la primera es la ajenidad comprendida como la “transmisión a un tercero de los frutos o del resultado del trabajo” (Palomeque & Álvarez de la Rosa, 2008, pág. 490). Los mismos autores indican que en el caso del contrato de servicios en España, la jurisprudencia ha indicado que lo que diferenciaría a este con el contrato de trabajo es “la propiedad inicial de los frutos (ausencia de ajenidad)” (Palomeque & Álvarez de la Rosa, 2008, pág. 494). Esto se da simplemente porque es el empleador quien coloca a disposición los medios para que el trabajador pueda realizar su trabajo. A juicio de Montoya la ajenidad consiste en que “la utilidad patrimonial del trabajo se atribuye a persona distinta del propio trabajador, a saber, el empresario” (2008, pág. 38).

La segunda arista es aquella que entiende la ajenidad como “trabajar sin asumir los riesgos del trabajo” (Montoya, 2008, pág. 38) posición a la que en la doctrina española adhiere Bayón Chacón y que en nuestra doctrina nacional recogen Thayer y Novoa.

Pedro Irureta ha dicho que:

Una de las características esenciales que se requiere para que el trabajo sea regulado por el ordenamiento laboral es precisamente la ajenidad. En efecto [...] el empresario es por lo general una persona ajena al oficio, no lo practica ni sería capaz de realizar sus faenas, aun cuando posee medios productivos que le permiten dirigir y organizar labores, elementos de los cuáles carece el trabajador. (Irureta, 2007, pág. 6)

“En cuanto a los indicios de la ajenidad [...]. Habrá que estar fundamentalmente al modo de retribución, a la participación en las pérdidas, a la aportación o no de medios de trabajo que supongan

una inversión económica importante, a la apropiación empresarial del bien o producto elaborado” (Albiol, Camps, López, García, & Sala, 2008, pág. 25)

Respecto a este punto y tratando de seguir la fórmula antes citada, debemos necesariamente concluir que el primer paso para determinar si estamos o no en presencia de un contrato de servicios es verificar si existen los requisitos de dependencia o ajenidad en comento, cuestión para la cual debemos percatarnos si el arrendatario de los servicios colocó o no a disposición del arrendador las herramientas necesarias para que éste llevara a cabo la prestación. De no ser así, estaríamos instalando un pie dentro de la órbita del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales. No obstante, este es un primer acercamiento por lo que no podemos calificar con vehemencia el contrato en virtud de un solo elemento.

Pensamos que la arista de la ajenidad relacionada con los riesgos no importa un aspecto distinto de la ajenidad entendida como la transferencia de los frutos, sino que es más bien la correlación directa de esta. Si el empleador se hace dueño de los frutos, lo lógico es pensar que él corra con los riesgos de que la producción encargada a su trabajador tenga o no un éxito, considerando que él es el dueño del medio de producción y quien “incorpora los frutos del trabajo al mercado percibiendo directamente los beneficios” (Palomeque & Álvarez de la Rosa, 2008, pág. 490).

Realizado este análisis surge entonces una conclusión de suma importancia. Si efectivamente la falta de estos elementos revela la inexistencia del contrato de trabajo, lo lógico es tratar de ubicar el contrato en las figuras afines a éste. Sabemos que estas son el contrato de arrendamiento de servicios tanto de confección de obra como los que consisten en una prestación inmaterial. El problema se manifiesta debido a que no podemos atribuirle esta característica a la totalidad de contratos de arrendamiento de servicios que se celebran diariamente en el tráfico jurídico. En este sentido:

La calificación se hace especialmente difícil en el contrato de trabajo debido a una serie de razones: [...]

2) [...] la coexistencia jurídica del contrato de trabajo con una serie de contratos vecinos de perfiles difusos o inconcretos a nivel causal que origina en la práctica una serie de zonas de calificación dudosa (Albiol, Camps, López, García, & Sala, 2008, pág. 315)

Entonces, puede perfectamente existir un contrato en donde el arrendatario coloque a disposición tanto sus instalaciones como sus materiales para que el arrendador pueda prestar su servicio sin que exista subordinación y/o la continuidad de servicios, cuestión que de igual forma acoplaría al contrato dentro de los servicios inmateriales, pero con la inclusión de las características de la ajenidad que son

la transferencia de los frutos y el riesgo que corre quien arrienda los servicios, si es que eventualmente esta persona quisiera colocar el producto en el mercado.

Sobre este último punto también existe una dificultad que, de estar bien delimitada, puede darnos mayores luces para determinar en presencia de qué contrato nos encontramos.

A propósito de esto comentan Olea y Casas: "[...] puede decirse que la ajenidad en los riesgos aparta el contrato de trabajo de los societarios, aunque no lo tipifica respecto de los demás contratos en los cuales sea indiferente para el deudor (aquí el trabajador) la utilidad que el acreedor (aquí el empresario) obtenga de su prestación" (2000, pág. 58).

Pero no solamente en la aportación de los medios por parte del empleador se dice que habría ajenidad y por tanto contrato de trabajo. Otros autores apuntan a que la ajenidad también implica la "inserción en la organización empresarial" (Lanata Fuenzalida, 2010, pág. 103) y que "la incorporación del trabajador adquiere fundamental importancia para la existencia de la relación de trabajo, pues ni el locador, ni el mandatario se integran, físicamente en una unidad laboral ajena". Krotoschin (citado por Perugini, 2010, pág. 64). Esto puede traducirse en hechos de carácter tanto materiales como abstractos, así "la adopción por parte del empresario [...] de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o del público, como la fijación de precios o tarifas o la selección de clientela [...]" (Rojo Torrecilla, 2009, pág. 13), "la utilización de uniformes, el porte de tarjetas identificatorias, el uso de activos de la empresa", (Rojo Torrecilla, 2009, pág. 14) etc. Lo importante acá es comprender que la adhesión a la organización empresarial del empleador es nota definitoria, e incluso para algunos autores, la más importante de que se está bajo la órbita del contrato de trabajo. Una persona que en nuestra legislación ha sido contratado en calidad de arrendador para que preste un servicio inmaterial puede colocar los materiales, estimar él mismo la forma en que debe prestar el servicio, trabajar paralelamente para otro empleador o empresa, no utilizar uniforme ni tener una jornada u horario de trabajo, tampoco una remuneración periódica, entre otros indicios que nos dan aun mayor claridad del hecho de encontrarnos frente a un contrato de arrendamiento de servicios. El mismo Eduardo Rojo concluye que:

El carácter dependiente de la prestación se manifiesta en una organización de la actividad profesional que obliga al profesional a realizar su actividad con arreglo a los criterios fijados por el empleador, con independencia de que la formalización jurídica del acuerdo se plasme en un pretendido contrato de arrendamiento de servicios (2009, pág. 14).

En el contrato de trabajo la ajenidad de los riesgos acarrea el hecho de que el empleador es también empresario y busca obtener un beneficio económico de esta transacción jurídica. Hay un especial

énfasis en el componente patrimonial y en la inversión que realiza el empleador, que tiene como base el hecho de que “[...] desea poder utilizar sin trabas esa fuerza de trabajo ajena [...]” (Ojeda Avilés, 2007, pág. 393), cuestión que lo lleva a decidir contratar y pagar una remuneración por el despliegue de un servicio por el cual el trabajador labora “[...] sobre materiales o utilizando cosas o instrumentos cuya titularidad no le pertenece. Esta ajenidad en la titularidad explicaría suficientemente el fenómeno de incorporación del resultado material del trabajo al patrimonio del titular efectivo.” (Ojeda Avilés, 2007, pág. 385).

No obstante, podemos figurarnos el caso de un contrato de servicios en donde el arrendatario de estos coloca a disposición las herramientas necesarias para llevar a cabo la prestación. Por ejemplo, una persona que contrata la confección de un retrato o pintura, cuyo interés final es colgar el lienzo en la pared de su casa para mero disfrute personal o para darlo como obsequio a otra persona. En esta situación hipotética no existe disposición por parte del arrendatario de querer ofrecer el producto al mercado para obtener una ganancia, se desvanece el elemento de que quien contrata servicios necesariamente espera tener utilidad, por lo que podríamos afirmar con total seguridad que no estamos frente a un contrato de trabajo, sino que a uno de prestación de servicios.

Debemos analizar ahora la subordinación. La habíamos conceptualizado como la capacidad del empleador de impartirles órdenes al trabajador. Empero, como ya habíamos mencionado, la doctrina chilena sobre este tema es exigua y la tendencia ha sido la de homologar los conceptos de dependencia y subordinación utilizándose estos de forma indistinta. Aun así, existen algunos autores nacionales que realizan un distingo, Gamonal y Guidi, por ejemplo, escriben que: “Subordinación aludiría a una noción jurídica de poder jerárquico y dependencia a una noción económica de precariedad del trabajador que requiere del trabajo para subsistir” (2015, pág. 48) y la profesora Irene Rojas sugiere que las expresiones plantean dos dimensiones:

Primera, como el vínculo de sujeción por parte del trabajador y, correlativamente, de mando por parte de quien ejerce la dirección de la empresa, es decir el empleado. Segunda, como la inserción del trabajador en la entidad que es la empresa y sujeción, por tanto, del trabajador a la organización y dirección de esta (2015, pág. 12).

Ahora, precisando un poco más esta idea, la doctrina (española en general) la ha entendido dentro del “círculo organicista rector y disciplinario del empleador” (Palomeque & Álvarez de la Rosa, 2008, pág. 491), también como “el poder de dirección y mando del empresario” (Albiol, Camps, López, García, & Sala, 2008, pág. 312) y como la facultad “de organización y dirección” (Olea & Casas, 2000, pág. 59) del empleador. A propósito de este elemento también se ha dicho:

La no integración en este ámbito o círculo es con seguridad el único dato *actual* que separa el contrato de trabajo del arrendamiento civil de servicios, aunque éste y su regulación civil sirvan hoy como cajón de sastre donde echar figuras contractuales atípicas y contratos innominados de servicios, en los que falte un mínimo de control o <<directrices> del empresario –y con ello un mínimo de inserción, incorporación o integración del trabajador– [...] (Olea & Casas, 2000, pág. 59).

No obstante, la subordinación se concretiza en diferentes elementos los cuales en general han ido determinándose junto con la evolución histórica del derecho laboral. Algunos de estos han pasado a ser obligatorios y, por tanto, elementos de la esencia del contrato de trabajo y otros han ido determinándose con el desarrollo jurisprudencial. En consecuencia, un buen punto de partida es verificar las cláusulas esenciales que debería contener un contrato de trabajo y a falta de éstas entraríamos, *en teoría*, en la esfera del contrato de servicios. Afirmamos esto porque puede ocurrir, por ejemplo, que en un contrato no se encuentre regulado el horario de trabajo, pero en la práctica el trabajador concurre en ciertas horas determinadas, de manera continua, por lo que el juez bien podría calificarlo igualmente como contrato de trabajo en virtud del principio de primacía de la realidad.

En nuestra legislación laboral, el art. 10 del Código del Trabajo establece las cláusulas que *al menos* debería contener el contrato de trabajo. Vamos a nombrar las más importantes que dicen relación con las facultades del empleador como son: la determinación de la naturaleza de los servicios y del lugar o ciudad en que hayan de prestarse, la inclusión de dos o más funciones específicas; sean estas alternativas o complementarias, el monto, forma y período de pago de la remuneración acordada, la duración y distribución de la jornada de trabajo y el plazo del contrato.

Sin embargo, existen muchos más elementos configuradores de la subordinación y es muy difícil que en el contrato de servicios no esté presente ninguno de estos componentes debido a que el contrato de trabajo es un derivado de este y es lógico que algunas de sus características coincidan con las del contrato del cual se originó y desarrolló. Por ejemplo, la remuneración casi siempre será una nota común en ambos contratos, a menos que las partes estipulen la gratuidad de la prestación, en cuyo caso el contrato indubitadamente sería de servicios.

Por lo tanto, para asegurarnos de estar en presencia de un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales debemos tomar en cuenta factores como la cantidad numérica de estos elementos y la intensidad con la que realmente se dan en la práctica. Así, a mayor cantidad e intensidad de estos nos encontraremos con más certeza dentro de la órbita del contrato de trabajo y, por el contrario, a menor

cantidad e intensidad podremos decretar con más seguridad el hallarnos dentro de la esfera de contrato de servicios.

A esto se refieren Palomeque y Álvarez de la Rosa: “La subordinación [...] es un concepto graduable que muestra distinta intensidad según la cualificación del trabajador, la organización del trabajo, los medios técnicos o el lugar o modo de la prestación de servicios” (2008, pág. 178). Luego citan una sentencia de fecha 09 de diciembre del año 2004 del Tribunal Supremo Español la cual discurre en que: “la nota de subordinación [...] está formulada en la ley con un alto nivel de abstracción que hace necesaria en muchos casos la utilización de indicios o hechos indiciarios para comprobar su concurrencia” (2008, pág. 179).

En último lugar, toca analizar la continuidad de los servicios. Una característica de la que sí podemos estar seguros es que en nuestro ordenamiento el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales debe consistir en un solo acto o por lo menos en actos discontinuos, situación muy diferente al caso del contrato de trabajo en donde tanto la doctrina comparada como la nuestra (Humeres, Thayer y Ojeda), admiten como elemento de este la relación de continuidad. Esto lo extraen primeramente del art. 8 inciso segundo del Código del Trabajo, el cual preceptúa: “Los servicios prestados [...] que se efectúan discontinua o esporádicamente a domicilio, no dan origen al contrato de trabajo.” Ante esto último la doctrina y la jurisprudencia son contestes en entender que la norma se extiende a todos los servicios, intrascendentemente del lugar donde se presten (Thayer & Novoa, 2010, pág. 39).

Adicionalmente, nuestra jurisprudencia ha dicho que la diferencia entre ambos contratos consiste en el “vínculo [...] estable y continuo” (Thayer & Novoa, 2010, pág. 47). La Corte Suprema en sentencia de fecha 22 de agosto del año 1961 declaró como contrato de arrendamiento de servicios a aquel donde el actor ‘solo efectuaba operaciones esporádicas’ (Thayer & Novoa, 2010, pág. 47).

El contrato de servicios es “normalmente de duración” (Palomeque & Álvarez de la Rosa, 2008, pág. 494) lo que quiere decir que típicamente tiene un tiempo de existencia definido. Esto lo podemos contrastar con el contrato de trabajo que, si bien no necesariamente es de duración indefinida, sí está pensando para tener una cierta durabilidad en el tiempo lo que da garantías tanto al empleador como al trabajador de que estarán en una situación jurídica más o menos estable.

A modo de conclusión podemos afirmar en primer lugar que existe una proliferación doctrinaria (principalmente española) con un nuevo enfoque que, ante el hecho de las nuevas tecnologías y el aumento de nuevos tipos de servicios han tratado de ampliar y flexibilizar las notas que caracterizaban al contrato de trabajo, por lo que el área gris que se presentaba ahora ha incrementado exponencialmente, colocando al límite los conceptos de subordinación, dependencia y ajenidad ya

que estos han comenzado a resultar insuficientes para calificar determinadas figuras contractuales. Se ha hablado incluso de la *crisis de la subordinación* y de la *huida del derecho del trabajo*. Resulta interesante destacar que específicamente en nuestra legislación contemplamos el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales como aquel en que predomina la inteligencia por sobre la mano de obra, en relación con las palabras de Adrián Goldin:

Se trata también de las tendencias hacia la desmaterialización del trabajo, que no es ya el del taylorismo, delimitado y perfectamente mensurable en unidades de tiempo, sino que se torna en cambio difuso y fragmentado, renuente, por tanto, a su captura por un derecho del trabajo que regula el empleo en la dimensión tradicional del tiempo. Esa desvalorización del tiempo material, que deriva de la desmaterialización del trabajo, vuelve sobre éste sustituyendo el objeto de la prestación, cada vez menos expresable en obligaciones de medios, más perceptible en cambio en obligaciones de resultado. Las instituciones y categorías del derecho del trabajo de los brazos y los cuerpos, del derecho del trabajo de la usina, deben dejar lugar a un derecho de *trabajo de los cerebros* que implica, sin lugar a dudas, un cambio notable en cuanto al grado de autonomía técnica y funcional del trabajador pero, más propiamente, un cambio en las formas de ejercicio del poder del empleador (2005, págs. 48, 49).

Se ha afirmado entonces que existe un “discreto retorno del arrendamiento de servicios” Valverde, Martín (citado por Raso y Castello, pág. 224). El autor mencionado afirma:

Este retorno discreto del arrendamiento de servicios [...] responde a determinadas transformaciones efectivas del sistema productivo y de la estructura ocupacional que han ampliado sensiblemente el área del trabajo autónomo... El retorno del arrendamiento de servicios ha puesto en evidencia que las notas de ajenidad y dependencia que caracterizan el contrato de trabajo suelen aparecer entrelazadas en las relaciones de trabajo, pero pueden también figurar separadamente. Valverde, Martín (citado por Raso y Castello, págs. 224 y 225)

Entonces, con matices y de todas formas analizándolo de manera casuística podemos afirmar que el contrato de trabajo se caracteriza en su dependencia y/o ajenidad la que se perfila mediante la poca autonomía que tiene el trabajador, ya que se encuentra incorporado a una estructura jurídica empresarial en donde el empleador o la empresa son quienes colocan a disposición las herramientas para que el trabajador ejerza su labor. En palabras de Perugini:

[...] la cuestión no es quién da las órdenes, sino que éstas se dan porque el contrato de trabajo supone que el empleador puede darlas porque el trabajador cede el resultado de trabajo para

que sea aplicado a una finalidad que le es ajena, necesidad que, como veremos, no es propia del empresario sino de la organización que comprende a ambos (2010, pág. 66).

Por el contrario, el contrato de arrendamiento deja la vereda un poco más libre para que el arrendador de los servicios tome las decisiones de cómo cumplir el encargo ya que se encuentra fuera de una organización empresarial y a diferencia del trabajador, puede disponer de su fuerza de trabajo de la manera en que mejor le acomode. Con indubitada razón se ha dicho que: “El no disponer, el carecer de iniciativa sobre el empleo de su propia fuerza de trabajo, sino el existir una disposición ajena sobre la misma, es la nota fundamental del trabajo dependiente” (Fernández-Costales, 2004, pág. 739).

En cuanto a la subordinación, Gamonal y Guidi nos dicen que los elementos constitutivos de ella son la “dependencia personal y la inserción del trabajador en la estructura de la empresa” (2015, pág. 48). Este último punto es lo que algunos homologan con el concepto de ajenidad tratado largamente en las páginas anteriores, por lo que nos centraremos en la dependencia personal, la que implica en el hecho de que el empleador pueda dar órdenes y direcciones al trabajador. Citando a Mascaro Nacimiento, Gamonal y Guido mencionan que “subordinación y poder de dirección son dos caras de la misma moneda” (2015, pág. 49) dándose en:

[...] un aspecto jerárquico cuando el trabajador se inserta en la organización de la empresa; en un aspecto económico dado que el trabajador requiere de trabajo para su subsistencia; en un aspecto técnico entendido como la dependencia del trabajador a las instrucciones del empleador y en un aspecto jurídico, que enfatiza la posición contractual del trabajador como aquel que debe someterse a las órdenes del empleador. (2015, pág. 29).

De todos estos aspectos de la subordinación, opinamos que el aspecto más adecuado para contrastar propiciamente el contrato de trabajo con el de arrendamiento de servicios inmateriales, es el aspecto de la subordinación técnica, puesto que muchas veces el arrendatario de los servicios querrá arrendárselos a otro sujeto basado en la propia falta de capacidad intelectual para poder disponer su fuerza de trabajo en dirección al propósito requerido. Por otro lado, en el ámbito laboral, puede percibirse al trabajador como falta de capacidad ya sea patrimonial, técnica e incluso social; la cual lo deja en una situación de necesidad y por tanto su mejor opción es colocarse bajo una relación de subordinación. En palabras de Gabriela Lanata esta realidad configura una de las fronteras del Derecho del Trabajo, la cual consiste en “[...] la hiposuficiencia del trabajador” (2010, pág. 101). De esta forma, volviendo al contrato de arrendamiento, la “hipersuficiencia” del arrendador de los servicios podría utilizarse como guía para diferenciar ambas figuras contractuales, ya que este último estaría dotado de una especial pericia técnica y/o de características o aptitudes personales. Esta

observación la hacemos guardando las proporciones, sin obviar la existencia de relaciones de subordinación y dependencia en donde el trabajador igualmente se encuentra mayor calificado que su empleador, pero que serviría de igual forma como una directriz que permita poder realizar un distingo entre ambas figuras o ayudar a la calificación jurídica de un contrato.

Otro aspecto que marca la diferencia es la subordinación jurídica, la cual permitiría al empleador ejercer medidas disciplinarias si sus trabajadores no realizan su labor. En cambio, el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales se rige por las disposiciones civiles, lo que nos lleva a concluir que el arrendatario no se encontraría facultado para sancionar a su arrendador por el incumplimiento de las obligaciones sino que debería entonces seguir el conducto regular aplicable a la generalidad de los contratos, en este caso, las reglas del incumplimiento de las obligaciones de hacer del art. 1553 de nuestro Código Civil.

Asimismo, reiteramos una vez más que el contrato de trabajo requiere de una continuidad de servicios. Gamonal afirma que “el contrato de trabajo es de tracto sucesivo, por lo cual la relación laboral no se agota mediante la realización instantánea de ciertos actos sino que dura en el tiempo” (1998, pág. 158) y que “en su tipología el derecho del trabajo tiene una clara preferencia por los contratos de duración indeterminada” (1998, pág. 159). El contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, por su parte, podría ser de ejecución instantánea o de ejecución diferida, pero la prestación de los servicios debe tener vocación transitoria, oponiéndose a una larga de serie de actos.

Cabe agregar además que también se ha dicho que en el contrato de prestación de servicios se caracteriza por “no existir una remuneración sino el pago de un honorario” (Walker Errázuriz & Arellano Ortiz, 2014, pág. 250).

Entrando a una clasificación civilista, el contrato de trabajo sería un contrato dirigido “en el sentido que la ley fija un marco dentro del cual el contrato debe suscribirse, no pudiendo contener condiciones y beneficios laborales inferiores a los que la ley establece en el contenido mínimo obligatorio, limitándose así de manera importante la autonomía de la voluntad” (Etcheberry Parés, 2009, pág. 60). También sería un contrato de adhesión ya que “es el empleador quien dispone las condiciones laborales en que se contratarán los servicios, sin que el trabajador tenga posibilidad de discutir o negociar, adhiriendo simplemente a la oferta formulada” (Etcheberry Parés, 2009, pág. 60). En cambio el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales es totalmente lo apuesto a un contrato dirigido: en el prima totalmente la autonomía de la voluntad sin que el legislador tenga que imponer cláusulas mínimas de contratación. De igual forma, es lo apuesto al tipo contractual de la adhesión,

es decir, un contrato libremente discutido, en donde las partes han deliberado en cuanto a su contenido, examinando y ventilando atentamente las cláusulas del contrato.

Este último punto nos lleva a mencionar la última gran diferencia del contrato de trabajo con el de arrendamiento de servicios inmateriales, para ponerle fin al exhaustivo trabajo de dilucidar cuáles son los límites de estos dos contratos que provienen de un tronco común. Afirma Gamonal: “El contrato civil se basa en igualdad de condiciones. No hay subordinación del trabajador. Por tanto, no hay protección a la parte débil del contrato” (2013, pág. 15). El trabajador es visto desde la mirada del legislador como una parte débil que debe ser protegida. Por el contrario, tanto arrendatario como arrendador se encuentran en igualdad de condiciones por lo que una última ayuda para diferenciar la delgada línea entre ambos contratos sería la de analizar si existe una parte contratante disminuida, que está en una relación vertical o si ambas parten se encuentran en una relación de horizontalidad.

4. La problemática del derecho de autor en los contratos de arrendamiento de servicios inmateriales

Toda vez que finalmente hemos repasado el estatuto legal que rige el ordenamiento de servicios en nuestro país y estudiado el contrato de trabajo con el solo fin de poder entender en qué se diferencian y lo más importante: cuándo es que estamos en presencia de un contrato u otro, arribamos a la problemática objeto de este estudio. Empero, antes de referirnos a aquella, resulta útil precisar los lineamientos principales que giran en relación al derecho de autor en nuestro país, con el fin de comprender cuáles son los derechos que otorga, cómo entran al tráfico jurídico, en qué consisten y por qué es relevante la interrogante de su titularidad, especialmente en el caso planteado en esta investigación, el cual se refiere a cuando la obra ha sido encargada por un tercero.

4.1. Referencia al derecho de autor

Tal como su nombre lo indica el derecho de autor protege el derecho de los autores. ¿Pero autores de qué? En nuestro país esta materia se encuentra regulada por la Ley n.º 17.336 del año 1970 y el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (en adelante el Convenio de Berna). La LPI en su art. 1 nos indica la respuesta estableciendo que protege los derechos de los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos.

El concepto de obra no se encuentra definida como tal en nuestra legislación. El profesor Manuel Bernet realiza mención a esta situación y discurre sobre el concepto de obra tutelada la que describe como aquella que es “producto de una actividad que tenga como origen una persona natural” (2014) y “que sea resultado de una actividad creadora” (2014). Por su parte, Dina Herrera al referirse a la

obra individual menciona: “caracterizan, [...] a este tipo de obra intelectual dos elementos: debe ser creada por una persona natural y debe ser una obra de una sola persona.” (1999, pág. 27).

En la doctrina comparada, Ricardo Antequera nos ofrece un concepto extraído y colegido de diversas legislaciones latinoamericanas que sí contemplan uno. Así, obra es “toda creación intelectual original, en el dominio literario, artístico o científico, susceptible de ser divulgada o reproducida por cualquier medio o procedimiento, u otra fórmula similar” (2000a, pág. 2).

En su Manual de Propiedad Intelectual, Elisa Walker establece que la obra, como objeto del derecho de autor debe cumplir tres requisitos, a saber: “El primero de los requisitos consiste en la existencia de una expresión. El segundo requisito es la originalidad. Finalmente, la ley exige que la obra sea de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos.” (2014, pág. 75).

La originalidad consiste básicamente en que “[...] la obra ha sido creada genuinamente por la persona del autor, sin haber copiado de una obra ajena.” (Schmitz Vaccaro, 2014, pág. 260), esto es, la obra tiene que ser una extensión del autor que refleje su interioridad. Más aun, incluso puede entenderse como un símbolo distintivo del creador, cuando al momento de apreciar una obra esta nos permita reconocer de forma instantánea quién es el autor solo por la forma en que se encuentra expresada. Es, en definitiva, “una producción del talento humano” (Antequera, 2003, pág. 4) y por supuesto, también de su intelecto.

Estas “formas de expresiones” pueden ser diversas y muy distintas entre sí por lo que su calificación como obra no puede ser llevada por el sendero de si es *buena* o *mala*, sino que bastará con que cuente con un mínimo de originalidad y se diferencie de otras para acceder a la protección. Como complemento de lo expresado, es preciso reparar que “[...] el examen de originalidad no conlleva de modo alguno efectuar un juicio acerca del mérito artístico, literario o científico de una obra en examen.” (Bernet Páez, 2014). Así “existe un consenso general sobre el hecho de que la calidad o el mérito de una obra son cuestiones de gusto y no tiene que ver con que se entienda por una obra” Stewart (citado por Colombet, 1997, pág. 16).

Por otro lado, que no sea una mera invención implica que no sea una idea. Las ideas no son objeto de protección porque les falta el elemento esencial ya mencionado: la forma de expresión. No ahondaremos en detalle sobre las semejanzas y diferencias entre el derecho invencional y el derecho de autor porque rebosa el tema de esta investigación pero bastará con entender que la invención es “una idea que constituye una regla técnica” (Badel, 2004, pág. 2) que “aprovecha o modifica las fuerzas de la naturaleza, para resolver un problema técnico [...] en el derecho de autor el objeto está en la forma de expresión formal [...]” (Antequera, 2003, pág. 2). Además, este último agrega: “la

invención tiene una finalidad estrictamente práctica o utilitaria [...] la obra, en cambio, tiene como objetivo el uso o disfrute intelectual [...]” (Antequera, 2003, pág. 2).

Para finalizar, la obra debe pertenecer a los dominios literarios, artísticos o científicos, como, por ejemplo, un libro, un cuadro o una publicación científica respectivamente. Sobre este punto no hay mucho más que comentar, solo que este catálogo debe apreciarse en un “sentido amplio” (Antequera, 2003, pág. 3) debido a que:

[...] no es una lista taxativa sino que constituye solo un ejemplo de las formas que pueden obtener protección. [...] de lo que se infiere que éstas son menciones especiales de obras protegidas, las que no excluyen las obras que no estén incluidas en la lista pero cuyas características generales las hagan merecerías de protección. (Walker Echenique, 2014, pág. 85)

4.2. La titularidad del derecho de autor en Chile. Reglas generales.

Por titularidad nos referimos a quien es el poseedor del derecho de autor. La regla general la encontramos en el art. 7⁵ de la LPI que establece que es titular original del derecho el autor de la obra. De la lectura de este precepto nos encontramos con dos conceptos distintos: el autor y el titular.

Nuestra legislación no otorga un concepto de autor. En la doctrina nacional podemos encontrarla definida como “[...] es la persona física que realiza la obra, (Herrera Sierpe, 1999, pág. 15). Elisa Walker nos ofrece un concepto más actual como [...]“la persona natural que crea la obra literaria, artística o científica que es objeto de protección legal” (2014, pág. 102).

En derecho comparado, la definición que más se maneja es la de Delia Lipszyc (1993) que establece que “corresponde a la persona que crea la obra” (1993, pág. 123). Por su parte Satanowsky lo define como “el que directamente realiza una actividad tendiente a elaborar una obra intelectual, una creación completa e independiente, que revela una personalidad, pues pone en ella su talento artístico y su esfuerzo creador [...]” (1954, pág. 265).

Como las obras solo pueden ser creadas luego de un proceso mental intelectual que las defina, se ha concluido que el autor solo puede ser una persona natural (Antequera, 2007; Lipszyc D. , 1993; Satanowsky, 1954; Walker Echenique, 2014).

Ahora, nuestra normativa nos establece que este autor será el titular original del derecho. Para Walker, “[...] el titular originario de la propiedad intelectual es aquel sujeto cuyo derecho surge en éste

⁵ Art. 7 LPI. Es titular original del derecho el autor de la obra. Es titular secundario del derecho el que la adquiera del autor a cualquier título.

directamente y de forma autónoma.” (2014, págs. 102-103)”. El autor es quien crea la obra y como la “La titularidad originaria es el correlato de la calidad de autor por lo que corresponde a las personas físicas que crean las obras” (Lipszyc D. , 1993, pág. 125), es bastante lógico colegir que solo al autor, como persona natural, le corresponde esta titularidad.

No obstante, la doctrina ha determinado la existencia también de la llamada “originalidad derivada”, que se configura cuando algunas de las facultades que originariamente corresponden al autor son transferidas a terceros. Estos terceros serían los titulares derivados, caracterizados como "quienes adquieren –la obra– del autor a cualquier título” (Herrera Sierpe, 1999, pág. 54) Con todo, no hay que confundirse, debido a que varias legislaciones en el mundo atribuyen titularidad originaria a personas distintas del autor, cuando ya hemos precisado que solo en este puede surgir el derecho originario. En efecto, la titularidad derivada nos es útil para explicar por qué personas jurídicas son también titularidades de derechos de autor y esto ocurre cuando se transfiere el derecho a otra persona ya sea natural o una jurídica. Lipszyc establece las modalidades bajo las cuales se puede adquirir derivadamente el derecho autoral, estas son: cesión (puede ser convencional o de pleno derecho por disposición legal), presunción de cesión o transmisión mortis causa (1993, pág. 125).

La LPI contempla algunos casos en donde, siguiendo la clasificación de Lipszyc, la titularidad recae en una persona distinta del autor, bajo lo que nosotros entendemos como una cesión de pleno derecho. Algunos autores se refieren a esta situación como los casos de “titularidad originaria” que recaen en una persona distinta del autor, pero ya hemos establecido que solo la persona física del autor puede ser titular originario. Profundizaremos sobre esto más adelante, toda vez que la titularidad es un punto de discusión en la problemática de esta investigación.

4.3. Contenido del derecho de autor

El art. 1⁶ inciso segundo de la LPI nos indica que el derecho de autor comprende los derechos patrimonial y moral. El artículo es claro, el derecho de autor se divide en dos vertientes: la de los derechos patrimoniales y morales. Los comentaremos brevemente.

Los derechos patrimoniales tal como se infiere de su nombre son aquellos que envuelven una dimensión económica. Dicen relación con la explotación de la obra y la facultad que detenta el autor para utilizar directa y personalmente o transferir, total o parcialmente sus derechos sobre ella y además de autorizar su utilización por terceros (art. 17 de la LPI). Así, bajo estos derechos “se

⁶ Art. 1 LPI. La presente ley protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina. El derecho de autor comprende los derechos patrimonial y moral, que protegen el aprovechamiento, la paternidad y la integridad de la obra.

reconoce universalmente que el autor debe percibir una remuneración por la utilización de creación” (Colombet, 1997, pág. 63).

Nuestra normativa en el art. 18 establece las formas de utilización de las que puede disponer el titular del derecho o el tercero autorizado y las define en el art. 5. Las mencionaremos a continuación.

Derecho de reproducción

Se encuentra consagrado en el art. 18 letra b) de la LPI y establece que el titular puede reproducir la obra por cualquier procedimiento. El art. 5 letra u) lo define como “la fijación permanente o temporal de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento.”

En los países de la tradición del *common law* se le conoce simplemente como el “derecho de copia” (copyright).

En palabras simples, consiste en “copiar” la obra de una manera tal que esta pueda utilizarse aun cuando el objeto que contenía la obra sea distinto al original. Por ejemplo, fotocopiar o sacarle fotos a un libro. Antequera indica que “las tendencias legislativas apuntan a definir la reproducción como la fijación de la obra en cualquier soporte o medio que permita su comunicación, así como la obtención de copias o parte de ella [...]” (2007, pág. 101).

Derecho de distribución

Se encuentra definido en el art. 5 letra q) como la puesta a disposición del público del original o copias tangibles de la obra mediante su venta o de cualquier otra forma de transferencia de la propiedad o posesión del original o de la copia.

El art. 18 e) establece meramente que es la facultad de autorizar la distribución al público de ejemplares de la obra. También especifica que la distribución puede ser tanto mediante la venta como cualquier otra transferencia de propiedad. No obstante, este artículo asimismo establece una salvedad, la cual consiste en que una vez que se realiza la primera venta o transferencia, el autor pierde el derecho de poder autorizar nuevamente la distribución al público. Por ejemplo, si una persona compra una copia de un libro, perfectamente después puede colocarlo nuevamente a la venta. A esto se le ha llamado el agotamiento del derecho de distribución.

Derecho de modificación

El art. 5 letra w) lo contempla como todo acto de modificación de la obra, comprendida su traducción, adaptación y cualquier otra variación en su forma de la que se derive una obra diferente. El art. 18

letra c) indica que es el derecho del autor o del tercero autorizado por este de adaptar la obra a otro género, o utilizarla en cualquier otra forma que entrañe una variación, adaptación o transformación de la obra originaria, incluida la traducción.

Derecho de comunicación pública y puesta a disposición

La LPI los establece en el art. 5 letra v).

El derecho de comunicación pública consiste en todo acto, ejecutado por cualquier medio o procedimiento que sirva para difundir los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, actualmente conocido o que se conozca en el futuro, por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin distribución previa de ejemplares a cada una de ellas. A pesar de lo intrincada de la definición lo cierto es que la comunicación pública estriba simplemente en transmitir una obra protegida por cualquier medio, sin tener que distribuir *tangiblemente* la obra y pudiendo el público estar o no reunido en un mismo lugar. Antequera da variados ejemplos, entre los cuales encontramos: “la radiodifusión (radio y televisión y sus transmisiones o retransmisiones por cable) o [...] en forma inalámbrica, conciertos [...], cines, bares, restaurantes [...]” (2007, págs. 106 - 107) incluso “[...] cárceles, hospitales y supermercados” (2007, pág. 107). Esto puede ser “*en vivo*, mediante televisores, altavoces o aparatos electromecánicos colocados en lugares públicos [...]” (2007, págs. 107 - 108).

El derecho de puesta a disposición es una variación del derecho de comunicación pública y se caracteriza por contener los mismos elementos de este último, pero con la diferencia de los miembros del público pueden acceder a la obra desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija. Esta distinción cobra más importancia en estos tiempos actuales, con el advenimiento de las plataformas de streaming como Netflix o Spotify que han aumentado la importancia de este derecho que tiene el titular, adicional al hecho de que el público puede disfrutar de la obra repetidas veces (a diferencia del cine, por ejemplo) por lo que la implicancia patrimonial podría ser mayor mientras esta tendencia vaya en aumento.

Derechos morales

En relación a los derechos morales, la LPI no otorga una definición de lo que se entiende por derecho moral, sino que solamente se remite a describir sus facultades. En virtud de aquello, debemos recurrir una vez más a la doctrina que define los derechos morales como aquellos que “tienen como finalidad salvaguardar el vínculo personalísimo que se establece entre el creador y su obra, y, por tanto, garantizan, esencialmente, que la explotación que se haga de la misma siempre se realice en determinadas circunstancias [...]” (Muñoz & Lastiri, 2017, pág. 71). Estas circunstancias las

encontramos en el art. 14 de nuestra normativa, pudiendo resumirse los derechos morales en: el derecho de paternidad de la obra, el derecho de integridad de la obra y el derecho de divulgación de la obra.

La paternidad de la obra es la facultad que “[...] permite que una obra necesariamente sea asociada con el autor, de tal forma que se asegura el reconocimiento de la estrecha relación que existe entre él y su creación.” (Walker Echenique, 2014, pág. 149). Es decir, es el derecho del autor de reivindicar su autoría cuando otra persona se atribuye la creación de su obra. En contrapartida, también es el derecho mantener la obra como seudónima cuando el autor no quiere dar a conocer su verdadera identidad.

La integridad de la obra consiste, según nuestra ley, al derecho del autor de oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación. Siguiendo el uso natural de las palabras, el Diccionario De La Real Academia Española indica que deformar es “transformar o cambiar algo mudando alguna de sus características” y mutilar es “cortar o quitar una parte o porción de algo que de suyo debiera tenerlo”. De esta forma, la deformación de una obra estaría dada por alterar de tal manera sus caracteres que ya no pueda reconocerse como la obra que era y, la mutilación consistiría en el acto de remover ciertos elementos de la obra los cuales una vez apartados ya no representan lo que autor quiso expresar. El derecho a oponerse a la modificación implicaría un aspecto más jurídico entendido como el derecho de oponerse a la utilización de las obras por parte de terceros que no contaban con autorización del titular. Por último, Antequera agrega: “Al tenor del art. 6 bis del Convenio de Berna, el derecho de integridad no está limitado a las modificaciones, supresiones o alteraciones de la obra, sino que se extiende también a ‘cualquier otro atentado’ que cause perjuicio al honor o a la reputación del autor” (2000b, pág. 10).

Para finalizar, el derecho de divulgación implica que “el autor escoge cuando hacer pública su obra.” (Mirosevic Verdugo, 2007, pág. 58, pie de página n.º 95).

En nuestra legislación este derecho se encuentra consagrado como la facultad de mantener la obra inédita⁷, empero, la intención que subyace a fin de cuentas es la misma; la prerrogativa del autor de poder mantener la obra en el “seno de su intimidad” (Antequera, 2000b, pág. 6) o liberarla hacia las demás personas, exponiendo “su propia reputación a la crítica” (Antequera, 2000b, pág. 6).

⁷ Art. 14 n.º 3 LPI n.º 17.336.

5. Ley de Propiedad Intelectual n.º 17.336 y reglas del Código Civil sobre arrendamiento de servicios inmateriales

Al comienzo de este capítulo revisamos el estatuto del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, sus diferencias con el contrato de trabajo y acabamos de analizar, sin ser exhaustivos, los temas del derecho de autor atinentes a la presente investigación. No obstante, ahora debemos preguntarnos ¿cómo es que tres áreas del derecho discurren en un punto común, enfrentándose a la misma problemática la cual es tratada de resolver desde la óptica de cada una? Desmenucemos este asunto:

Habíamos dicho que el derecho de autor está ligado íntimamente a la figura del autor. El autor solo puede ser una persona natural con capacidad intelectual, capaz de crear una obra que debe revestir las características de originalidad que revele una forma de expresión y no consistir meramente en una idea. De esta forma, la persona que crea la obra es el titular del derecho de autor, el cual envuelve dos ámbitos: el derecho patrimonial de autor y el derecho moral de autor. En este esquema básico, el autor reúne en su sola persona los distintos derechos en los cuales se divide el derecho autorial. También puede ceder su derecho patrimonial en virtud de la naturaleza intrínsecamente económica de este último y autorizar ciertos usos o derechos de explotación y obtener un rédito a cambio de aquello. No puede ceder sus derechos morales debido a que ellos son inalienables.⁸

El esquema entonces se complica si nos figuramos una relación laboral en donde los servicios que debe prestar el trabajador (autor, en este caso) consisten en la creación de una obra protegida, debido a que el empleador estaría remunerando una prestación la cual no podría explotar dado que la LPI otorga estos derechos al trabajador-autor.

En nuestra legislación, la LPI ha contemplado algunas excepciones a la regla general en donde la titularidad no recaerá en el autor. Estas excepciones presentan la nota común de encontrarse todas en el marco de una relación laboral. Así, algunos casos contemplados son la producción de programas computacionales⁹, la producción de enciclopedias, diccionarios, y otras compilaciones análogas¹⁰ y las obras creadas en un diario, revista y otras publicaciones periódicas¹¹ como las Agencias Noticiosas e Informativas¹². En todas estas situaciones el titular del derecho de autor es una persona distinta a la que crea la obra, pudiendo ser tanto una persona natural como una persona jurídica. Aquí, ya no se

⁸ Art. 16 Ley de Propiedad Intelectual n.º 17.336.

⁹ Art. 8 inciso segundo LPI n.º 17.336.

¹⁰ Art. 24 letra b) LPI n.º 17.336.

¹¹ Art. 24 letra c) LPI n.º 17.336.

¹² Art. 24 letra d) LPI n.º 17.336.

trata de “cualquier obra, sino que solo de aquellas que contribuyen al trabajo, es decir, las que se realizan en el ejercicio de las funciones laborales” (Walker Echenique, 2014, pág. 112).

En estos casos, vemos como el legislador atendió a las características de las obras más que a querer regular una situación jurídica determinada. Se genera el problema de qué es lo que ocurre en otras relaciones jurídicas en que media un contrato de trabajo y la prestación consiste en la creación de una obra protegida si no están dentro de los casos contemplados en la LPI. Esta pregunta, que ha sido reflexionada y tratada de responder por la doctrina laboral comparada –en especial la de España–, busca la respuesta en los elementos del contrato de contrato y las características en general de las relaciones laborales contemporáneas. Por lo general, la conclusión ha sido: los frutos del trabajo corresponden al empleador, basándose principalmente en la ajenidad de los frutos, el objetivo de ganancia del empleador y el pago de la remuneración por el servicio prestado.

Con todo, nuestra problemática no se detiene ahí. La LPI también contempla la figura del contrato de arrendamientos de servicios inmateriales y, sin embargo, nunca utiliza aquella denominación, sino que se refiere a “obras encargadas por un tercero” o simplemente se alude a “encomiendas a personas no sujetas a contrato de trabajo”. La normativa, al igual que para el contrato de trabajo, regula la titularidad para los programas computacionales realizados por encargo de un tercero¹³, las producciones encomendadas por un medio de difusión¹⁴, Agencias Noticiosas e Informativas¹⁵ o medios informativos de estaciones radiodifusoras o de televisión¹⁶ a personas no sujetas a contrato de trabajo y las fotografías por encargo.¹⁷ En estos tres casos, con algunos matices, le otorga al tercero que encargó la obra la titularidad del derecho de autor.

Cabe preguntarse nuevamente, ¿a quién corresponde la titularidad de los derechos patrimoniales de autor de una obra protegida bajo la LPI y contratada bajo la modalidad del arrendamiento de servicios inmateriales en los casos no contemplados por la LPI? Ya adelantamos que esta figura es de difícil determinación, a veces quedando en un área gris con el contrato de trabajo y se rige por un puñado de normas que además se remiten a la figura del contrato de confección de obra material regulada en el Código Civil. Por último, cabe señalar que el derecho autoral protege el derecho que tienen todos los autores sobre sus obras por el solo hecho de la creación y si bien, generalmente la obra se materializa en un soporte material, es una cosa incorporal (los derechos) la que goza del amparo de la LPI.

¹³ Art. 8 inciso tercero LPI n.º 17.336.

¹⁴ Art. 24 letra c) número 1) LPI n.º 17.336.

¹⁵ Art. 24 letra d) LPI n.º 17.336.

¹⁶ Art. 24 letra d) LPI n.º 17.336.

¹⁷ Art. 34 LPI n.º 17.336.

A nuestro juicio, en el entendido de que se celebre un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales cuyo caso no se encuentre regulado por la LPI, y a falta de regulación expresa tanto al nivel del Código Civil como de la LPI, el derecho patrimonial de autor lo sigue detentando el arrendador-autor como creador de la obra y si bien la aparente solución normativa traería consigo algunos problemas contractuales, la otra opción consistiría en vulnerar el derecho de autor de los creadores el cual incluso ostenta protección de rango constitucional.

En el siguiente capítulo realizaremos una comparación no exhaustiva con figuras similares en el derecho comparado (“contrato de obra por encargo”, “*work made for hire*”, etc.). Si bien algunos ordenamientos tienen contemplada la figura de la obra por encargo, las soluciones partirán de lo que establezca su normativa de derecho de autor y si esta no da luces, lo que establezca su propia normativa civil en relación a este tipo de contratos.

CAPÍTULO II: APLICACIÓN DE LAS REGLAS DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS INMATERIALES CUANDO EL SERVICIO CONSISTE EN LA CREACIÓN DE UNA OBRA PROTEGIDA BAJO LA LEY N.º 17.336.

1. Planteamiento general

Una vez centrados en la hipótesis de este trabajo, debemos abocarnos a la tarea de analizar cuáles son los efectos que produce la celebración de un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales en relación con la titularidad de los derechos de autor cuando se ha encargado la creación de una obra protegida. Debemos partir de la base que, como habíamos mencionado anteriormente, la LPI no regula esta figura sino que la menciona para casos puntuales dejando en velo los efectos en los casos no contemplados en ella. Por tanto, en un primer apartado haremos mención de las situaciones que sí se encuentran reguladas y cuáles efectos particulares producen y en un segundo nivel, analizaremos cuáles serían los efectos que produciría la celebración de un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales cuando la obra protegida no sea de aquellas contempladas en la LPI.

2. Casos expresamente regulados por la Ley n.º 17.336 sobre propiedad intelectual

2.1. Programas computacionales realizados por encargo de un tercero

El art. 8 de la LPI dispone:

“Se presume autor de una obra, salvo prueba en contrario, a quien aparezca como tal al divulgarse aquella, mediante indicación de su nombre, seudónimo, firma o signo que lo identifique de forma usual, o aquélla quien, según la respectiva inscripción, pertenezca el ejemplar que se registra.

Tratándose de programas computacionales, serán titulares del derecho de autor respectivo las personas naturales o jurídicas cuyos dependientes, en el desempeño de sus funciones laborales, los hubiesen producido, salvo estipulación escrita en contrario.

Respecto de los programas computacionales producidos por encargo de un tercero, se reputarán cedidos a éste los derechos de su autor, salvo estipulación escrita en contrario.”

Los programas computacionales no fueron previstos en la redacción original de la LPI. Estos fueron agregados por medio de la Ley n.º 18.957 del año 1990 debido a que el “[...] indudable auge y desarrollo que ha experimentado la industria de programas computacionales en nuestro país, ha hecho

indispensable reconocer en forma clara y precisa el derecho que sus autores tienen sobre estas obras del intelecto, otorgándoles una eficaz protección dentro del marco del Derecho de Autor” (Historia de la Ley n.º 18.957, 1990, pág. 3).

En un análisis de este precepto, el inciso segundo primera parte del art. 8 se refiere a los programas computacionales creados bajo una relación laboral, estableciendo que “Tratándose de programas computacionales, serán titulares del derecho de autor respectivo las personas naturales o jurídicas cuyos dependientes, en el desempeño de sus funciones laborales, los hubiesen producido, salvo estipulación escrita en contrario.” En este inciso, no se habla de persona natural o jurídica, sino solamente de un “tercero”; no obstante esto, Walker señala que “[...] es posible concluir que el tercero puede ser tanto una persona natural como jurídica ya que la ley no restringe la aplicación de la noción de ‘tercero’.” (2014, pág. 105).

La segunda parte del inciso segundo del art. 8 de la LPI nos menciona que “Respecto de los programas computacionales producidos por encargo de un tercero, se reputarán cedidos a este los derechos de su autor, salvo estipulación escrita en contrario.”

Así, en todo el inciso segundo del art. 8 nos encontramos con la llamada doctrinariamente “presunción legal de cesión”, la cual es una excepción a la regla general contenida en la LPI consistente en radicar la titularidad de los derechos de la obra en la persona natural del autor, así: “De manera excepcional, se admite la cesión de derechos patrimoniales a un tercero, por lo que es de derecho estricto. Las formas admitidas en nuestro ordenamiento para estos efectos son la cesión convencional de derechos, la presunción de cesión de derechos y la cesión legal.” (Jara Luengo, 2017, pág. 27).

En la doctrina comparada, Ríos Pinzón menciona que estaríamos frente a unas de las formas de transferencia del derecho patrimonial de “origen legal” (2012, pág. 242) en una de sus variables de “presunciones de transferencia” (2012, pág. 243). Lo que quiere decir esto es que “el legislador considera que de darse ciertos supuestos opera una transferencia de derecho, pero tal presunción admite prueba o pacto en contrario” (2012, pág. 243).

A este respecto, resulta interesante el hecho de que quiso reformarse la LPI, incorporándose como objeto protegido los programas computacionales para otorgarles protección a los autores, cuando lo cierto es que el efecto es todo lo contrario: en la creación de estas obras, tanto en relaciones laborales

como independientes, se invierte la regla general y la titularidad será del empleador o de quién encargó la obra.

Al parecer no existe un trasfondo trascendente con respecto a esta decisión. En la historia de la Ley n.º 18.957, en específico en el mensaje del ejecutivo, la única referencia para justificarla es que:

[...] es frecuente en la industria de los programas computacionales que su creación sea efectuada por encargo de un tercero, a fin de satisfacer sus necesidades específicas. Se propone incorporar un inciso cuarto que reconozca y regule esta realidad, disponiendo que los derechos del autor se entiendan cedidos a aquel tercero que encargó la obra. (Historia de la Ley n.º 18.957, 1990, pág. 5).

Es decir, esta excepción a que la titularidad de los derechos de autor no se radique en este último, se decidió en torno a una práctica común de negocios más que a un análisis jurídico de los efectos generales de la legislación. Es más, se ha dicho que “Estas situaciones explicables dicen relación, como es fácil apreciar, con las inversiones que se realizan y, por cierto, con el *fuerte lobby* que la industria cinematográfica y del software han llevado a cabo [...]” (Schuster Vergara, 2004, pág. 35). Aquello es criticable desde el punto de vista del autor, quien sólo recibirá una remuneración a cambio de entenderse cedidos todos sus derechos patrimoniales. Pensamos que en último lugar el efecto podría haber sido una presunción de autorización de uso en términos amplios y generosos para el empleador o arrendatario, entendiéndose por ejemplo que en el presunto licenciamiento se comprendan varios derechos, que abarque un vasto territorio y/o un amplio espacio temporal, etc., pero no arrebatarle los derechos al autor como persona natural creadora. Sobre esto reflexiona Schuster al afirmar: “No es comprensible que la propiedad intelectual establezca su determinación temporal en base a la vida de la persona física que crea la obra, y que este sujeto de derecho desaparezca en medio de una multitud de presunciones de cesión de derechos, que impiden que el fundamento de la legislación de derecho de autor se cumpla.” (2009, pág. 384)

Asimismo, otra crítica que se apunta a las presunciones de cesión es el del hecho de que “el modo normal, especialmente en cuanto al autor de obras intelectuales, de obtener una ventaja económica de su creación intelectual es precisamente la transferencia, mediante una compensación, de su derecho patrimonial” Galgano Francesco (citado por Guidi Moggia, 2008, pág. 127). Este asunto nos parece bastante importante y poco analizado: las presunciones de cesión no sólo son una excepción a la regla general de que el derecho de autor recae en este mismo, sino que también lo priva de la posibilidad

de comercializarlo asumiéndose que el precio pagado por el encargo representa el valor del derecho y no de la obra en su dimensión material. De este modo “[...] si la razón de ser de las normas de derecho de autor es el reconocimiento de una propiedad que surge de la personalidad misma del autor, [...] es inexcusable precaver la participación permanente del autor en el resultado económico de su obra.” (Schuster Vergara, 2009, pág. 384).

En el caso particular de los programas computacionales y en general, de todos los casos contemplados en la LPI en donde se transfiera vía legal la titularidad a un tercero distinto del autor también podría ocurrir el llamado “éxito insospechado de la obra” es decir, el arrendatario de los servicios se hace de cuantiosas ganancias, elevadas muy por sobre el desembolso que realizó por el encargo, situación en donde el contrato perdería su conmutatividad en perjuicio del autor, ya que en virtud del efecto contemplado en la LPI, la parte llamada a ser protegida por esta no podrá participar de aquellos beneficios.

2.2. Producciones encomendadas por un medio de difusión, Agencias Noticiosas e Informativas o medios informativos de estaciones radiodifusoras o de televisión a personas no sujetas a contrato de trabajo

El art. 24 letra c) n.º 2 establece: “Tratándose de producciones encomendadas por un medio de difusión a personas no sujetas a contrato de trabajo, aquél tendrá el derecho exclusivo para su publicación en la primera edición que se efectúe después de la entrega, a menos que hubiere sido encargada expresamente para una edición posterior. Transcurrido el plazo correspondiente, el autor podrá disponer libremente de ellas.” Acá se radica la titularidad de un derecho (el de publicación) en una persona distinta del autor, el cual “[...] está sujeto a estrictas restricciones. Según la ley, este derecho expira con la publicación en la primera edición que se efectúa después de la entrega [...]” (Walker Echenique, 2014, pág. 112). Acorde a esta última: “Una vez realizada dicha publicación, el autor de la obra en cuestión pasa a ser titular del derecho de publicación, quien podrá ejercer dicha facultad sin restricción [...]” (2014, pág. 112).

Si bien la norma es clara y sería sobreabundante analizar su contenido, como acotación se ha criticado la ineficacia de esta norma para “[...] reglamentar las nuevas formas de explotación de las obras periodísticas en el ambiente digital.” (Bernet Páez & Sierra Herrero, 2018, pág. 31). Este reparo nace porque el art. 24 letra c) n.º 1 y n.º 2 realiza mención al concepto de “publicación” el cual se define, según el art. 5 letra o) de la LPI como “la oferta al público de la obra, interpretación o ejecución fijada

o del fonograma, con el consentimiento del titular del derecho, siempre que los ejemplares tangibles se ofrezcan al público en cantidad suficiente.” Por lo tanto, se concluye que este articulado “[...] sólo será aplicable respecto de aquellas obras confeccionadas por profesionales de la prensa [...] exteriorizadas en soportes materiales o tangibles.” (Bernet Páez & Sierra Herrero, 2018, pág. 23), cuestión evidentemente obsoleta en estos tiempos en que las obras periodísticas tienen una amplia difusión mediante publicaciones electrónicas o en línea.

Estando de acuerdo con el hecho de que la norma ya no se adecua a las nuevas formas de explotación y dejando esta situación de lado, en nuestra opinión, la norma equilibra los intereses de ambas partes. Por un lado, el arrendatario obtiene la explotación exclusiva de la obra en la primera edición, lo que resulta concordante con la naturaleza de las obras encargadas por los medios de difusión, agencias noticiosas, etc., y por el otro, el arrendador-autor recupera su derecho luego que este sea ejercido en los términos que establece la LPI. No se cede el derecho a perpetuidad al arrendatario, sino que se conserva el derecho patrimonial del arrendador-autor de poder seguir utilizando su obra, lo cual se encuentra en consonancia con los lineamientos de la tradición continental del derecho de autor a la que pertenecemos.

En relación con esta excepción, en el art. 24 letra c) n.º 1 de la LPI realiza mención a las obras que contienen los diarios, revistas y publicaciones, pero se refiere a aquellas que fueron creadas por el personal sujeto a contrato de trabajo. Para estos casos dispone que la empresa periodística y las agencias noticiosas (art. 24 letra d se remite a la letra c del mismo articulado) adquieren el derecho de publicar las obras en los diarios, revistas o periódicos en que los autores presten sus servicios, reteniendo estos los demás derechos que la LPI ampara. Con respecto a este artículo existe una sentencia¹⁸ en nuestro país dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en la cual rechaza la acción indemnizatoria interpuesta por un periodista dependiente en contra de su empleador, The Associated Press (Agencia de Noticias). El demandante alegaba en base a la normativa mencionada, que la agencia no sólo publicó sus trabajos en sus propios medios, sino que también distribuyó/comercializó el material mediante la venta a terceros, constituyendo esto una infracción al derecho patrimonial de distribución. La Corte negó tal circunstancia al considerar que era parte del giro esencial de la agencia de noticias como empresa el poder revender estas obras a cambio del pago de la remuneración. De esta manera, la jurisprudencia está sentando como directriz para interpretar esta norma el “[...] determinar cuáles son las facultades patrimoniales específicas sobre las obras creadas por los dependientes que son cedidas tácitamente al empresario en virtud del contrato de

¹⁸ Sentencia Rol n.º 3010-2015, de fecha 24 de agosto del año 2016, Corte de Apelaciones de Santiago.

trabajo.” (Bernet Páez & Sierra Herrero, 2018, pág. 42) en virtud de la actividad esencial del empleador.

2.3. Fotografías por encargo

El art. 34 de la LPI establece que “Corresponde al fotógrafo el derecho exclusivo de reproducir, exponer, publicar y vender sus fotografías, a excepción de las realizadas en virtud de un contrato, caso en el cual dicho derecho corresponde al que ha encargado la obra [...]”.

No obstante, la redacción de este artículo no fue originalmente pensada de esa manera, así en el primer trámite constitucional, particularmente en el Mensaje del Ejecutivo, se proponía:

Art. 36. Corresponde al fotógrafo el derecho exclusivo de reproducir, exponer, publicar y vender sus fotografías, a excepción de:

- a) Las realizadas en virtud de un contrato de arrendamiento de servicios o de ejecución de una obra material, caso en el cual dicho derecho corresponde al empleador o al que ha encargado la obra, respectivamente;
- b) Las reproducciones fotográficas de pinturas, esculturas, grabados y otras obras de arte análogas, de dominio público, y
- c) Las fotografías puramente documentales.

La cesión del negativo o del medio análogo de reproducción de la fotografía implica la cesión del derecho exclusivo reconocido en este artículo. (Historia de la Ley n.º 17.336, 1970, pág. 44)

Llamativamente, se mencionaba en el proyecto de ley como una de las excepciones a la titularidad originaria del fotógrafo, “las fotografías realizadas en virtud de un contrato de *arrendamiento de servicios o de ejecución de una obra material*” (Historia de la Ley n.º 17.336, 1970, pág. 15). Al mismo tiempo, se contemplaban más excepciones en perjuicio del fotógrafo, como las reproducciones de obras de arte de dominio público y las puramente documentales. Sin embargo, en el Informe de Comisión de Constitución la letra a) es modificada, quedando: “a) Las realizadas en virtud de un contrato, caso en el cual dicho derecho corresponde al que ha encargado la obra.” (Historia de la Ley n.º 17.336, 1970, pág. 68). En la Historia de la LPI no se indican las razones de por qué se suprimió, pero creemos que fue con la intención de no restringir la excepción solamente a dos tipos contractuales sino que a cualquier figura que sugiriera un encargo.

Ya en el segundo trámite constitucional, en el Primer Informe de Comisión de Constitución, se suprimieron las letras b) y c), nuevamente sin explicación, por lo que pensamos que es debido al hecho que esos temas se circundan más a las limitaciones y excepciones al derecho de autor –b) Las reproducciones fotográficas de pinturas, esculturas, grabados y otras obras de arte análogas, de dominio público, y c) Las fotografías puramente documentales–, tópico que es tratado en otro capítulo de la LPI.

Asimismo, hasta el año 2003, la LPI contemplaba sobre las fotografías un art. 35, el cual establecía:

Art. 35. Para gozar de la protección antedicha, los ejemplares de la fotografía deberán llevar las siguientes indicaciones:

- 1) Nombre del fotógrafo o de quien le haya encargado el trabajo;
- 2) El año de reproducción de la fotografía;
- 3) El nombre del autor de la obra de arte fotografiada, si fuere el caso, y
- 4) La nota "Prohibida la reproducción".

Cuando el ejemplar de la fotografía no lleve dichos datos, podrá ser libremente reproducida.

Este precepto fue derogado por la Ley n.º 19.914 del año 2003 que Adecua La Legislación Que Indica Al Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América (en adelante TLC). Así, nuevamente sin explicaciones y/o debate en la historia de la LPI, esta, en su art. 3 n.º 7 deroga el art. 35 de la LPI. A pesar de aquello, opinamos que el art. 35 era una norma imperativa de requisitos que imponía a los autores, en este caso los fotógrafos, a cumplir en sus ejemplares una serie de indicaciones para gozar de la protección, cuestión que entra en abierta contradicción con el art. 1 de la LPI, el cual dispone que protege los derechos por el sólo hecho de la creación. De esta forma, resultaba contraproducente que en la LPI hubiese una norma que imponía una carga al sujeto objeto de protección, al mismo tiempo que el efecto establecido en el inciso final del nombrado artículo permitía que, de no cumplirse los requisitos, la obra podía ser libremente reproducida dejando desamparados en sus derechos a los autores-fotógrafos.

3. Situaciones no reguladas por la Ley n.º 17.336 sobre propiedad intelectual

Remitiéndonos al capítulo anterior, sabemos entonces que la importancia de dilucidar los efectos en las demás situaciones no reguladas por la LPI no es menor dado que la nueva economía en la que nos encontramos insertos provoca una precarización de las relaciones laborales, trayendo como

consecuencia que estas se muevan de la esfera del Derecho del Trabajo hacia el Derecho Civil bajo la forma del contrato de arrendamiento de servicios y, particularmente el que nos importa, del arrendamiento de servicios inmateriales.

Una vez delimitado nuestro escenario, la situación se coloca cada vez más compleja porque tenemos un contrato que debe ser celebrado e interpretado bajo las normas y principios inspiradores del derecho civil, pero al mismo tiempo la prestación se centra en que el arrendador-autor debe desplegar una actividad intelectual que resultará en la creación de una obra literaria, artística o científica protegida por el estatuto de la LPI. El derecho de autor como rama independiente también tiene sus propios principios y no contento con aquello es, por lo demás, un derecho peculiar que nos lleva hasta el límite en cuanto a su análisis debido a la gran cantidad de interrogantes, dudas e incluso sinsentidos que a veces se pueden apreciar a la hora de estudiar ciertas hipótesis relacionadas con esta materia. Así lo afirma Campos Micin refiriéndose a la situación del empleador y el trabajador-autor pero que de igual forma podemos replicar para hacer valer este punto:

[...] la situación referida genera importantes desafíos para aquellos casos en cuya resolución incidan principios informadores de ramas distintas del ordenamiento jurídico, pues, en caso que la aplicación de uno u otro principio conlleve a decisiones diametralmente opuestas, la inexistencia de reglas positivas generará inseguridad jurídica y resigna un peligroso espacio de discrecionalidad judicial. (Campos Micin, 2018, pág. 183)

Entonces, en primer lugar, debemos recoger y sintetizar cuáles son las cuestiones o asuntos que generan problemas, reparos, dudas e incluso perplejidades cuando se celebra un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales que genera una obra protegida. En segundo lugar, analizaremos los efectos de esta misma figura en legislaciones comparadas, centrándonos principalmente en países como México, Brasil, Colombia y EE.UU., con el fin de que puedan darnos luces sobre los efectos que el mismo contrato pueda tener en nuestro país. En último lugar y luego de toda aquella labor arrojaremos conclusiones fundadas sobre los efectos del contrato en el ordenamiento jurídico chileno y posibles críticas a aquellos.

3.1. Análisis y alcances del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales en relación con la obra protegida

a. Propiedad del soporte material y propiedad intelectual de la obra

La piedra angular y la razón por la que quizás ocurren en un primer lugar las discusiones en torno al uso de una obra comienza por el entendimiento erróneo pero legítimo, de que el arrendatario al convertirse en dueño de la obra mediante el pago de un precio puede, en principio, disponer como quiera de ella.

Lo primero es distinguir. La ejecución del servicio que culmina con la creación de una obra protegida contendrá a esta en un soporte material y/o físico. Así, una obra literaria podrá presentarse como un conjunto de hojas o como un escrito generado en un procesador de textos; una obra musical podría contenerse en un disco compacto o en un dispositivo de almacenamiento de datos; las pinturas, las esculturas, los dibujos... etc., son por naturaleza tangibles. Lo importante es que puedan percibirse por los sentidos como dice el Código Civil al definir las cosas corporales. No obstante esto, la LPI en su art. 1 establece que “protege los derechos que por el solo hecho de creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia” y el inciso segundo del precepto en comento nos indica que “el derecho de autor comprende los derechos patrimonial y moral.” Los derechos, tal como nos indica el art. 565 del Código Civil son cosas incorpóreas, por lo tanto, lo primero que debemos entender que es que existe una dualidad; en primer lugar la obra en su sentido material, la actividad creativa plasmada en un soporte, y en segundo lugar, los derechos de autor patrimonial y moral que otorga la LPI, los cuales son cosas incorpóreas que el *autor adquiere* y que se diferencia de la materialidad de la obra. Dice Schuster:

[...] lo que interesa no es la condición de dueño de un bien según los modos de adquirir el dominio de las cosas, sino la titularidad originaria de la obra en función de la persona de su creador, más allá incluso de la circunstancia de ser o no dueño del corpus, esto es, de la materialidad formal [...] (Schuster Vergara, pág. 2)

Entonces, es importante entender que un sujeto puede ser dueño de la materialidad de la obra y el autor (o incluso otra persona que sea un titular derivado) ser titular de los derechos que le concede la LPI y que no por el hecho de haberse transferido la propiedad de la obra material se transfieren con ella los derechos patrimoniales o morales.

Esta conclusión es conteste no sólo en nuestra doctrina, así:

[...] la mayoría (de las legislaciones) reconoce respecto al soporte material de cualquier tipo de obra, que los derechos morales y patrimoniales reconocidos al autor son independientes de la propiedad del objeto físico que contiene la creación, de manera que el adquirente de este último no tiene, por ese sólo título, ningún derecho de explotación sobre la obra. (Oficina Internacional de la OMPI, 1996, pág. 115)

Una vez aclarado esto no es difícil colegir el problema. La clásica noción de propiedad nos lleva a pensar que el dueño de la obra puede usar, gozar y disponer de ella arbitrariamente. En el campo del derecho de autor aquello es impreciso debido a que las prerrogativas dadas al autor como protección a su creación se enlazan con los atributos del dominio. De esta forma, a modo de ilustración, la facultad de disponer materialmente de una cosa de mi propiedad, como por ejemplo, destruirla, puede ocasionar la infracción al derecho moral de integridad en esta rama del derecho. Así lo menciona Evangelio: “En efecto, la propiedad del comitente sobre el soporte material de la obra encuentra ciertos límites en los derechos de reproducción, transformación y distribución del autor” (2006, pág. 17).

La cuestión se vuelve aún más complicada cuando las partes son legos en el tema. Así, el arrendatario de los servicios puede creer que por el sólo hecho de hacerse dueño del soporte material de la obra puede disponer de ella legítimamente cuando en verdad no necesariamente detentará los derechos de autor correspondientes y en otra cara de la moneda, el arrendador-autor puede creer erróneamente que al transferir la propiedad ya no es titular del derecho de autor, perdiendo la posibilidad de ejercer sus derechos patrimoniales y/o morales.

b. Posición del arrendador-autor en relación a la obra creada por la ejecución del servicio

Siguiendo muy de cerca la línea del primer capítulo, podemos dar cuenta de dos situaciones que pueden presentarse en este caso. Por un lado, tenemos al arrendatario de los servicios que encarga una obra para mero disfrute personal y por otro tenemos al mismo arrendatario de servicios que, no siendo empleador, encarga la obra con el fin de explotarla y obtener un beneficio económico. De la sola naturaleza de esta situación nos podemos percatar que los efectos esperados por esta parte podrían ser diversos. El arrendatario que solamente encarga la obra con fines de uso personal y/o estéticos, no estaría, en principio, interesado en que los derechos patrimoniales le sean cedidos o

licenciados porque no busca un beneficio económico. Por el contrario, al arrendatario que encarga la obra con el fin de explotarla sí le concierne si los derechos le son cedidos o licenciados. Acá existe una diferencia sustancial con el contrato de trabajo, dado que en ese caso partimos de la base de que el empleador quiere siempre explotar la obra. En una primera aproximación, la sede civil en que nos encontramos podría llevarnos por un camino que se bifurca. Así, el art. 1560 del Código Civil consigna que “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”. Por aplicación de esta norma de interpretación de los contratos podríamos concluir que, si la intención del arrendatario nunca fue la explotación de la obra, entonces del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales no se podría presumir o entender una cesión o autorización de uso... y, por el contrario, si la intención era claramente obtener un beneficio económico mediante la explotación podría argumentarse, bajo la luz del mismo art. 1560 que sí podría haber una cesión de derechos o un licenciamiento. No obstante esto, la posibilidad de una cesión o autorización tácita es una cuestión que, si bien no podemos decir que existe una discusión doctrinaria prolifera en el campo del derecho de autor, sí podemos afirmar que se ha ventilado en tribunales¹⁹, situación a la que nos referiremos con posterioridad conforme avance esta exposición.

c. Anulabilidad por falta de causa del contrato

Sin entrar en distinciones doctrinarias, el Código Civil, en su art. 1467 dispone que por causa se entiende el “motivo que induce al acto o contrato”. Habiéndonos referido con anterioridad a las dos posibles situaciones en que puede encontrarse el arrendatario, la que nos presenta problemas sería aquella en que esta parte haya contratado los servicios con el fin de poder explotar la obra fruto del resultado de la actividad intelectual desplegada, dado que, acorde a nuestra hipótesis, a falta de pacto en contrario el arrendador-autor seguiría detentando los derechos patrimoniales y lógicamente los morales debido al carácter inalienable de estos últimos. Sentado esto y asumiendo esta hipótesis como correcta, el arrendatario no podrá hacer ningún uso de la obra que implique la infracción a los derechos patrimoniales salvo que se pacte la cesión o el licenciamiento, en el mismo instrumento o en un acto diferente al contrato de arrendamiento de servicios inmateriales. Ahora, si el arrendatario no puede realizar ningún acto de explotación de la obra, el cual fue el motivo que lo indujo a celebrar el acto o contrato, bien podríamos decir que este carece de causa para una de las partes y por tanto

¹⁹ Sobre la regulación de la autorización de uso, comentarios a las decisiones adoptadas por la jurisprudencia y posición doctrinaria acerca de su naturaleza expresa o tácita, se han referido los profesores Alfredo Sierra y Manuel Bernet. Disponible en : <https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/48411/53051>.

susceptible de anulación por falta de un requisito de existencia del acto jurídico, ya sea mediante nulidad absoluta o inexistencia dependiendo de la doctrina a la que se adscriba.

d. Éxito insospechado de la obra

En el entendido que el arrendatario de los servicios pretenda explotar la obra encargada nos encontramos con otra particularidad que, de no ser el objeto del contrato una obra protegida, no presentaría problemas; esto es, que el beneficio económico obtenido por la explotación de la obra sea notoriamente mayor que el precio pagado por el servicio que se prestó para su creación, logrando que se pierda la conmutatividad existente al momento de la celebración del contrato. Si bien la hipótesis es bastante clara, en nuestro ordenamiento no se contempla norma alguna que pretenda darle solución a este supuesto, ni en la LPI ni en el Código Civil.

En la doctrina nacional se ha discutido si se recoge la teoría de la imprevisión, la cual se define como:

La doctrina jurídica [...] que sostiene que el juez puede intervenir a petición de cualquiera de las partes, en la ejecución de la obligación, con el objeto de atenuar sus efectos, cuando, a consecuencia de acontecimientos imprevisibles para las partes en el momento de formarse el vínculo jurídico, ajenos a su voluntad y que producen perturbaciones graves con relación a toda una categoría de contratantes, la ejecución de la obligación se hace más difícil o más onerosa, y siempre que aquél llegue a formarse la convicción de que siendo previsibles estas perturbaciones, las partes no se habrían obligado en las condiciones fijadas. De la Maza (citado por Urrejola Scolari, 2003, pág. 26).

No obstante esto, no existe una posición conteste sobre si los remedios contemplados por esta teoría (revisión judicial del contrato y resolución por excesiva onerosidad sobreviniente) pueden ser aplicados por el juez en vías de corregir el desbalance en las prestaciones. Así lo afirma también Campos Micin, refiriéndose a este misma situación que también podría darse en sede laboral:

En nuestro país, lamentablemente, no existe una norma en tal sentido y, en atención al escaso desarrollo jurisprudencial de aquellas figuras que tienden a la protección del equilibrio contractual –tales como la revisión por excesiva onerosidad sobreviniente, la rescisión por violencia económica, la nulidad por cláusulas abusivas, entre otras–, parece improbable que una pretensión como ésta prospere. (2018, pág. 210)

Además, incluso en el caso en que se aceptara la teoría de la imprevisión, de su definición se desprende que los acontecimientos deben ser imprevisibles para las partes, cosa bastante difícil de probar considerando nuevamente la naturaleza del objeto del contrato, es decir, una obra del intelecto que en la mayoría de los casos tendrá la vocación de ser divulgada y por ende, llegar a un número indeterminado de personas que pueden disfrutar de aquella, logrando que los réditos obtenidos por el arrendatario sean mucho mayores al precio pactado al inicio.

Una aproximación interesante sobre esto se observa en el derecho español, en el art. 47 de la Ley de Propiedad Intelectual española, que en su texto refundido se titula expresamente “Acción de revisión por remuneración no equitativa”, la cual establece:

Acción de revisión por remuneración no equitativa. 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 equitativa, atendidas las circunstancias del caso. Esta facultad podrá ejercitarse dentro de los diez años siguientes al de la cesión.

El hecho de que el legislador español tomara en cuenta esta situación nos lleva a reflexionar sobre lo atrasada que se encuentra nuestra legislación civil y de derecho de autor en relación con los posibles escenarios que pueden presentarse en este tipo de contrataciones. Aun así, esta disposición no se ha encontrado exenta de críticas por la doctrina, saber: (1) Sobre la facultad del juez para fijar la remuneración, se ha considerado que se le otorga demasiada discrecionalidad al momento de determinar que consideraría por “equitativa” y que el artículo “no establece regla alguna a que haya de someterse” (Ferrando Nicolau, 2017, pág. 789); (2) Se discute también si los herederos *mortis causa* del autor se encuentran legitimados activamente para ejercer la acción o solamente puede hacerlo el autor personalmente, tal como menciona el artículo y; (3) El plazo de 10 años ha sido objeto de críticas debido a que, por ejemplo: “[...] llevaría a impedir el ejercicio de la acción de revisión a un autor cuya obra comienza a producir beneficios inesperados en el undécimo año de su cesión.” (Ferrando Nicolau, 2017, pág. 790), sumado a esto “[...] no parece ajustarse al sentido tuitivo de la norma.” (Ferrando Nicolau, 2017, pág. 790).

3.2. Efectos del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales cuando se ha encargado la creación de una obra protegida

En este trabajo se sostiene la hipótesis de que en el caso del encargo de una obra protegida por la LPI, el arrendador-autor sigue detentando tanto el derecho patrimonial como el derecho moral, salvo pacto en contrario y sin perjuicio de que el arrendatario del servicio se hará dueño del soporte físico en el que se contiene la obra. Esta conclusión no es más que la irrestricta aplicación de la LPI, la cual debe invocarse cada vez que exista una obra protegida y al hecho de que en los casos en que el legislador quiso regular los encargos de una obra inmaterial lo hizo de manera expresa, siendo el efecto de estos contratos totalmente opuestos a nuestra hipótesis: la titularidad en estos casos recae en la figura del arrendatario-comitente.

a. Obligaciones de las partes

Evangelio, en la doctrina española (2006), propone que las obligaciones del arrendador-autor vendrían a ser la realización de la obra y de entregar la obra al arrendatario-comitente. Por otro lado, las obligaciones de este último serían el de recibir la obra y pagar el precio.

a.1. Obligaciones del arrendador-autor

Aplicándolo a nuestra legislación y a falta total de regulación y doctrina sobre la materia, estamos de acuerdo con que la obligación del arrendador-autor deba ser la realización de la obra. Esta consistiría en una obligación de hacer, en donde en principio el “autor se obliga a ejecutar personalmente la obra” (Evangelio Llorca, 2006, pág. 74) por lo que en un comienzo también podría afirmarse que es un contrato *intuitu personae*. No obstante esto, no siempre la persona del arrendador-autor será esencial en relación a la obra encargada ya que no sería la misma situación si por ejemplo, el arrendatario-comitente encarga un dibujo a un reconocido ilustrador, a que encargue el diseño de una página web de una lista de posibles diseñadores “siendo indiferente quien lleve a cabo la obra, con tal de que se obtenga el resultado querido” (Evangelio Llorca, 2006, pág. 75). También estamos de acuerdo que este deber de ejecución de la obra debe ser “siguiendo las instrucciones (del comitente) especificadas en el (contrato), pero siempre con un poder de decisión considerable” (Evangelio Llorca, 2006, pág. 29).

Sobre la obligación de entrega, la autora opina que debe entenderse en un sentido amplio, como puesta de la obra a disposición del comitente porque “[...] es imprescindible, para que el contrato produzca los efectos queridos por las partes, que el comitente pueda disponer de la obra ‘ya sea para su explotación, ya sea para su disfrute personal’” (2006, pág. 96).

En este trabajo estamos de acuerdo con la existencia de la obligación de entregar la obra pero, apegados a nuestra hipótesis no concordamos con el concepto amplio de la autora, debido que recogerlo sería aceptar ya sea una cesión o una autorización de uso generada solamente por el contrato de arrendamiento. Empero, sí entendemos la obligación de entregar en su concepto doctrinario clásico como poner materialmente la cosa en manos del acreedor, en este caso el arrendatario-comitente y, en armonía con lo expuesto en la letra a) del punto 3.1, en donde afirmamos que el soporte físico es distinto de los derechos sobre la obra como cosa inmaterial, también sostenemos que la obligación es de dar, es decir, de transferir el dominio del soporte en el que se configura la obra.

a.2. Obligaciones del arrendatario-comitente

Siguiendo con la distinción de Evangelio, acorde a ella las obligaciones del arrendatario-comitente consistirían en recibir la obra y en pagar el precio.

Sobre la primera obligación resulta interesante percatarse de que, por la naturaleza de la obra, a diferencia de otros tipos contractuales como la compraventa, es mucho más probable que esta obligación pueda ser incumplida. Es decir, si el arrendatario-comitente no quiere aceptar la obra, la causa más lógica vendría a ser que no está conforme, lo que puede constituir un gran espectro desde que el arrendador-autor no siguió las instrucciones dadas, que a pesar de seguirlas la obra no quedó como el arrendatario-comitente la había visualizado, que no se aprecie la individualidad y el sello del autor si la obra fue encargada en atención a la persona de este... etc. Evangelio agrega otras causas como que “el autor no utilice todo su talento en la elaboración de la obra” (2006, pág. 90) e incluso “la similitud excesiva de la obra con las anteriores del mismo autor” (2006, pág. 91) que doctrinalmente ha planteado la cuestión del plagio a sí mismo (2006, pág. 92).

Obstando aquello, concordamos con que la obligación de recibir la obra por parte del arrendatario-comitente es una obligación esencial del contrato de arrendamiento.

La última obligación, pagar el precio, casi no tiene discusión. Dice Evangelio:

Por regla general [...] las partes fijan un precio en dinero y a tanto alzado, esto es, una cantidad inamovible establecida previamente de forma firme y definitiva. Este sistema suele presentarse como desfavorable para el comitente empresario, ya que si la ejecución de la obra es más larga y costosa de la previsto, no podrá ajustar su precio a la aleatoriedad de la ejecución del contrato. (2006, pág. 122)

Un posible problema que podría suscitarse es el éxito insospechado de la obra, tópico ya comentado en el apartado de la letra d) por lo que sobre ese tema nos remitimos a aquel punto.

b. Efectos del incumplimiento del contrato arrendamiento de servicios inmateriales cuando se ha encargado la creación de una obra protegida

Del art. 1556²⁰ de nuestro Código Civil se ha inferido que existe incumplimiento cuando: no se ha cumplido la obligación, se ha cumplido imperfectamente o se ha retrasado el cumplimiento.

Al tratarse de la obligación de realizar la obra y habiendo sentado anteriormente que esta se trata de una obligación de hacer, el articulado que corresponde aplicar cuando existe incumplimiento es el art. 1553 el cual establece que el acreedor podrá elegir, a elección: que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido, que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor o que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.

Respecto a la primera opción, esta es, apremiar al deudor, pueden existir conflictos mucho más intensos que la simple negativa del deudor de cumplir con la obligación ya que este apremio consistiría en presionar al arrendador-autor a realizar y crear una obra, la cual debe provenir de la inspiración y el impulso creador de este, los cuales, si no emergen, difícilmente podrán concretizarse en el objeto pedido. Así, el incumplimiento deviene aún más complicado cuando una obra es inmaterial, a diferencia del encargo de una obra cuya creación se basa en la aplicación de ciertos conocimientos prácticos, como lo es por ejemplo, la confección de muebles. En este entendido:

²⁰ Art. 1556. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.

[...] la singularidad de nuestro contrato –se añade– es precisamente ésa: que el autor, que debería, como cualquier otro obligado, demostrar la imposibilidad del incumplimiento, reduce de hecho tal demostración a la *afirmación* de no haber podido cumplir. Y no es posible exigir una verdadera prueba al autor de la veracidad de esa afirmación, sino que es la otra parte quien debe, en estos casos, demostrar la voluntariedad del incumplimiento. (De Gregorio citado por Evangelio, 2006, pág. 80)

Cuando el art. 1553 N°1 del Código Civil menciona el hecho de que se apremie al deudor, este apremio se ha entendido como “el apremio personal que se encuentra regulado en el art. 543²¹ del Código de Procedimiento Civil” (Petersen Jaramillo, 2017, pág. 22). Barros menciona que “[...] el juez tiene una facultad prudencial para dar lugar a los apremios personales [...]” (2008, pág. 413); Fueyo por su parte apunta que el apremio del art. 543 del Código de Procedimiento Civil es personal y consistente en medidas como el “arresto hasta por 15 días o multa proporcional” (2004, pág. 285) y sobre estas se expresa “[...] que podrán repetirse hasta que la obligación se cumpla” (Meza Barros, 2007, pág. 95).

La posibilidad de solicitar el apremio del arresto ha sido controvertida en nuestro ordenamiento jurídico. Para Barros “[...] no pueden ser ejecutadas en naturaleza las obligaciones de hacer, si con ellos se impone una carga excesivamente severa a la libertad personal [...]” (2008, pág. 413). Otros autores colocan el énfasis en la naturaleza *intuitu personae* de la obligación para plantear su improcedencia práctica:

Así, por ejemplo, si el acreedor exige compulsivamente al deudor la ejecución de una prestación de hacer *personalísima*, conminándolo a cumplir a través de un apremio personal (arresto o multa proporcional), estaría interfiriendo en la libertad de este último, lesionando no sólo su derecho fundamental a la libertad e integridad física sino su interés en liberarse del vínculo obligatorio. (López Díaz, 2012, pág. 43)

Claro Solar ya advertía de esto al opinar que “no es una medida justificada, sino al contrario, es reaccionaria y atentatoria de la libertad y de la dignidad humana, si es aplicada precisamente en los casos en que se trata de *hechos personales* del deudor que sólo él puede ejecutar” (2015, pág. 612).

²¹ Art. 543. Código de Procedimiento Civil. Cuando se pida apremio contra el deudor, podrá el tribunal imponerle arresto hasta por quince días o multa proporcional, y repetir estas medidas para obtener el cumplimiento de la obligación.

Así las cosas, Evangelio se plantea qué tipos de apremios, aparte del físico podrían surgir como opción para compeler al deudor a cumplir. La idea de la multa es la primera en presentarse, independiente de la legislación en la que nos encontremos y es esa la otra medida, además del arresto, que se contempla como apremio en nuestra legislación. Sobre ella se ha dicho que “no hay consenso en cuanto a si la admisibilidad de las *astreintes*²² procede cuando dicha obligación de hacer se basa en el talento o cualidades personalísimas del deudor [...]” (Fueyo Laneri, 2004, pág. 232) y este mismo autor opina que la multas son admisibles pero que debe considerarse su procedencia de manera casuística (2004, págs. 231-232). Por su lado, la autora española reseña: “Hay quien considera que el uso de la *astreinte* debe ser excluido respecto de todas aquellas obras cuya creación dependa de la inspiración personal o exija un esfuerzo de concentración constante y relativamente importante [...]” (2006, pág. 87), y en su parecer personal opina que “[...] en la mayoría de los supuestos de creación intelectual, la presión a través de multas coercitivas sería contraproducente, ya que, aun cuando pudiera lograrse que el autor realizara la obra, probablemente su calidad no sería la esperada” (2006, pág. 88).

Por lo tanto, esta primera alternativa no parece adecuarse a las características del contrato ni tampoco ofrece una solución real en el caso de incumplimiento, en primer lugar porque el apremio físico, además de ser imposible de realizar en la práctica, atenta contra la libertad personal y porque otros tipos de apremios como la multa, no son los idóneos para forzar un tipo de cumplimiento tan especial como lo es el despliegue de una actividad intelectual para la creación de una obra protegida.

La segunda opción, esta es, que se autorice al acreedor para hacer ejecutar el servicio por un tercero a expensas del deudor también puede presentar algunas dificultades. Habíamos dicho anteriormente que el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales puede ser *intuitio personae* en algunas ocasiones... esta afirmación es aún más enérgica cuando el objeto final de la prestación consiste en una obra protegida por la LPI, ya que en muchos casos, el arrendatario-comitente no busca que el servicio sea ejecutado por cualquier persona, sino que por aquella que reúne ciertas cualidades tales como: habilidad, talento, sello propio, fama y/o prestigio, etc. En este sentido: “El codificador se ha puesto en el caso de que la obligación de hacer que se debe no requiere infaliblemente la ejecución personal del propio deudor. Es de aquellos casos en que el hecho no depende de un atributo o destreza exclusivos de la persona obligada.” (Fueyo Laneri, 2004, pág. 287)

Evangelio por su parte apunta: “Creo que esa norma (se refiere al art. 706 de la LPI de Enjuiciamiento Civil española, que vendría a ser nuestro art. 1553 del Código Civil) es aplicable al encargo de obra

²² Multas coercitivas en el derecho francés.

intelectual cuando el contrato no se haya celebrado *intuitu personae* y la obra encomendada sea fungible [...]” (2006, pág. 85).

Siguiendo esta línea y concordando con ella, Abeliuk declara:

[...] se suele hablar de obligaciones de hacer fungibles e infungibles, queriendo significar con ello que hay algunas en que es indiferente que el hecho lo ejecute el propio deudor u otra persona en lugar suyo, pero hay muchas obligaciones de hacer que dependen de una cualidad personal de aquél, por lo que en caso de incumplimiento, el acreedor no podrá obtener la ejecución forzada del hecho mismo [...] (2008, pág. 373)

En conclusión, la segunda opción que nos ofrece nuestra legislación civil no será viable en casos como estos, llevándonos a considerar que no es una herramienta adecuada para poner remedio al incumplimiento del arrendador-autor cuando este ha sido contratado en relación a sus aptitudes personales, debido a la imposibilidad de pedir la ejecución forzada de la obligación y al hecho de que la solución pareció haber sido pensada en relación a obligaciones fungibles de las cuales “resulta indiferente que el hecho lo ejecute el propio deudor u otra persona en lugar suyo” (Rodríguez Pinto, 2014, pág. 796).

La última opción es, a nuestro juicio, la única completa para reparar al arrendatario-comitente, la cual consistirá en que el arrendador-autor lo indemnice de los perjuicios por el incumplimiento del contrato. Se prefiere proceder por el n.º 3 del art. 1553 cuando se han visto “descartadas las dos soluciones de los n.º 1 y 2 [...] o simplemente porque lo prefiere el acreedor a su entero arbitrio [...]” (Fueyo Laneri, 2004, pág. 288), en el mismo sentido se manifiesta Claro Solar, otorgando además un claro ejemplo en armonía con el tema de este trabajo:

Si se tratara de un hecho personal del deudor, como si este fuera un actor que se obligó a representar un papel en una tragedia, o un pintor famoso que se obligó a pintar un cuadro o a hacer un retrato; no podría forzársele a ejecutar el hecho a que se obligó si se resiste, ni podría pedir el acreedor, ni pediría seguramente él, que se le autorizara para hacer desempeñar a otro actor el mismo papel, o pintar el cuadro o hacer el retrato por otro pintor; porque en el contrato se han tenido en vista las cualidades y renombre del actor o del pintor; y el acreedor sólo tendrá derecho a pedir en tales casos que se condene al deudor a indemnizarle los perjuicios. [...] (2015, págs. 613 - 614).

Una suma de dinero podría servir para que el acreedor pueda volver a contratar los servicios de otro autor, para cubrir las posibles pérdidas pecuniarias que se desencadenaron con razón del incumplimiento en el caso de que hubiese querido explotar la obra protegida o incluso para ser resarcido por daños morales. Así: “Se afirma que: “[...] los conceptos indemnizables son, por un lado, el equivalente pecuniario de la prestación incumplida (total o parcialmente), y por otro, los efectivos daños –que deben ser probados– que el quebrantamiento de la condena haya producido al ejecutante” (Evangelio Llorca, 2006, pág. 86).

No cabe duda de que el art. 1553 del Código Civil ofrece al acreedor tres opciones: de optarse por el n.º 1 o el n.º 2 se entiende que estas pueden fallar, caso en el cual se deberá seguir con la indemnización de perjuicios contemplada en el n.º 3 o se puede solicitar directa y autónomamente esta última (Petersen Jaramillo, 2017, pág. 59). Lo interesante en casos de esta índole, en donde la obligación consiste en desplegar una actividad creativa con miras de que se concrete una obra artística, literaria o científica, la cual debe realizarse por una persona específica y determinada (o por lo menos esa es la legítima expectativa del acreedor), es que la posibilidad de optar por una de estas tres opciones se vuelve puramente ilusoria. Si bien se podrían aplicar las multas y los arrestos, estas medidas parecieran ser estériles para conseguir que el acreedor realice el hecho; el arresto innegablemente se entiende como una medida desmedida ya que se trata de una “La privación de la libertad personal [...] por una causa patrimonial.” (Fueyo Laneri, 2004, pág. 247). Por otro lado ya se ha comentado largo y tendido sobre que el hecho lo ejecute un tercero cuando la obligación es *intuitu personae*. Si bien es una situación que podría no ocurrir (a veces solo se necesita un experto en cierta área del conocimiento y no una persona determinada) lo cierto es que en el campo del derecho de autor es mucho más probable que esta hipótesis ocurra, y una vez presentándose será difícil que el acreedor opte por una tercera persona para que realice el encargo. De esta forma, la única solución realmente completa y que podría reemplazar el incumplimiento de la obligación sería la indemnización de perjuicios, la cual si bien compensará el hecho de que la obligación no haya sido cumplida no resarcirá el que no fue un cumplimiento in natura, es decir, tal como fue pactado por las partes.

Por último, respecto al cumplimiento imperfecto, en palabras de Vidal consiste en que “[...] hay una actividad desplegada por el deudor, sin embargo, ella no coincide con el programa inicial dibujado por el operador jurídico al interpretar e integrar el contrato” (2007, pág. 52). Bajo este entendimiento, no existe incumplimiento definitivo, pero tampoco un cumplimiento a cabalidad de las obligaciones que engendra el contrato. Según Evangelio el cumplimiento defectuoso se puede producir en los

aspectos “creativo, técnico e ideal de la obra” (2006, pág. 89). La autora realiza un acabado análisis sobre este supuesto pero para el propósito de este trabajo haremos una somera síntesis de las situaciones que ella entiende por incumplimiento imperfecto. En primer lugar, en el aspecto creativo “se apuntan dos tipos de defectos: la falta de creatividad suficiente y la similitud con obras anteriores” (2006, pág. 90); sobre el aspecto técnico los define como aquellos que “afectan generalmente a la forma de la obra” (2006, pág. 92) dando como ejemplos: “caligrafía que hace ilegible un manuscrito, un papel que no corresponde a la calidad necesaria para una fotografía o un diseño, una pintura al óleo que forme ampollas, etc.” (pág. 93) concluyendo que “Habiendo pactado unas características formales específicas, habrá cumplimiento defectuoso si el autor no las respeta” (2006, pág. 93); finalmente, el aspecto ideal se produce “por dar a la obra un contenido distinto del estipulado”²³ (2006, pág. 93). Evangelio plantea: “es más fácil de verificar cuanta más especificación exista en el pacto respecto del contenido y las cualidades de la obra” (2006, pág. 94).

Podemos figurarnos entonces, el caso en que el arrendador-autor del servicio cree una obra, pero esta no cumpla con el requisito originalidad, ya sea porque se ha plagiado a sí mismo o a un tercero. Esta situación sería, atendiendo la clasificación de Evangelio, un incumplimiento esencial en el aspecto creativo. Resulta interesante preguntarnos qué ocurriría si este escenario se diera, ya que su particularidad consistiría en que, aun cuando el arrendador-autor creó una obra (por tanto no podríamos decir que incumplió en su totalidad la obligación del contrato), no la ideó con los suficientes caracteres para que esta se diferenciara de otra, de manera que no se encontraría amparada por la LPI al no ser original y por consiguiente, no encontrarse protegida. Consideramos dos consecuencias: La primera, al encontrarnos frente a un incumplimiento de una obligación de hacer, el arrendatario-comitente puede optar por cualquiera de las acciones del art. 1553 de Código Civil, el problema estribaría en que no será fácil probar que efectivamente la obra carece de originalidad, ya que podría ser por múltiples factores, no todos materiales, lo cual “plantea la parcialidad del juez o su ignorancia en materia de creación artística” (Evangelio Llorca, pág. 91). Evangelio apunta que podrían emplearse factores tales como el “‘nivel habitual de talento’ del autor” (2006, pág. 90), “un período de ejecución de la obra excesivamente corto, un lugar de trabajo inadecuado etc.” (2006, pág. 91). Todos estos criterios, si bien nos parecen correctos, dejan un espacio muy abierto para la discrecionalidad judicial ya que la LPI no establece factores para determinar la falta o no de novedad en obra. En palabras de la autora:

²³ Evangelio menciona el ejemplo de un litigio entre el Estado de Gabón versus una cadena de televisión (Antenne 2). El primero había solicitado la filmación de un documental con fines promocionales y positivos; no obstante alegaron que la obra recibida contenía imágenes “tendenciosas” y respondían a una “constante actitud denigrante”. La sentencia de la Cour d’appel de París (Corte de Apelación de París) acogió la demanda. (Evangelio Llorca, pág. 93, pie de página n.º 232)

Una obra hecha por encargo (salvo que sea la primera creación del autor) ha de combinar, a menos que se pacte expresamente otra cosa, un elemento permanente y otro novedoso; dicho de otra manera, ha de reflejar la impronta del autor y al mismo tiempo ser diferente de sus obras anteriores. (2006, pág. 92)

La segunda consecuencia, es en cuanto a los posibles efectos jurídicos del contrato. Si la obra no se encuentra protegida, no se producirá la interrogante de preguntarse en quién se radicaría la titularidad de los derechos patrimoniales, pues estos derechos no han nacido a la vida jurídica. No existe un problema de titularidad sin obra protegida, por lo que el arrendatario-comitente primero deberá probar el incumplimiento en cuanto a la originalidad de la obra y que esto se subsane o se le indemnice. El inconveniente práctico radica en el hecho sobre si el arrendatario-comitente pretende o no detentar los derechos patrimoniales para su explotación, ya que el arrendador-autor no tendrá nada que ceder o autorizar, provocando que el arrendatario deba accionar primero para que se declare el incumplimiento en cuanto a la originalidad de la obra, ver si aquello se resuelve y luego, sólo si eso ocurre, discutir sobre la titularidad de los derechos que surjan de ella.

c. Arrendador-autor de los servicios carece de la suficiente formación técnica y/o teórica

Otro escenario presumible en cuanto al incumplimiento de un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales es el hecho de que el arrendador-autor puede terminar y entregar la obra, pero que esta no cumpla con los estándares mínimos que deberían esperarse del servicio otorgado. En este sentido, esto puede ocurrir cuando el arrendador-autor del servicio no cuente con las habilidades y/o conocimientos esperados para producir una obra apropiada a su profesión u oficio. Esto no tiene que ver con la falta de inspiración, sino con la ausencia de preparación e instrucción suficiente. A modo de ejemplo, un escritor podría escribir una novela con una historia no esperada para su estilo; diferente sería que su narrativa literaria contuviese errores de redacción u ortografía.

Frente al escenario planteado, una posible solución en el caso de nuestra legislación es que se solicite la nulidad del contrato en base a la causal de error en la persona. Esta conclusión la desprendemos del art. 1455 inciso primero del Código Civil el cual indica: “El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato.” Por la expresión “consideración de la persona” podemos realizar una interpretación extensiva entendiendo este precepto no sólo como el error en la identidad física, sino también de las cualidades con las que se creía investida. Aquello nos sugiere que el puede

producirse en las supuestas aptitudes y talentos que debía poseer el arrendador-autor. Este remedio lo construimos con el fin de que el arrendatario-comitente pueda desprenderse de la obligación de pagar por un servicio que no le proporcionó el resultado esperado, pero que al mismo tiempo no puede pedir la resolución del contrato porque en estricto rigor, no habría incumplimiento ya que el objeto del contrato, el cual es el despliegue de una actividad creativa y la creación de una obra, sí fue realizado. En efecto, aun incluso cuando el arrendador-autor siga las instrucciones del arrendatario-comitente este podría crear una obra protegida que no fue la que este tuvo en mente a la hora de realizar el encargo. Por otro lado, el problema no lo podemos solucionar aplicando las normas relativas al derecho de autor ya que este protege cualquier obra por el sólo hecho de su creación, bastando solamente que esta sea original; empero, el inconveniente con la originalidad es que consiste solamente en que una obra se diferencie de otra, no dirigiéndose por el sendero de si esta es “buena” o “mala” o de “cierta calidad” por lo que el arrendatario-comitente no podría solicitar la resolución del contrato por esta causal, pero sí por el falso o deficiente talento y/o habilidad del arrendador-autor.

3.3. La autorización de uso o la cesión de derechos tácita como efecto del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales en nuestra legislación

Nuestra historia jurídica en relación a los derechos de autor es escasa en todos sus flancos. No estamos hablando solamente de falta de doctrina y jurisprudencia²⁴, sino también de una ley que data del año 1970 y que si bien ha experimentado reformas, éstas no han sido sobre el tema de estudio en cuestión, además de no existir consagración legal de los principios que inspiran el derecho de autor a fin de que en análisis como estos, en donde se cruzan otras ramas del derecho (laboral, civil, comercial, etc.), podamos realizar una ponderación que nos pueda dar luces sobre cuáles derechos o intereses tienen primacía sobre otros.

Nuestra LPI regula en su artículo 17²⁵, dos formas que permiten que un tercero distinto al autor pueda explotar los derechos patrimoniales de autor. Esta son: la cesión y la autorización de uso o licenciamiento.

²⁴ V. gr. Recientemente, el año 2018 se condenó por primera vez por el delito de plagio en nuestro país, sentencia que alcanzó a durar sólo unos meses, siendo luego recurrida a través de un recurso de nulidad, el cual fue acogido provocando que se anulara la totalidad del juicio.

²⁵ Art.17 LPI. El derecho patrimonial confiere al titular del derecho de autor las facultades de utilizar directa y personalmente la obra, de transferir, total o parcialmente, sus derechos sobre ella y de autorizar su utilización por terceros.

La cesión de los derechos supone que el titular originario detenta la facultad de transferir los derechos patrimoniales que contempla la LPI ya sea “[...] en forma parcial o total” (Walker Echenique, 2014, pág. 256). Su principal efecto es que es permanente, es decir, una vez transferidos los derechos patrimoniales, en todo o en parte, el autor no podrá explotarlos por sí mismo sin tener primero que solicitar una autorización al tercero con quien celebró la cesión.

En cuanto a la autorización de uso, la LPI la define en su art. 20 inciso primero, disponiendo: “Se entiende, por autorización el permiso otorgado por el titular del derecho de autor, en cualquier forma contractual, para utilizar la obra de alguno de los modos y por alguno de los medios que esta ley establece.” La licencia, por tanto, “Debe precisar los derechos concedidos a la persona autorizada, indicar un plazo de duración, una remuneración y su forma de pago... [...]”, (Walker Echenique, 2014, pág. 257) entre otros. A diferencia de la cesión, lo que permite la autorización es consentir el uso de la obra a un tercero sin que tener que transferir los derechos patrimoniales, conservándolos el autor para los fines que estime necesarios.

En nuestro país, la jurisprudencia en materia de propiedad intelectual se da mayormente en los casos de infracciones a los derechos patrimoniales y morales. El asunto de este trabajo se ocupa de un tema que es anterior a estos derechos: la titularidad. En tribunales se han ventilado casos en los cuales la principal pregunta que surgió es si la LPI reconoce la figura de la autorización tácita que habilitaría a un tercero distinto del autor a utilizar su creación. A continuación nos abocaremos al análisis de estos.

a. Sociedad Chilena del Derecho de Autor con Dublín Entertainment Inc. (2016)²⁶

La Sociedad Chilena del Derecho de Autor (en adelante SCD) demanda a Dublín Entertainment, una productora de recitales, por el uso no autorizado del repertorio que representa la SCD de cuatro artistas individuales y un dúo, aduciendo que estas habrían sido comunicadas al público mediante su ejecución en vivo, sin haber obtenido la correspondiente autorización. La parte demandante afirma que la falta de esta última configura una infracción a la LPI, por la que debe ser indemnizada.

Tanto el tribunal de primera como de segunda instancia rechazan la demanda, en consecuencia, la actora interpone un recurso de casación en el fondo. Las impugnaciones de la parte demandante se basan en que los jueces de segunda instancia incurrieron en error al interpretar las normas de la LPI

²⁶ Sentencia Rol n.º 3.798-15, de fecha 22 de marzo del año 2016, Cuarta Sala, Corte Suprema.

(en específico los arts. 18 letra a, 19 y 20) y que la razón para rechazar la demanda no se encuentra explicitada en esta.

Por su parte, la Corte Suprema haciendo eco de la sentencia de segunda instancia que rechazó la pretensión, consideró que: (1) no es aplicable el art. 18 de la LPI (el cual solicita una autorización expresa) por constituir la presencia del artista una autorización implícita suficiente; (2) la ejecución pública de las obras de cada uno de los autores se realizó en los recitales en que ellos mismos intervinieron, una peculiaridad que debería bastar para morigerar el literalismo de la parte demandante que insiste en que la autorización debe ser expresa en base al texto del art. 18; (3) existe un vacío normativo ya que la autorización en cuestión se discute por el hecho de que, en este caso, se encontraban presentes los autores de la obra ejecutada y como los tribunales pueden realizar una labor interpretativa, esta situación es un supuesto de utilización legítima de la obra ya que la sola presencia del creador importa una autorización, al menos tácita; (4) la afirmación del recurrente sobre la inexistencia de disposiciones que regulen un consentimiento tácito es inexacta, la interpretación de la Corte incluye la consideración conjunta y sistemática de las normas contenidas en los artículos 19 a 24 del Código Civil a diferencia de la interpretación de la parte demandada que recoge sólo lo preceptuado en el art. 19 del Código Civil, prefiriendo una disposición aislada de las otras.

En conclusión, en esta primera decisión la Corte Suprema se decantó por la teoría de la procedencia de la autorización tácita para los casos de conciertos y recitales en que se encuentran presentes los autores de las obras, ejecutándolas públicamente. Para llegar a esta decisión se basó en que esta situación no se encontraba regulada y por tanto era su tarea interpretar el sentido de la LPI para lograr una solución integrativa.

a.1. Comentarios

No compartimos la opinión de la Corte Suprema en dos aspectos. En primer lugar pensamos que la Corte erró al entender que por el hecho de que el autor se encuentra presente ejecutando personal y públicamente la obra, ha dado una autorización tácita para su uso cuando lo cierto es que en una situación como lo es un recital o un concierto lo que se ejecuta públicamente es una composición musical, obra de la cual seguramente no sólo el autor que se encuentra ejecutándola participó en su creación. La Corte devela en nuestra opinión un entendimiento básico, en donde asimila que solo el ejecutante es el titular de los derechos de autor. Sabemos que en la creación de una composición musical se pueden ver envueltas diversas personas que trabajan en ella, por ejemplo en la ingeniería

de sonido, masterización, mezcla de audio, producción discográfica, grabación, etc., además de la misma composición, por lo que pretender que el autor que se encuentra ejecutándola haya realizado todos esos arreglos por sí mismo y que por tanto detente por sí solo todos los derechos es, en este punto de la industria musical, ilusorio. Desde esta perspectiva debemos asumir que la mayoría de las composiciones musicales se encuentran en coautoría y por tanto, el hecho de que uno solo de los titulares esté presente no quiere decir que los demás hayan dado su autorización y es exactamente por eso que existen instituciones como la SCD que resguardan los derechos de autor de todos los titulares, tanto originales como derivados. En este mismo sentido se dirigía el argumento de la actora al afirmar que el tribunal de segunda instancia habría incurrido en una confusión acerca de la titularidad del derecho de autor, en la medida que no es sólo titular el mismo autor de la obra, sino también los coautores y los titulares secundarios que las han adquirido en todo o en parte.

En un segundo término la LPI es clara. El art. 18 de este cuerpo legal establece que : “Sólo el titular del derecho de autor o quienes estuvieren *expresamente autorizados* por él, [...]”. Es decir, la autorización debe emanar de todos los titulares y no solamente de aquel que se encuentra presente y esta debe ser expresa. La Corte Suprema yerra al establecer que esta situación no se encuentra regulada porque lo cierto es que la SCD es el representante de todos los titulares al representar su catálogo musical, y por ende es la persona jurídica a la que se le debe solicitar la autorización y no desprenderse que se dio tácitamente por la presencia de un solo titular quien es el que se encuentra ejecutándola. Por otro lado, también afirma que realizó una labor interpretativa de los arts. 19 y 24 del Código Civil, afirmando que la parte demandante prefirió una disposición aislada al aplicar sólo el art. 19 del Código Civil. Nuevamente no nos encontramos de acuerdo con el razonar de la Corte, ya que el art. 19 del Código Civil establece que “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu” y en este caso, el sentido de la LPI y del art. 18 es bastante claro y nos hace prescindir de la labor interpretativa que la Corte Suprema realizó alegando la existencia de un vacío normativo, resultado al que llegó por el hecho de entender que la presencia de uno solo de los titulares bastaba para dar la autorización.

b. Sociedad Chilena del Derecho de Autor con Productora de Eventos Transistorlab Limitada (2018)²⁷

El fondo de este caso es idéntico al analizado en el punto anterior. La SCD demanda a Productora de Eventos Transistorlab Limitada, cuyo rubro también es la organización de conciertos y recitales, por

²⁷ Sentencia Rol n.º 55.082-2016, de fecha 15 de mayo del año 2018, Cuarta Sala, Corte Suprema.

el uso no autorizado del repertorio que representa la SCD de los grupos musicales Incubus y Pixies, arguyendo nuevamente, que estas habían sido comunicadas al público sin haber obtenido la correspondiente autorización. En primera instancia se resolvió rechazar la demanda, por lo que la SCD interpone recurso de apelación donde la Corte de Apelaciones de San Miguel revoca el fallo, acogiendo la demanda y condenando a la productora al pago de una indemnización y una multa a beneficio fiscal. Así las cosas, la parte demandada deduce recurso de casación en el fondo.

Entre sus alegaciones vuelve sobre el hecho que al ejecutar el propio autor su obra resulta evidente que está otorgando de manera expresa la autorización para difundirla en el recital que él mismo está presentando al público, ya que de otra manera simplemente no podría presentar las canciones de su autoría y por tanto, no resulta correcto establecer que ha incurrido en infracción a la LPI por el hecho de no haber solicitado a la SCD una autorización previa. Además se apoyan en la fallo del caso SCD con Productora Dublín para sustentar la tesis de la autorización tácita.

La Corte Suprema estuvo por desestimar el recurso basándose, en la parte que nos interesa, en que: (1) efectivamente hubo comunicación pública de obras del dominio privado; (2) para la comunicación pública de obras musicales, la parte demandada debió obtener previamente una licencia específica y onerosa de parte de la SCD o la autorización individual de cada uno de los titulares del derecho de autor de las obras, permisos que la productora no acreditó haber gestionado ni menos conseguido; (3) no puede postularse que un cantautor por el solo hecho de ser creador de la obra y mantener la titularidad de *un porcentaje* de los derechos de autor, no requiere autorización para comunicar al público o faculta al productor a comunicarla con su presencia en el evento, y lo cierto es que resulta cuestionable pregonar que aquella es también la voluntad de los restantes titulares del derecho de autor; (4) la autorización debe ser expresa ya que así se desprende sin menor duda del art. 18 de la LPI.

b.1. Comentarios

En comparación con SCD con Dublín, la Corte Suprema llega a un fallo totalmente opuesto: la autorización debe ser expresa. Estamos de acuerdo con el razonamiento que realizó la Corte para arribar a tal conclusión ya que coincide con nuestras críticas al caso anteriormente mencionado. Así, la Corte entiende que la Productora Transistorlab Limitada, se sujeta al art. 21 de la LPI, el cual preceptúa que: “Todo [...] empresario [...] que tenga en explotación cualquier sala de espectáculos, local público [...] en que se representen o ejecuten [...] piezas musicales [...], podrá obtener la

autorización [...] a través de la entidad de gestión colectiva correspondiente [...]”. La norma solicita obtener la autorización a cualquier órgano que quiera obtener réditos y, expresamente establece que este permiso debe ser otorgado por la entidad de gestión colectiva. A continuación se refiere al hecho de que uno de los titulares se encuentre presente como una excepción a tener que solicitar la autorización, desechando esta teoría ya que la facultad de otorgarla corresponde al conjunto de los coautores, lo cual excluye la posibilidad de entender que sólo uno o alguno de ellos puede actuar en representación de los demás. En nuestra opinión, compartimos este juicio ya que la Corte se da el trabajo de asimilar que existen otros titulares del derecho cuya forma de otorgar su consentimiento es mediante la autorización de la SCD y en consecuencia, la falta de esta constituiría una infracción en relación al uso de los derechos que detentan.

Por otro lado, a diferencia de SCD con Dublín, en donde la Corte estimó luego de realizar una interpretación conjunta y sistémica, que la autorización puede ser tácita, en este caso no hubo dudas sobre la claridad del art. 18 de la LPI que exige que la autorización sea expresa. En SCD con Dublín, el hecho de encontrarse un titular del derecho presente al momento de la ejecución de una pieza musical protegida era, en el razonar de la Corte, un comportamiento concluyente para deducir un consentimiento tácito, mientras que, en SCD con Transistorlab, la Corte Suprema concluyó no sólo que se omitía la solicitud del consentimiento de los demás titulares sino que además expresó que tanto la doctrina como la jurisprudencia rechazan la voluntad tácita como forma de manifestación cuando por normal legal se exige la voluntad expresa, por lo que es imposible que una autorización tácita derivada de ciertas circunstancias materiales pueda proceder en nuestro ordenamiento.

c. Abbott con Viu Manent S.A.²⁸

La demandante Catalina Abbot es una reconocida artista plástica chilena quien el año 2003 desarrolló una serie de ilustraciones para una línea de vinos de la Viña Viu Manent por el cual le fue pagado un precio y –según la demandante– con el único objeto de ser estas ilustraciones utilizadas como etiquetas de las distintas cepas de vino. Este acuerdo fue celebrado a través de un contrato de cesión de derechos cuya legalidad se discute en otro juicio civil.

La actora señala que en el año 2014 diseñó una ilustración que en la demanda la denominan como “Obra”, la cual arguye, no fue parte de aquel contrato de cesión de derechos del año 2003 y que por la cual le fue pagada otra suma de dinero. Afirma que jamás transfirió ni cedió sus derechos

²⁸ Sentencia Rol C-10.600-2018, 9° Juzgado Civil de Santiago.

patrimoniales, ni renunció a sus derechos morales acusando a la contraparte de haber infringido sus derechos patrimoniales de reproducción y comunicación pública y sus derechos morales de integridad y paternidad de la obra. El argumento central de la demandante es el hecho de que la entrega de la Obra no constituye una autorización tácita para su uso indiscriminado y que la parte demandada, al haber solicitado una cesión de derechos en el año 2003, reconoce por sus actos propios de que estaba en conocimiento del hecho de que debía solicitar autorizaciones de uso o cesiones de derechos.

En la contestación de la demanda se señala que la Obra fue encargada para utilizarse en otra etiqueta para la misma línea de vinos, por la cual la demandante recibió el pago conforme mediante una boleta de honorarios. Se objeta que cuando la demandante se refiere a que no otorgó autorización para la explotación de sus derechos, es porque ella no lo hizo bajo ninguna forma contractual escriturada, porque del pago de la boleta queda de manifiesto la existencia de una obra por encargo, que como elemento de su esencia incluye la autorización para usar la etiqueta, siendo un contrato consensual y que esto se encuentra aceptado por la LPI en su art. 20 al señalar que la autorización se puede dar en cualquier forma contractual. Igualmente se utiliza el argumento de los actos propios, asegurando que la actora conocía el rubro y había participado en la explotación de las obras, las cuales incluían adaptarla y transformarla.

Fuera de las pruebas, del monto demandado o de los derechos infringidos queremos hacer hincapié entonces en el tema de la cesión tácita. Los informes en derecho fueron redactados el primero, por la abogada Elisa Walker Echeñique y el segundo por el abogado Manuel Bernet Paéz.

Walker analiza el caso dando por establecido que hubo un encargo de obra, pero que “esto no quiere decir que se apliquen las normas excepcionales sobre titularidad de derechos” (2018, pág. 10). Lo que quiere decir es que aunque exista un encargo hecho por un tercero, no se producirán los efectos que la LPI contempla casuísticamente, como es el caso de los programas computacionales realizados por encargo de un tercero, las producciones encomendadas por un medio de difusión, Agencias Noticiosas e Informativas o medios informativos de estaciones radiodifusoras o de televisión a personas no sujetas a contrato de trabajo y las fotografías por encargo. En todas estas situaciones la titularidad recae en quien realiza el encargo y no en el autor. Walker afirma entonces: “[...] efectivamente, los derechos originarios de la etiqueta recaen en Catalina Abbott” (2018, pág. 11), no obstante luego agrega “[...] pero eso no quiere decir que acá no exista una autorización clara y expresa para usar las etiquetas de vino [...]” (2018, pág. 11).

La abogada plantea que “[...] la ley de propiedad intelectual no impone formalidad alguna para autorizar el uso de una obra, sino que la misma se puede realizar ‘por cualquier forma contractual’” [...] (2018, pág. 11), en este caso, en su opinión, la forma contractual se dio mediante las conversaciones que se mantuvieron vía correo electrónico. Luego agrega que también se requiere “[...] un permiso otorgado por el titular del derecho de autor [...]” (2018, pág. 11). Este permiso ella lo entiende como la aquiescencia de la artista sobre el hecho de que su ilustración iba a ser utilizada en una etiqueta de vinos.

Valiéndose entonces del art. 20 inciso tercero de la LPI que establece que “A la persona autorizada no le serán reconocidos derechos mayores que aquellos que figuren en la autorización, salvo los inherentes a la misma según su naturaleza.”, afirma que la actora está “desnaturalizando el alcance propio de su autorización” (2018, pág. 12). Esto porque la demandante afirma que el uso sólo puede darse como etiquetas en las botellas de vino; sobre esto Walker objeta:

¿De qué sirve tener una etiqueta que es un elemento distintivo de un producto que lo permite diferenciarlo de otros productos en el mercado, si se prohíbe todo acto de reproducción y difusión de la misma, juntos con adaptaciones de la etiqueta para publicidad del producto? Pretender que el encargo de hacer una etiqueta de vinos no incluye usos tales como la reproducción de dicha imagen para poder incluirla en folletos, imágenes publicitarias, gigantografía o incluso páginas web es simplemente desvirtuar el ámbito y alcance de la autorización misma, ya que implica bloquear el “uso natural” que se le da a una etiqueta distintiva. (2018, pág. 12)

Asimismo también afirma que la autorización incluye la adaptación de la obra, por lo que “constituiría un acto de mala fe luego reclamar que el uso de la obra afecta al derecho de integridad de la misma” (2018, págs. 14 - 15).

A modo de resumen, Walker entonces acepta la teoría de una autorización tácita “[...] ya que de lo contrario, se estaría negando la existencia del encargo mismo y sus efectos” (2018, pág. 14), esta autorización debe ir de la mano con lo establecido en el art. 20 inciso tercero de la LPI es decir, las formas de explotación pueden darse en todos los derechos patrimoniales siempre y cuando el uso sea inherente al encargo y concluye que: “[...] los actos realizados por la Viña se enmarcan dentro del ámbito de aplicación del acuerdo y la autorización entregada por Catalina Abbott” (2018, pág. 18).

Por otro lado, Bernet parte de la base que hay que aplicar los arts. 19 a 24 del Código Civil para interpretar la LPI. Así, establece que el art. 19 inciso primero de la LPI prescribe: “Nadie podrá utilizar públicamente una obra del dominio privado sin haber obtenido la autorización expresa del titular del derecho de autor”. Declara que esto también se remite al art. 18 inciso primero de la LPI el cual determina: “Sólo el titular del derecho de autor o quienes estuvieren expresamente autorizados por él, tendrán el derecho de utilizar la obra en alguna de las siguientes formas: [...]”.

Luego, al igual que Walker, realiza mención al art. 20 de la LPI en sus incisos primero y segundo: “Se entiende, por autorización el permiso otorgado por el titular del derecho de autor, en cualquier forma contractual, para utilizar la obra de alguno de los modos y por alguno de los medios que esta ley establece. La autorización deberá precisar los derechos concedidos a la persona autorizada, señalando el plazo de duración, la remuneración y su forma de pago, el número mínimo o máximo de espectáculos o ejemplares autorizados o si son ilimitados, el territorio de aplicación y todas las demás cláusulas limitativas que el titular del derecho de autor imponga. La remuneración que se acuerde no podrá ser inferior, en caso alguno, al porcentaje que señale el Reglamento.”

De la interpretación de estas normas concluye: “(i) la autorización que concede el autor a un tercero debe ser expresa, y (ii) dicha cualidad se cumple exclusivamente bajo los parámetros impuestos en el art. 20, inciso segundo de la Ley de Propiedad Intelectual n.º 17.336” (Bernet Páez, 2018, pág. 6).

De esta manera, su primer argumento es que mediante la interpretación literal de los arts. 18 y 19 de la LPI, la autorización debe ser expresa y que “tal carácter no puede ser obviado por las partes en atención al carácter protector de las normas sobre Derecho de Autor” (Bernet Páez, 2018, pág. 6).

Su segundo argumento consiste en apelar a la historia fidedigna de la LPI, en específico a la historia del art. 19 de esta, en donde primeramente se hablaba solamente de “autorización” sin definirla y además tampoco se establecían condiciones mínimas que esta debía contener. La redacción final del artículo agregó que la autorización debía ser expresa y contiene, a lo menos, siete requisitos que debe incluir la autorización no siendo estos taxativos, por lo que se podrían agregar los que el autor estime conveniente.

Su tercer argumento es que la interpretación sistemática de la ley nos lleva a concluir que no se admite la autorización tácita, a saber:

De esta manera, se puede apreciar nítidamente que el legislador de forma sistemática va reglamentando la autorización del uso de una obra ajena, ya que en un principio –art. 19– determina que es una facultad inherente al titular de una obra, para luego señalar que los derechos de explotación patrimonial sólo podrán ser utilizados por aquel que ha sido autorizado expresamente, tal como se dispone en el art. 19 de la LPI n.º 17.336. Adicionalmente, para evitar dudas acerca de qué se entiende por autorización, el art. 20 define dicha expresión, y en sus incisos siguientes detalla su carácter de expresa, puesto que debe contemplar un contenido mínimo, y en cuanto a los derechos concedidos al tercero autorizado se dispone que no le serán reconocidos más que aquéllos que figuren en la autorización, salvo los inherentes a la misma según su naturaleza. (Bernet Páez, 2018, pág. 9).

En cuarto lugar se vale de jurisprudencia de la Corte Suprema, tribunal que ha admitido que “para que una persona sea sancionada civilmente con las prestaciones de la Ley n.º 17.336 es necesario que utilice públicamente una obra de dominio privado y que no haya obtenido la autorización expresa del titular del derecho de autor”²⁹ (Bernet Páez, 2018, pág. 10). Por último, cita a académicos en el área civil (Pescio, Avelino León, Domínguez Águila), quienes se encuentran contestes sobre la teoría del acto jurídico en relación a que la voluntad puede manifestarse de forma expresa o tácita, pero que “[...] no es procedente la voluntad tácita cuando la ley requiere que la misma sea expresa, tal como ordena el art. 19 de la Ley n.º 17.336” (Bernet Páez, 2018, pág. 13). Incluso hace alusión a la propia Walker, quien en su Manual de Propiedad Intelectual expresa:

Esta autorización es definida como “el permiso otorgado por el titular del derecho de autor, en cualquier forma contractual, para utilizar la obra de alguno de los modos y por alguno de los medios que esta ley establece”. La ley exige que dicha autorización se realice en forma expresa, descartando de tal forma el uso de autorizaciones tácitas. Junto con ser expresa, la autorización debe contener una serie de elementos. Debe precisar los derechos concedidos a la persona autorizada, indicar un plazo de duración, una remuneración y a su forma de pago, establecer el número mínimo o máximo de espectáculos o ejemplares autorizados o si son ilimitados, el territorio de aplicación, junto con todas las cláusulas limitativas que el titular del derecho de autor imponga. (Walker Echeñique, citada por Bernet, 2018, págs. 13-14)

Bernet concluye que el contrato de obra por encargo no genera la autorización del uso de la obra encomendada por el comitente debido a que cuando el legislador quiso este efecto lo decretó

²⁹ Sentencia Rol n.º 3.313-2017, de fecha 24 de diciembre del año 2008, Corte Suprema.

específicamente llevando a concluir al autor que “[...] tienen el carácter de excepción, naturalmente confirman que la regla general es que el contrato de obra por encargo no tiene el efecto de autorizar al comitente a utilizar la obra encomendada” (Bernet Páez, 2018, pág. 15).

Una vez expuestas ambas posturas, debemos decantarnos por la opinión del académico Bernet, debido a que no sólo sigue armónicamente la tesis de este trabajo, esto es, que a falta de completa regulación sobre la materia, debemos atender a una interpretación de la LPI basada en las normas del Código Civil, y esta interpretación, prolíficamente hecha, lo llevo a concluir que, aun cuando la pregunta era si podía existir autorización tácita de *licenciamiento*, por aplicación irrestricta de la LPI la respuesta es que no.

La consecuencia de esta conclusión no es menor para efectos de este trabajo. Ratifica que aun con la existencia de un contrato de servicios no se presume una autorización de uso y como quien puede lo más, puede lo menos, a contrario sensu, quien no puede lo menos, difícilmente podrá lo más, lo quiere decir es que si no se acepta un licenciamiento tácito mucho menos debería presumirse la cesión de los derechos patrimoniales o de algunos de estos. Tampoco podemos aplicar el inciso final del art. 20 de la LPI para colegir estos efectos porque anterior a esto, debe existir una autorización expresa la cual no existe solo en base a la existencia del contrato de arrendamiento. En este sentido, dice Bernet:

En consecuencia, para la ley resulta irrelevante el tipo de contrato que escojan las partes para regular tal autorización, tanto es así que el art. 20 inciso primero ocupa la expresión “en cualquiera forma contractual”. Sin embargo, una vez que las partes seleccionen un tipo de contrato –como puede ser el contrato de obra por encargo– la ley requiere para que el mismo cumpla la exigencia normativa de ser una autorización que adecue su contenido a lo prescrito en el art. 20 inciso segundo de la ley. En relación a lo anterior, debido a que el art. 19 de la ley señala que nadie podrá utilizar una obra de otro sin haber obtenido la autorización de su titular, naturalmente será de cargo del tercero el peso de demostrar que cuenta con el referido permiso, no bastando para ello la referencia a la existencia de un contrato que no cumpliría con los términos imperativos del art. 20 inciso segundo de la ley. (Bernet Páez, 2018, págs. 17 - 16)

Además, nos previene de un efecto muy importante en caso de aceptar que el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales permita una autorización tácita de uso y esto es:

[...] de admitirse la tesis expuesta en la contestación, fácilmente se podrían vulnerar los derechos del titular de una obra, ya que bastaría que el tercero alegará la existencia de un contrato de obra por encargo para que estuviese autorizado a ocupar una creación ajena, sin necesidad para ello por tanto de acreditar cada una de las exigencias mínimas expuestas en el art. 20 inciso segundo de la ley. Lo expresado, como se puede advertir, constituiría un supuesto de fraude de ley, ya que para evitar la aplicación de una norma imperativa se invocaría una supuesta cobertura contractual, cuyo contenido a falta de pacto expreso, es determinado de manera unilateral precisamente por aquel tercero, que por carecer de autorización expresa, está en infracción de lo prescrito en el art. 19 de la Ley n.º 17.366. (Bernet Páez, 2018, pág. 17)

Por último, también se encuentra de acuerdo con lo tocado y propuesto en la letra a) del punto 3.1. del presente capítulo de este trabajo, esto es: “[...] en ausencia de una autorización expresa que faculte a la demandada a explotar intelectualmente la “Obra”, ella –incluso mediando el pago efectuado a la demandante– sólo detentaría el derecho de dominio sobre el soporte de la obra plástica, pero carecería de los derechos patrimoniales para explotarla, tal como bien dispone el art. 37 inciso 1º de la ley. (Bernet Páez, 2018, pág. 18).

c.1. Comentarios

La hipótesis de este trabajo se basa únicamente en las disposiciones de la LPI, las cuales, una vez aplicadas nos llevan a concluir, en nuestra opinión, que el arrendador-autor conserva sus derechos patrimoniales y que en ningún caso se presume por medio de la celebración de un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales que este ha autorizado un licenciamiento de los derechos.

Esta posición es correcta y concorde con el principio indubio pro-autor que, aunque no exista consagración legal en nuestro país, inspira la tradición continental del derecho de autor a la que adscribimos, por ende puede recibir aplicación en nuestra legislación y que sirve para “[...] interpretar que los conflictos o las dudas en la aplicación e interpretación de las leyes, (y *mutatis mutandis* de los contratos que al fin y al cabo son ley para las partes) siempre deben resolverse en el sentido que más favorezca al autor” (Ríos Pinzón, 2012, pág. 257).

No obstante esto, una primera crítica técnica es la mala utilización del término “obra por encargo” en nuestra legislación. El Código Civil no regula ningún contrato que se denomine de esta forma, por lo que debemos subsumirlo en una figura que sí se encuentre regulada o, en el caso de que no existiera,

reconocerlo como un contrato atípico. En nuestro caso, la obra por encargo sí encuentra su símil en el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, que, como ya vimos en el primer capítulo a pesar de estar pobremente regulado, existe y es a las normas de ese contrato a las que debemos atenernos. Así, utilizar aquella denominación en nuestra legislación es errado y puede llevar a confusión. En el caso aludido en el punto anterior (Abbott con Viu Manent S.A.), en la contestación de la demanda se exponía que quedaba de manifiesto la existencia de una obra por encargo, que como elemento de su esencia incluye la autorización para usar la etiqueta, siendo un contrato consensual... La afirmación es correcta, el contrato es consensual, pero debido a que es un contrato de arrendamiento siendo una de las características de esta figura contractual el que sea consensual. Al mismo tiempo el hecho de saber que se arrienda un servicio nos lleva a concluir que la obligación que se genera es de hacer y que en caso de incumplimiento se deben aplicar las normas del art. 1553 del Código Civil. Asumimos que la confusión viene de la aplicación de la misma LPI, la cual utiliza los términos “obras encargadas por un tercero” o simplemente se alude a “encomiendas a personas no sujetas a contrato de trabajo”, es decir, los términos “encargo” o “encomienda” nos lleva a pensar en un comitente y un comisionista, cuestión que no es errónea, pero sí inexacta y nos parece que siendo este un tema casi inexplorado lo primero que hay que hacer es usar los términos jurídicos correctamente para poder llegar a discurrir los efectos respectivos.

Otra crítica es que, al encontrarnos en sede civil no siempre la persona del arrendatario de los servicios va a ser un empresario. Si estuviésemos en sede laboral, por aplicación del principio protector, el empleador, quien se encuentra en la posición de poder y más favorecida de la relación asimétrica, debería saber que tiene que celebrar un contrato de cesión de derechos u obtener la autorización correspondiente una vez creada la obra, porque el contrato de trabajo no es un instrumento idóneo del que por su sola celebración se entiende que se transfieren o se licencian los derechos patrimoniales. Esta conclusión se determina al partir de la base que el fin último del empleador es el de explotar económicamente la obra y que este cuenta con mayor capacidad y disposición de acceder a información y asesoramiento que le permita emprender las medidas necesarias para lograr este propósito evitándose así posibles contiendas legales.

Caso contrario ocurre con el tema en investigación. Si bien nuestra hipótesis nos parece conforme a derecho eso no quiere decir que no pueda afectar a ambas partes de la relación contractual, a saber, creemos que pueden presentarse dos escenarios: (1) el arrendatario-comitente es un lego que desconoce que no se hará de los derechos patrimoniales de autor o de una autorización tácita de uso, por lo que no podrá explotar la obra que encomendó para ciertos fines y; (2) el arrendador-autor quién,

ignorante sobre el tema, cree que por celebrar un contrato de arrendamientos de servicios inmateriales está cediendo o al menos, licenciando sus derechos patrimoniales con total desconocimiento que, de hecho, puede retenerlos.

Pareciera ser entonces que la hipótesis, aunque parece apropiada, no brinda en la práctica una mayor solución a las partes. El arrendatario-comitente no puede explotar los derechos y el arrendador-autor ignora que puede sacar réditos no sólo por el hecho del encargo, sino también por la explotación no autorizada de su obra.

¿Cuáles serían entonces las posibles soluciones? Esta es la pregunta que trataremos de analizar y responder en el siguiente capítulo de esta investigación, con el fin de poder lograr que ambas partes logren beneficiarse de un negocio jurídico que, al ser interceptado por las normas del derecho de autor –las cuales no pueden ser desatendidas–, provocan más problemas que soluciones, e incluso, más lesión que beneficio, lo que podría ocasionar trabas en el tráfico jurídico e incluso posibles acciones judiciales desde el bando de ambas partes, requiriendo soluciones a tribunales que tampoco tienen directrices muy claras. Ese es el propósito de las siguientes páginas.

CAPÍTULO III: SOLUCIÓN NORMATIVA; CRÍTICAS Y REFLEXIONES. ANÁLISIS DE CASOS COMPARADOS, NUEVAS PROPUESTAS Y SOLUCIONES.

Este capítulo busca, en primer lugar, exponer la solución actual que nos ofrece nuestra legislación en relación a la creación de obras protegidas no sujetas a encargo laboral. En segundo lugar daremos paso a un análisis de derecho y doctrina comparada con el fin de aprehender la situación normativa de otros países; conocer si sus regulaciones se encuentran en el mismo estado que la de nuestro país, si es que existen similitudes o si por el contrario, presentan diferencias importantes en sus planteamientos. En tercer y último lugar propondremos alternativas y propuestas a la solución normativa, las cuales nos permitirían superar los problemas que se originan en el vigente escenario, en aras de proteger y beneficiar a ambas partes del negocio jurídico que se encuentran en miras de celebrar.

1. Solución normativa según derecho vigente (lege lata)

Evidentemente, y luego del análisis realizado en el capítulo II para colegir los efectos del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, podemos discurrir que la solución actual se condice con la hipótesis de esta investigación: en el caso de la celebración de un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales que envuelva la creación de una obra protegida por la LPI, los derechos morales y patrimoniales serán detentados por el arrendador-autor, salvo cuando el legislador, mediante una ficción legal, radique la titularidad de los derechos patrimoniales en la figura de arrendatario-comitente. Arribamos a esta conclusión por la aplicación de la legislación vigente al momento de escribirse este trabajo. De este modo, debemos aplicar la LPI por ser uno de los presupuestos del caso en estudio la existencia de una obra protegida y respecto a esto debemos indicar: (1) la LPI nunca menciona la figura del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, sólo se refiere a “obras encargadas por un tercero” y a “encomiendas a personas no sujetas a contrato de trabajo”; (2) estas figuras se asimilan al contrato anteriormente mencionado y la LPI hace alusión a ellas en casos específicos; (3) en estos casos específicos opera una presunción de cesión de los derechos patrimoniales de autor en favor de quien encargó la obra. Por otro lado, al tratarse de un contrato de arrendamiento la normativa aplicable es el Código Civil, sin que este nos aporte ante el dilema sobre en quién radica la titularidad del derecho de autor. Así las cosas, si la LPI no realiza referencia sobre quién es el titular en esta hipótesis, debemos llegar a la solución con observación a sus disposiciones generales: (1) el art. 7 de la LPI establece que “Es titular del derecho el autor de la obra” y (2) el art. 1 de la LPI dispone que estos derechos serán adquiridos por el autor “por el sólo hecho de la creación”, lo que nos deja sin otra salida más que concluir que a falta de regulación expresa, el arrendador-autor seguirá detentando los derechos de autor, sin perjuicio de tener la obligación de entregar el soporte

físico que contiene la obra. Esto se reafirma con el argumento de que si el legislador ha otorgado la titularidad originaria en una persona distinta a la del autor en casos expresos y específicos en la LPI, es porque la regla general es la contraria, es decir, en todos los demás casos no regulados por este la titularidad recaerá en la figura del autor.

1.1. Reflexiones y críticas

Considerándolo desde un prisma de lege lata la situación actual no es del todo injusta. La LPI busca proteger a los autores de las obras otorgándoles derechos, y una de las formas de despojarlos de aquella protección es privarlos de estos. De esta manera, si la aplicación de la normativa vigente nos lleva a concluir que los autores seguirán detentando la titularidad originaria, esta parece ser la interpretación que va por el camino correcto. No obstante, no olvidamos que el escenario presentado es más complejo, ya que por un lado tenemos al autor pero por otro tenemos al arrendatario-comitente del servicio quien, salvo que tenga en claro cuáles son exactamente las consecuencias jurídicas, creará que por el hecho del encargo detenta los derechos de autor. La pregunta entonces es... al igual que en los casos específicos contemplados por la LPI, ¿debe presumirse una cesión a favor de quien encarga la obra? Nuestra respuesta es que no, ya que en primer lugar la situación no se encuentra regulada y no podemos aplicar el aforismo por analogía que versa “donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición” ya que el legislador no estableció las presunciones de cesión en razón del hecho del encargo de una obra cualquiera, sino que lo hizo en virtud de la naturaleza de la obra en sí (programas computacionales, producciones encomendadas por un medio de difusión, Agencias Noticiosas, etc. y fotografías por encargo). En segundo lugar, porque estimamos que la cesión de los derechos patrimoniales como efecto jurídico es excesivo ya que despoja al autor de todos sus derechos patrimoniales en perpetuidad, imposibilitándolo de obtener más ventajas económicas que el simple pago del precio del encargo, cuestión que se agrava si el arrendatario-comitente desea explotar la obra y que podría llegar a su cúspide, si la explotación regular deviene en un éxito insospechado de la obra donde el autor ya no sólo no puede cobrar los réditos esperables sino que además los imprevisibles. La presunción de cesión destruye el propósito inicial de la LPI por lo que por ninguna razón debería interpretarse que se entenderán cedidos los derechos patrimoniales por el sólo hecho del encargo.

Si bien defendemos la idea de que el arrendador-autor sigue detentando sus derechos, entendemos que la situación del arrendatario-comitente es desfavorable. Los atributos del dominio como el uso y goce sobre el soporte material de la obra podrían verse comprometidos; así, supongamos que el arrendatario-comitente encarga una ilustración, le realiza unas cuantas modificaciones, luego la escanea y publica en redes sociales. Al no ser este el titular, en un solo acto ha infringido los derechos patrimoniales de reproducción, comunicación pública y el derecho moral de integridad de la obra,

exponiéndose a una posible demanda por utilización de obra del dominio privado. Suena incluso descabellado que los derechos de una ilustración que le pertenece físicamente forme parte del dominio privado de otro sujeto pero así es como ciertamente opera el derecho de autor.

Otra arista a tener en consideración es el tema económico. Supongamos que en este caso el arrendatario-comitente además quiere explotar la obra. Primero entonces tendrá que pagar el precio del encargo, para luego volver a realizar un desembolso económico por el pago del precio de la cesión o de la licencia y solo en el caso que el autor quiera ceder o licenciar los derechos. Es entonces un sistema poco afable, entabado y por qué no mencionarlo, injusto para esta parte.

Como cierre a este acápite queremos dejar claro que creemos que el problema no es la normativa vigente en el sentido de que esta se encuentra equivocada. Las disposiciones que nos permiten colegir que el autor es el titular de los derechos y los casos determinados regulados en la LPI nos ofrecen de hecho una directriz para poder responder a la hipótesis. El problema central es el vacío legislativo en el tratamiento de situaciones específicas pero genéricas, es decir, la falta de regulación en general de todos los casos que envuelvan obras hechas por encargo, también las realizadas bajo contrato laboral, y por supuesto, los efectos en relación a la titularidad; si existirá o no cesión, si puede ser tácita, etc. A continuación haremos un recorrido por las legislaciones comparadas con el fin de que sirvan como suerte de guía para proponer posibles soluciones al escenario que analizamos en este trabajo.

2. Tratamiento de la figura del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales en el derecho y doctrina comparada

2.1. México

En este país, por amplia oposición a la situación legislativa del nuestro, no sólo se encuentra regulada la situación del encargo de una obra protegida, sino que además la solución es totalmente contraria a la hipótesis de este trabajo. Incluso se ha dicho que “Sólo unos cuantos países consideran que el derecho sigue perteneciendo al creador, a pesar del contrato de comisión [...] La mayoría adopta, por el contrario, el sistema que considera al comitente como titular del derecho (por ejemplo [...] México [...])” (Colombet, 1997, pág. 43).

De esta forma, el art. 83 inciso primero de la Ley Federal de Derecho de Autor nos señala que “Salvo pacto en contrario, la persona física o moral que comisione la producción de una obra o que la produzca con la colaboración remunerada de otras, gozará de la titularidad de los derechos

patrimoniales sobre la misma y le corresponderán las facultades relativas a la divulgación, integridad de la obra y de colección sobre este tipo de creaciones.”

No existe pie para dudar. En el caso de una obra por encargo, la persona del comitente será el detentador de los derechos patrimoniales. El articulado incluso le otorga los derechos morales de divulgación e integridad a quien encarga la obra (quien puede ser natural o jurídica), efecto que luego del análisis y lectura de leyes y doctrina de otros países, podemos concluir que es único y radical en comparación a otras legislaciones. Por otro lado, el restante derecho moral que aun detenta el autor es el derecho de paternidad, cuestión regulada en el inciso final del art. 83 que indica: “La persona que participe en la realización de la obra, en forma remunerada, tendrá el derecho a que se le mencione expresamente su calidad de autor, artista, intérprete o ejecutante sobre la parte o partes en cuya creación haya participado.”

El hecho de que nuestra hipótesis sea distinta al caso mexicano es netamente por la aplicación de la normativa nacional vigente en la actualidad lo cual no quiere decir que esta solución sea errónea o injusta. No obstante, es discutible e incluso controvertida. Así, por ejemplo, Antequera opina:

Sin embargo, sobre la base del principio de la inalienabilidad del derecho moral y conforme a la propia naturaleza de las cosas, resultaría un absurdo admitir que el comitente ponga su nombre como autor de la creación, o que mute o deforme la obra, desvirtuando así el valor creativo expresado en ella. (1994, pág. 74)

En contraste, la doctrina mexicana acepta la transferencia de los derechos morales. Se ha dicho: “[...] podemos decir que la persona que encarga una obra autoral es también autor de la obra, pues la concibe y algunos casos dirige su creación, mientras que el autor solo se encarga de su realización material, siguiendo las instrucciones del que comisiona la obra” (Magaña Rufino, 2014, pág. 16). En el mismo sentido:

[...] la obra no surge de la voluntad ni del impulso creativo del autor, sino de una necesidad de otro que se expresa de manera cierta y jurídicamente válida; de ahí que el marco de la libertad creativa del autor se encuentra limitado, toda vez que éste no puede realizar sino una obra que se apegue a las necesidades y deseos expresados por quien la comisiona. Serrano Migallón (citado por Aranda Bonilla, 2013, pág. 47)

2.2. Brasil

México no es el único país en advenir con ideas creativas a la hora de regular los efectos de la figura del encargo de obra atendiendo a lo complejo de esta situación, debido a que se desdibuja la panorámica tradicional del autor como titular originario, colocando en su lugar a una persona que paga un precio por una obra protegida pero que no es el creador y por tanto, en principio, no detenta los derechos ni patrimoniales ni morales. En este caso, Brasil en la Ley 5.988/73 (Lei 5.988/73) regulaba expresamente, hasta el año 1998, la obra por encargo en su art. 36, el cual establecía: “Art. 36. Si la obra intelectual se produce en cumplimiento de la obligación funcional o del contrato de trabajo o de prestación de servicios, los derechos del autor, salvo convención en contrario, pertenecen a ambas partes, conforme a lo establecido por el Consejo Nacional de Derecho del Autor³⁰ (la traducción es nuestra).

Brasil, resolvió el problema de la manera más salomónica posible, otorgando el derecho de autor a ambas partes. Muy probablemente esta solución también generó problemas, pero va más allá del tema de esta investigación. Cabe agregar que la nueva ley (Lei 9.610/98) retrocede sobre esta materia al no contemplar los casos de obra por encargo, cuestión en que la doctrina ha planteado que aún a falta de disposición legal, puede aplicarse la costumbre regente debido al vínculo de subordinación. Dentro de este marco se ha dicho:

Esta subordinación jurídica, caracterizadora de la relación existente entre el creador de la obra por encargo y aquel que la encarga parece ser, especialmente el precepto orientador, principalmente por haber sido ya explicitada en la antigua Ley de Derechos de Autor (Ley 5.988/73, art. 36) y estar aún presente en las normas de derechos de autor sobre el software y en aquellas relacionadas con las invenciones y los modelos de utilidad³¹. (Lima, 2009)

Esto permitiría que aun cuando la nueva normativa no contemple la situación del encargo de obra, pueda seguirse el remedio establecido en la ley anterior, permitiendo en la práctica que la legislación brasileña siga con esta singular solución.

³⁰ Art. 36. Se a obra intelectual for produzida em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho ou de prestação de serviços, os direitos do autor, salvo convenção em contrário, pertencerão a ambas as partes, conforme for estabelecido pelo Conselho Nacional de Direito do Autor.

³¹ Essa subordinação jurídica caracterizadora da relação existente entre o criador da obra sob encomenda e aquele que a encomenda (citada acima) parece, notadamente, ser o preceito norteador, mormente já haver sido explicitada na antiga Lei de Direitos Autorais (Lei 5.988/73, artigo 36) e ainda presente nas regras dos direitos autorais do /software/ e àquelas relacionadas às invensões e aos modelos de utilidade.

2.3. Colombia

Para efectos de este trabajo, se ha elegido Colombia debido a que dentro de la escasa doctrina, la producida por académicos de este país es la más prolifera que puede encontrarse. Por lo demás, el Código Civil colombiano consta de un capítulo llamado “Del arrendamiento de servicios inmateriales” y las normas que lo regulan que comienzan desde el art. 2063 y siguientes, son análogas, por no decir idénticas a las normas del Título XVI (“Del contrato de arrendamiento”), párrafo 9 (“Del arrendamiento de servicios inmateriales”) de nuestro Código Civil, desde el art. 2006 y siguientes. ¿Por qué mencionamos esto? Porque a pesar de tener una base jurídica similar, el legislador colombiano sí se ha encargado de la regulación de esta figura en la Ley de Propiedad Intelectual n.º 23 de 1982 sobre derechos de autor, a diferencia de nuestra legislación en donde no se encuentra regulada y sólo se menciona para algunos casos específicos como comentábamos con anterioridad.

El punto de partida es el art. 4³² en donde enumera a quienes son titulares del derecho, mencionando en su letra f) a “La persona natural o jurídica que, en virtud del contrato obtenga por su cuenta y riesgo, la producción de una obra científica, literaria o artística realizada por uno o varios autores... (...)”, así:

[...] la ley reconoce a quien realiza el encargo como titular de la creación intelectual; sin embargo, omite determinar la clase de titularidad que la persona ejercerá sobre la obra es decir no se señala si el comitente de la creación intelectual ejercerá sus derechos en virtud de una titularidad originaria o derivada de la transferencia de derechos. (Uribe Corzo, 2007, pág. 46)

Siguiendo con la tradición continental se concluye entonces que la titularidad originaria sólo radica en el autor, por lo que quien encarga la obra será siempre un titular derivado... hasta aquí nada distinto a lo que sucede en nuestro país. Empero, y acá viene lo interesante, Uribe Corzo nos afirma que “la jurisprudencia sobre la materia y destacada doctrina, hoy en día aceptan que el comitente de la obra adquiere la titularidad derivada de los derechos patrimoniales en virtud de una presunción legal de

³² Art. 4º. — Son titulares de los derechos reconocidos por la ley:

- a) El autor de su obra;
- b) El artista, intérprete o ejecutante, sobre su interpretación o ejecución;
- c) El productor, sobre su fonograma;
- d) El organismo de radiodifusión sobre su emisión;
- e) Los causahabientes, a título singular o universal, de los titulares anteriormente citados;
- f) La persona natural o jurídica que, en virtud de contrato obtenga por su cuenta y riesgo, la producción de una obra científica, literaria o artística realizada por uno o varios autores en las condiciones previstas en el art. 20 de esta ley

cesión” (2007, pág. 47) y esta presunción legal de cesión se verifica una vez cumplidos los requisitos del art. 20 de la Ley n.º 23 de 1982 provocando como efecto que se presuma la transferencia de los derechos patrimoniales.

Resumiendo, Colombia, incluso teniendo como punto de partida las mismas normas del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, tiene tres aspectos a destacar: (1) regula el encargo de obra de manera integral y no casuísticamente como ocurre con la LPI; (2) la doctrina y la jurisprudencia se encuentran contestes en que se puede adquirir la titularidad derivada en virtud de una presunción legal de cesión; (3) la ley establece los requisitos, los cuales una vez verificados, hacen presumir que los derechos patrimoniales se radican en el comitente.

Esto ya es por mucho, una regulación más avanzada y precisa que la que tenemos en nuestro país. Como no es objeto de este trabajo analizar exhaustivamente la legislación comparada sino nada más para realizar un paralelo con la nuestra, pasaremos a mencionar brevemente, en palabras de Uribe Corzo, cuáles serían los requisitos que deben verificarse para que opere la cesión:

1) Un contrato de prestación de servicios; 2) Una persona natural o jurídica encargante; 3) Uno o varios autores encargados; 4) Un encargo; 5) Un plan señalado por la persona que encargada la obra; 6) La ejecución del contrato por cuenta y riesgo del contratante y 7) La fijación de honorarios (2007, págs. 49 - 51).

Por último y más importante... ¿cuáles son los efectos que se producirían en el caso de verificarse esta presunción? Nuevamente la legislación colombiana nos sorprende debido a que el art. 20 de la Ley de Propiedad Intelectual n.º 23 de 1982, antes del año 2011, tenía una redacción que hacía concluir a la doctrina que el comitente pasaba a ser titular derivado de todos los derechos patrimoniales. Así afirmaba Monroy:

[...] la presunción de transferencia en virtud de la existencia de un contrato de obra por encargo tiene un alcance global o general, esto significa que respecto de este contrato no puede predicarse la obligación o carga contractual de delimitar la transferencia de los derechos patrimoniales. En otras palabras: por regla general, el contrato de obra por encargo opera una presunción de transferencia de todos los derechos y modalidades de explotación conocidas o por conocer. Por excepción, si el autor quiere reservarse algun(os) o todos los derechos

patrimoniales, entonces dicha reserva o pacto en contrario sí tiene que ser expresa o delimitada. (2004, pág. 39)

En el mismo sentido, discurría Uribe Corzo al plantear que “se debe entender que en la obra por encargo se presume la transferencia total de los derechos patrimoniales sobre la obra, es decir, la transferencia comprende todos los derechos patrimoniales y modalidades de explotación, conocidas o por conocer, y sus efectos son ilimitados espacial y temporalmente” (2007, pág. 48).

En términos del derecho de autor, asumir que una persona distinta de este podría detentar todas y cada una de las facultades que otorgan los derechos patrimoniales es bastante radical, aunque probablemente era una interpretación correcta y armónica tomando en cuenta el sentido literal de la ley. Posiblemente, fue este mismo escenario extremo el que llevó al legislador a reformar el art. 20 en el año 2011 en los siguientes términos:

Art. 20. 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.

El subrayado es nuestro porque es claro hacia donde iba la intención del legislador colombiano al reformar el art. 20 y es que en base al principio del indubio pro-autor (que dicho sea de paso se encuentra consagrado expresamente en el art. 257 de la Ley n.º 23 de 1982) se prefirió una redacción abierta, la cual “rompe con el paradigma [...] de considerar que la elaboración de una obra por encargo significa la cesión ilimitada de los derechos de autor” (Ríos Pinzón, 2012, pág. 271) y que “[...] no solo limita los derechos y las modalidades de explotación presuntamente cedidas a las actividades del comitente, sino que las restringe temporalmente a aquellas habituales ‘para la época de creación de la obra’” (Ríos Pinzón, 2012, pág. 272).

Vista la situación, podemos concluir que, incluso si hubiéramos querido argumentar que la falta de regulación del derecho de autor en relación a los contratos de servicios se debe a la falta de regulación en el Código Civil, la legislación Colombiana nos demuestra que eso no hace falta para poder establecer criterios claros en relación a los efectos del contrato y la titularidad, aun cuando se pertenezca a la misma tradición jurídica continental, debido a que puede confluir un equilibrio entre el derecho de los autores y de quienes encargan la obra con el fin también de no entorpecer el tráfico jurídico ni las nuevas formas de prestaciones de servicios cuando estas están ligadas a la creación de una obra protegida.

2.4. EE. UU.

La tradición jurídica en materia de derecho de autor en este país es la que se conoce como la del “copyright” y, tal como ocurre cuando comparamos el sistema del *common law* con el continental, encontraremos profundas diferencias que debemos esbozar antes de exponer cuál es la situación de las obras hechas por encargo.

Así, “En estos sistemas –al menos como punto de partida– se considera el derecho del autor fundamentalmente como un bien patrimonial más; por tanto su transmisión no está limitada, y se asemeja a la venta de cualquier mueble o inmueble” (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2006, pág. 164). Alejandro Loredó nos afirma que “En el derecho proveniente del romano germánico se entienden los derechos del autor como inherentes a la persona, mientras que en el mundo anglosajón se entienden desde una perspectiva menos personalista y más utilitarista” (2012). Por su parte, los profesores Bernet y Sierra establecen que “se caracteriza por conceder una facultad a su titular para prevenir la copia de la obra protegida, de ahí que su foco se asienta en el objeto amparado y no en su creación” (Bernet Páez & Sierra Herrero, 2018, pág. 5).

De estas calificaciones se desprende (y tendrá sentido para la descripción de la situación del encargo de obra) que en el sistema del copyright no existe una diferenciación entre autor y titular debido a que tanto una persona natural como jurídica podría ser titular originario de los derechos, cuestión impensada en nuestro sistema en donde el autor sólo puede ser una persona natural y por ende, el titular originario de aquellos.

En esta legislación las obras por encargo se denominan “Works made for hire” y se encuentran reguladas en el United States Code (US Code), título 17, donde en la sección §101 se nos otorga una definición, sobre la cual Bernet y Sierra apuntan:

[...] comprenden dos supuestos: las obras preparadas por un trabajador en el ámbito de su empleo y las obras especialmente encomendadas como contribución a una obra colectiva, parte de una obra cinematográfica o de una obra audiovisual, traducción, complemento de otra obra, compilación, texto educativo, cuestionario, respuesta a cuestionario o atlas, en la medida en que exista un pacto expreso por escrito entre el empresario y el autor, en cuya virtud las partes le otorgan a tal creación el carácter de obra por encargo. (2018, pág. 6, pie de página n.º 3)

Como podemos ver, existe una notoria diferencia con nuestra LPI, ya que cuando esta habla de obras por encargo, creadas ya sea dentro de una relación de trabajo o de manera independiente, debe hacer alusión al efecto que esta produce en cuanto a la titularidad de los derechos. Acá, en el primer supuesto, la titularidad de los derechos sobre las obras creadas por un trabajador dentro del ámbito de su empleo pertenecerá siempre al empleador y, en el segundo supuesto, para que la titularidad recaiga en quién encomienda la obra deben cumplirse dos requisitos copulativos: (1) La obra creada debe revestir cierta naturaleza o en otras palabras, “caer dentro de una de nueve categorías” (Spelman, 1997, pág. 11) y (2) Que “el trabajador y la parte que comisiona acuerden por escrito, antes de que la obra sea creada, que el trabajo resultante será una obra hecha por encargo” (Spelman, 1997, pág. 11).

El supuesto que nos interesa para efectos de este trabajo y de un análisis comparativo es el segundo. La ley exige el cumplimiento de requisitos para que el comitente de una obra por encargo sea el titular de la creación. En este sentido, en el caso de no cumplirse estos, aun siendo el copyright un derecho de una tradición jurídica distinta, la titularidad de los derechos recaería en el autor. Aquello se desprende de la sección §201 “Ownership of copyright” letra (a), la cual establece: “Propiedad inicial. El derecho de autor de una obra protegida por este título se otorga inicialmente al autor o autores de la obra. Los autores de una obra en colaboración son copropietarios de los derechos de autor de la obra.”³³ (traducción nuestra)

Esto se refuerza con la sección §201 letra (b) que dispone: “En el caso de una obra por encargo, el empleador o la otra persona para quién se realizó el trabajo es considerado el autor para los efectos

³³ §201 Ownership of copyright (a) Initial Ownership. —Copyright in a work protected under this title vests initially in the author or authors of the work. The authors of a joint work are coowners of copyright in the work.

de este título y, a menos que las partes hayan acordado expresamente lo contrario en un instrumento escrito firmado por ambos, será propietario de todos los derechos que comprende el derecho de autor”³⁴ (traducción nuestra). Esta norma nos hace reparar que los discutidos casos de obras protegidas realizadas bajo una relación laboral o en nuestro caso, bajo el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, en EE.UU. no es un tema de discusión, al contrario, se acepta que “La doctrina de los *Works Made for Hire* es una reducida excepción a la regla básica de que el creador es el propietario de los derechos de autor” (Vo, 1999, pág. 611), sin mayor disputa al respecto.

De esta forma, se sacrifica la figura del autor como persona natural creadora por razones de índole más económicas. A este respecto, en el caso *Community for Creative Non Violence v. Reid*, la Corte Suprema de EE.UU. debía responder dos interrogantes, a saber: ¿era el autor un empleado o un trabajador independiente de la Comunidad?; y ¿la obra encargada era una obra hecha por encargo?

Para contestar la primera pregunta aplicó un test de doce factores, entre los cuales se incluían: “1. Lugar donde realizó el trabajo; 2. Duración de la relación de las partes y obligación de realizar más trabajos; 3. Niveles de habilidad requeridos; 4. Propiedad y procedencia de las herramientas de trabajo; 5. Derecho a asignar proyectos adicionales... [...]” (Spelman, 1997, págs. 11 - 12), entre otros, llegando a la conclusión de era un trabajador independiente. Por lo tanto, esto excluía la obra como un *Work Made for Hire* en el primer supuesto de la definición otorgada por la sección 101: las obras preparadas por un trabajador en el ámbito de su empleo. El segundo supuesto de la sección 101, obligaba a incluir la obra encargada (en este caso una estatua) dentro de una de las nueve categorías que conforman la definición, cuestión que también fue negada ya que “La escultura no se acopló dentro de una de las nueve categorías [...] y las partes no realizaron una transferencia u otro acuerdo escrito [...]” (Vo, 1999, pág. 681) por lo que la Corte concluyó que no estando en presencia de un *Work Made for Hire*, la titularidad de los derechos recaía en el autor de la obra.

De esta forma, podemos colegir que el sistema del copyright parte de la misma base que el nuestro: quien crea la obra es titular de los derechos de autor. La diferencia estriba en el hecho de que las obras hechas por encargo, en primer lugar, sí se encuentran reguladas a diferencia de lo que ocurre en nuestra LPI. Esta regulación es vista como una excepción específica de la regla general y el efecto es distinto... no operan presunciones de cesiones del derecho de autor sino que la titularidad originaria

³⁴ § 201 (b) Works Made for Hire.—In the case of a work made for hire, the employer or other person for whom the work was prepared is considered the author for purposes of this title, and, unless the parties have expressly agreed otherwise in a written instrument signed by them, owns all of the rights comprised in the copyright.

recae inmediatamente en una persona distinta de este, radicalizándose totalmente la situación ya que implica que el autor es despojado de sus prerrogativas ni siquiera bajo la forma de un licenciamiento sino bajo la adquisición total de los derechos por parte de la persona que encargó la obra. Esto se debe principalmente a la necesidad de la legislación estadounidense de proteger los derechos de autores de obras, pero al mismo tiempo de permitir la explotación de ellas sin que existan trabas a la industria y a la economía que se relaciona con la propiedad intelectual. En este aspecto “La Copyright Act da derecho a los autores a un monopolio limitado sobre sus obras, equilibrado cuidadosamente este incentivo económico con la necesidad de difundir las obras al público general” (Vo, 1999, pág. 611), cuestión que difiere con nuestro entendimiento continental y en específico de nuestro país, que establece como principio rector en el art. 25 de la Constitución: “La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie [...]”, inclinando la balanza hacia el autor y los derechos que le corresponden por ser un ente creador más que a la implicancia económica de estos.

3. Propuestas y posibles soluciones frente al escenario actual

3.1. Análisis constitucional

Una de las grandes problemáticas que mencionábamos con anterioridad era la situación entre el arrendatario-comitente quien se hace dueño del soporte físico de la obra y el arrendador-autor detentador de los derechos de autor. A simple vista, pareciera ser que el derecho de propiedad sobre el soporte físico y el derecho sobre las creaciones intelectuales y artísticas se encuentran en pugna. Surge el planteamiento... ¿existe un derecho que tenga primacía por sobre el otro? ¿Cambia esto la hipótesis planteada en este trabajo? Consultar entonces la Constitución es indispensable para arriba a una conclusión. Nuestra Carta Fundamental en su art. 19 n.º 24 establece:

“La Constitución asegura a todas las personas:

El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial

que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador”.

Inmediatamente en el numeral siguiente (art. 19 n.º 25) dispone:

“La Constitución asegura a todas las personas:

La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular.

El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley.

Se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley.

Será aplicable a la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y a la propiedad industrial lo prescrito en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del número anterior.”

Una vez analizada esta normativa, creemos que el derecho de autor prima por sobre el derecho de propiedad en cuanto al reconocimiento y protección que tiene en la Carta Fundamental.

Para comenzar, debemos mencionar la especificidad de la norma. Si el art. 19 n.º 24 dispone que asegura el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales y luego el art. 19 n.º 25 indica que asegura a todas las personas el derecho de autor sobre sus creaciones, lo que está ocurriendo es que la Constitución considera este derecho tan trascendental que, si bien ya se encuentra consagrado en el art. 19 n.º 24 (los derechos patrimoniales y morales de autor vendrían a ser bienes incorporales, por aplicación del art. 565 del Código Civil), se decidió de igual manera explicitarlo en un numeral separado, como derecho elevado a rango constitucional que puede “[...] ser tutelado por la acción de protección [...]” (Campos Micin, 2018, pág. 192), convirtiéndose en una “[...] norma fundamental a la que debe conformarse toda interpretación de un texto legal.” (Campos Micin, 2018, pág. 190).

Siguiendo esta línea, nos referiremos al inciso segundo del art. 19 n.º 24 que dispone que nadie puede ser privado de su propiedad. Sabemos que las excepciones al derecho de autor se encuentran justificadas por la función social de la propiedad. En otros casos, como sería celebrar un contrato de servicios, reafirmamos con base al artículo ya mencionado que el arrendatario-comitente

efectivamente es dueño del soporte material que contiene la obra pero aplicando la supremacía constitucional que postulamos tiene el art. 19 n.º 25 sobre el art. 19 n.º 24, se impide bajo todo supuesto que el arrendatario-comitente detente los derechos patrimoniales que corresponden al arrendador-autor. De esta manera, como acabamos de mencionar, si los tribunales decidieran algo en contrario la solución sería interponer una acción de protección a fin de que se aseguren y cautelen los derechos del autor frente a una posible privación o perturbación de estos.

3.2. Análisis del tratado de libre comercio entre Chile y EE.UU.

Como ya hemos detallado previamente, la LPI regula casuísticamente en quien recae la titularidad de los derechos patrimoniales, ya sea tanto en el caso de obras creadas bajo contrato de trabajo o mediante encargo. Llegados a este punto, podemos afirmar que en ambos supuestos, todos los demás casos no regulados por la LPI se rigen bajo la regla general, esta es, la titularidad recae en el autor de la obra.

No obstante, el TLC celebrado entre nuestro país y EE.UU. nos presentaría una solución para el caso que la obra fuese creada bajo una relación laboral, siendo esta solución un indicador sobre cuál vendría a ser la regla general a aplicar en el caso de los contratos de arrendamiento de servicios inmateriales.

El artículo 17.7 del capítulo 17 del TLC dispone en su punto 2 letra a):

2. (a) Cada Parte dispondrá que para el derecho de autor y derechos conexos:

(i) cualquier persona propietaria de cualquier derecho económico, es decir, no de un derecho moral, podrá, libre y separadamente, transferir tal derecho mediante un contrato; y

(ii) cualquier persona que haya adquirido o sea propietario de tales derechos económicos en virtud de un contrato, incluidos los contratos de empleo que implican la creación de obras, interpretación o ejecución o fonogramas, podrá ejercer tales derechos a nombre propio y gozar plenamente de los beneficios que de ellos se deriven.

En la letra b) preceptúa:

(b) Cada Parte podrá establecer:

(i) cuáles contratos de empleo que implican la creación de una obra, interpretación o ejecución o fonograma, en ausencia de un acuerdo por escrito, implican una transferencia de los derechos económicos en virtud de la ley, y

(ii) límites razonables respecto de las disposiciones establecidas en el párrafo 2(a), para proteger los intereses de los titulares originarios, tomando en consideración los legítimos intereses de los cesionarios.

Estas normas han llevado a pensar que cuando una obra es creada bajo una relación laboral, en cualquier caso, el empleador podrá explotar los derechos de esta siempre y cuando digan relación con el giro del empleador. Por ejemplo, una empresa de publicidad, por la naturaleza de los servicios que ofrece, podría explotar los derechos de reproducción y comunicación pública de una obra durante el período que dure la campaña publicitaria. Schuster, adhiere especialmente a esta hipótesis discurrendo: “Sin perjuicio de ello es evidente que el empleador puede realizar una explotación de la obra, ya que ese es el objeto del contrato de trabajo. Por tanto, queda asegurado el ejercicio de los derechos patrimoniales para que la empresa pueda utilizar la obra de acuerdo a su giro.” (Schuster Vergara, 2009, pág. 379).

Ahora, ¿cómo esto podría servirnos para apoyar la hipótesis de este trabajo? Al aplicar el TLC a las obras creadas en virtud de un contrato de trabajo, podemos inferir que, en cualquier caso, sin distinguir sobre la naturaleza de la obra, el empleador podrá explotar los derechos patrimoniales que digan relación con su giro. Habiendo analizado latamente en el Capítulo I las diferencias que estriban entre el contrato de trabajo y el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, podemos concluir que cuando un contrato no presenta las características del de trabajo, este pasa a ser uno de arrendamiento de servicios (“su falta revela su inexistencia”, ver pág. 15), por tanto, al no encontrarse el contrato de servicios sujeto a las normas del TLC, volvemos una vez más a la aplicación de las reglas generales, lo que nos lleva forzosamente a concluir, que cuando una obra es por encargo, la titularidad de los derechos recaerán en el arrendador-autor. El TLC nos despeja el camino sobre los efectos jurídicos del contrato de servicios, cuando nos aclara los efectos y la suerte que correrán las obras creadas bajo una relación laboral. Por otro lado, esta parece ser la deducción correcta ya que si los efectos jurídicos del contrato de trabajo y del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales fuesen los mismos, las partes no podrían elegir cuál figura jurídica se ajusta más a sus necesidades, ya que independiente de cuál sea el contrato que se celebre los efectos serían equivalentes, inclinando la balanza injustamente hacia los intereses de los empleadores/arrendatarios del servicio por sobre los del autor.

3.3. Solución a la luz del análisis de los principios que inspiran el derecho de autor y el derecho común

La LPI, a diferencia de las leyes actuales, no contiene una explicitación de principios los cuales constituyan una base que nos permita entender la raíces desde las cuales se construyó. Aun así, a través de un estudio de la legislación se han formulado una serie de principios que “surgen implícitamente de sus articulados” (Lipszyc D. , 2012, pág. 4) y que inspirarían el derecho de autor, directrices de las cuales nos ayudaremos para interpretar la hipótesis de este trabajo. Entonces, un primer principio que debemos mencionar es el de “independencia entre el derecho de autor y el objeto material que lo contiene”, según el cual “la adquisición del objeto material (*corpus mechanicum*) en el que está fijada una obra (*corpus mysticum*) no implica la trasmisión de derechos intelectuales que siguen en cabeza del autor” (Lipszyc D. , 2012, pág. 6). Anteriormente ya nos habíamos referido a esta circunstancia, pero el que se consolide como principio nos sirve para explicar el contraintuitivo hecho que poseer el soporte no es lo mismo que detentar la obra en el cual se encuentra, por lo que puede existir por ejemplo, un sujeto que posea los libros de la saga de Harry Potter en tomos impresos y otro que los posea en formato electrónico (e-book) y en ambos casos, ninguno de ellos se ha convertido en titular de los derechos de autor de esta obra, ya que la LPI otorga derechos para proteger la creación intelectual del autor y no para proteger los soportes físicos que la contienen y que pueden poseer un sinnúmero de personas que no son los autores.

Otro principio importante es el “principio de protección automática” el cual podemos desprender del art. 1 de la LPI que establece que “protege los derechos por el sólo hecho de la creación de la obra”. Este principio implica que el “gozo y ejercicio (del derecho de autor) no está sujeto al cumplimiento de cualquier formalidad” (Moura Vicente, 2011, pág. 12). Ruiz apunta:

[...] la Ley n.º 17.336 contempla la idea de protección automática de los derechos de autor como un elemento de relevancia. De esta forma, los creadores de obras intelectuales para obtener la protección que la ley entrega no requieren hacer depósito alguno o inscripción previa de su obra, sino que gozan de ésta por el solo ministerio de la ley, principio establecido internacionalmente por el Convenio de Berna. (2008, pág. 40)

Este principio es fundamental. Ya lo habíamos mencionado implícitamente a propósito de las fotografías por encargo y la derogación el año 2003 del art. 35 de la LPI, que contenía una serie de requisitos que el fotógrafo debía cumplir para acceder a la protección, situación que era completamente irregular ya que entraba en abierta contradicción con el art. 1 del cuerpo legal ya

mencionado, en el momento en que ambas disposiciones se encontraban vigentes. Sobre la importancia de este principio se ha dicho:

Pocos son los sistemas que actualmente someten la protección del derecho de autor a la observancia de alguna formalidad, [...] La regla de la protección automática por el solo hecho de la creación, sin estar sujeta al cumplimiento de formalidades especiales, prevalece por completo en los países iberoamericanos, extendiéndose a prácticamente el resto del mundo [...] (Caballero Leal, 2006, pág. 7)

Sentado se encuentra entonces que la protección inmediata sin necesidad de formalidades no es un efecto propio y exclusivo de nuestra legislación, sino que por el contrario, es la regla general en todos los países que comparten la tradición continental del derecho de autor e incluso en países que pertenecen a la familia del *common law*, convirtiéndose no solo en una decisión legislativa trasversal sino que erigiéndose a la categoría de principio inspirador de esta rama jurídica.

También podemos dar cuenta del llamado principio “de interpretación estricta” el cual consiste en que “la transferencia o autorización de los derechos patrimoniales se limitará a aquello que se haya acordado claramente por las partes” (Bernet Páez, 2018, pág. 20) y por tanto debe entenderse que “el autor se ha reservado cualquier derecho o modo de explotación de su creación que no esté incluido de manera expresa en el contrato respectivo” (Bernet Páez, 2018, pág. 20). Bernet afirma por último, que este principio encuentra consagración legal en el art. 20 inciso final de la LPI, el cual establece que “A la persona autorizada no le serán reconocidos derechos mayores que aquellos que figuren en la autorización, salvo los inherentes a la misma según su naturaleza” (2018, pág. 12). Queremos adelantar que si bien este principio parece estar orientado a la interpretación de las cesiones o autorizaciones de uso acordadas entre las partes, también podemos aplicarlo a nuestro caso, en el cual la pregunta es si existe o no una presunta cesión o autorización establecida por el legislador. Sobre el análisis directo nos referiremos en unos momentos.

En último lugar, un principio a destacar y que viene a cerrar la protección que la LPI otorga a los autores es el principio del “indubio pro-autor”. Tal como su nombre lo sugiere “[...] con este principio se reafirma que, en caso de duda, deberá optarse siempre por lo que más favorezca a los intereses del autor” (Caballero Leal, 2004, pág. 28) y “está destinado a proteger a la parte que, ordinariamente, es la más débil en las relaciones negociales, esto es: el autor de la obra” (Ríos Pinzón, 2012, pág. 256). La razón detrás de este principio es el carácter protector del derecho de autor que busca otorgar derechos a los autores con el objeto de proteger la creación que ha sido fruto de su trabajo intelectual y por ende, se requiere que todas las situaciones que se presenten pasen por el tamiz de este principio,

sobre todo en caso de dudas o en casos no regulados, con el fin de encontrar la solución que parezca más justa para el sujeto a quién va dirigida la norma. Así, “Los creadores de obras siempre se encuentran en una situación vulnerable, desfavorable o desventajosa frente a los usuarios (empresarios) y el público” (Lipszyc D. , 2012, pág. 3). Esta afirmación contiene dos aristas: la posición del autor frente a un empresario, el cual querrá explotar la obra; escenario que ocurrirá siempre en el caso de mediar un contrato de trabajo y eventualmente en el caso de celebrarse un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, y la posición del autor frente al público, ya que “[...] pueden ser usadas por varias personas a la vez y en distintos lugares. [...] Esto hace que sea muy difícil para los autores controlar su uso” (Lipszyc D. , 2012, pág. 3).

De esta forma, si nos representamos el encargo de una obra protegida, por aplicación del principio “independencia entre el derecho de autor y el objeto material que lo contiene”, sabemos que no importa si el arrendador-comitente se hace dueño del soporte porque aquello no implica que se ha hecho también de los derechos patrimoniales, los cuales permanecen radicados en la persona del autor. Luego, el principio de “protección automática” nos reafirma el hecho de que una vez creada la obra en su sentido inmaterial, como creación del intelecto, inmediatamente y sin mediar formalidad alguna se radicarán los derechos nuevamente, en la persona del autor. En este análisis cabe agregar que al ser un contrato de arrendamiento, el cual es por su naturaleza consensual, en el posible caso que este se encuentre escriturado, no se alterará la situación en perjuicio del autor; la escrituración funciona como medio para probar la existencia del contrato de arrendamiento, no de posibles cesiones o autorizaciones de uso. En el escenario aún más precario que el contrato no se encuentre escriturado, menos razón existe para entender una cesión o autorización ya que “Existe un principio generalizado respecto a que los contratos sobre derechos de autor deben ser formalizados por escrito” (Lipszyc D. , 2012, pág. 12). En seguida, si el principio de “interpretación estricta”, lo extrapolamos al caso en estudio, podemos dar cuenta que existiendo un contrato de cesión o un licenciamiento, se debe entender que el autor sólo ha cedido o autorizado el uso de los derechos expresamente establecidos en aquel instrumento, por lo que en un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales en donde las partes sólo han estipulado sobre el servicio que debe desplegarse y el precio a cambio de este, con menor razón podemos presumir o inferir que ha existido siquiera intención de negociar sobre los derechos patrimoniales. Coronando esta situación, la aplicación del principio indubio pro-autor nos obliga a interpretar la situación en interés de este, quien por sobre todas las cosas debe ver resguardados sus derechos cuando no ha celebrado pacto alguno en el que disponga sobre ellos.

Por otro lado, también se menciona como principio inspirador del derecho de autor el de la “presunción de onerosidad” que “Está dada por el hecho de que la utilización de uso de una obra

implica el derecho del autor a obtener una remuneración, pues este es el beneficio económico que se busca.” (Vega Jaramillo, 2010, pág. 36). De este modo, no sólo tenemos otra directriz que nos guía en el derrotero de que el autor debe obtener réditos cuando crea la obra encargada sino también cuando cede sus derechos o si alguien utiliza su obra. Este principio debemos complementarlo con el que inspira nuestro derecho común que es el de “reparación del enriquecimiento sin causa”, a saber: si el arrendatario-comitente explota los derechos patrimoniales de una obra por la cual sólo pagó por el despliegue del servicio y el soporte físico que la contiene, en efecto, se estaría enriqueciendo sin causa debido a que no ha realizado un desembolso económico para adquirir o explotar los derechos y, en consecuencia, el patrimonio del arrendador-autor sufriría un detrimento al no percibir beneficios por la explotación de su creación. Igualmente, el principio de la buena fe contractual cumple acá un papel integrador: “[...] la función integradora alcanza una de sus máximas expresiones en las relaciones contractuales intersubjetivas, donde existirán múltiples vacíos, tanto en la ley que regula el contrato específico como en la regulación dada por las mismas partes” (Boetsch Gillet, 2011, pág. 62). Este último autor menciona además: “El ejercicio lógico que deberá realizar el juez para determinar si cierta conducta se ajusta o no a la buena fe, consistirá en recurrir a los conceptos de lealtad, honradez y a otros elementos análogos de carácter axiológico” (2011, págs. 61 - 62).

De esta manera, la solución a la que arribamos aplicando los principios que inspiran el derecho de autor y el derecho común es la misma cuando se aplica la normativa vigente: los derechos se radican en el autor, el negocio jurídico no versa sobre aquellos y no constituye una cesión o autorización expresa por la cual el arrendatario-comitente pueda tener legítimas expectativas, apelando a una posible mala fe del arrendador-autor, arguyendo, por ejemplo, que es normal en ese tipo de negocios se asuma que el autor está cediendo o a lo menos autorizando ciertos derechos. Así las cosas, los principios orientadores nos lleva a la misma conclusión que el análisis de lege lata, reafirmando la hipótesis inicial de este trabajo.

3.4. Celebración de contrato de cesión o licenciamiento. Inclusión de cláusulas de cesión o licenciamiento en el mismo instrumento.

La solución más práctica a fin de evitarse un análisis *ex post* del contrato por parte de los tribunales (los cuales, a falta de normativa clara o de una jurisprudencia conteste, pueden arribar a múltiples fallos distintos y disímiles), es que ambas partes estipulen, ya sea en un contrato de cesión celebrado aparte del contrato de servicios o en una cláusula incluida en el mismo instrumento, sobre los efectos jurídicos en cuanto a la titularidad. Evidentemente, estas estipulaciones deben no sólo observar los requisitos de todo acto jurídico sino también los contemplados en la LPI. Así, en cuanto a la cesión habrá que estar a lo preceptuado en el art. 73 de la LPI:

La transferencia total o parcial de los derechos de autor o de derechos conexos, a cualquier título, deberá inscribirse en el Registro dentro del plazo de 60 días, contado desde la fecha de celebración del respectivo acto o contrato. La transferencia deberá efectuarse por instrumento público o por instrumento privado autorizado ante notario.

También deberá inscribirse, dentro del mismo plazo, la resolución del contrato que originó la transferencia.

Respecto a la autorización de uso, el instrumento o cláusula que la regule debe, por mandato expreso de la LPI, contener las disposiciones del inciso segundo de su art. 20, el cual establece:

La autorización deberá precisar los derechos concedidos a la persona autorizada, señalando el plazo de duración, la remuneración y su forma de pago, el número mínimo o máximo de espectáculos o ejemplares autorizados o si son ilimitados, el territorio de aplicación y todas las demás cláusulas limitativas que el titular del derecho de autor imponga. La remuneración que se acuerde no podrá ser inferior, en caso alguno, al porcentaje que señale el Reglamento.

Este mandato expreso dice relación con el hecho de que el licenciamiento debe encontrarse cuidadoso y específicamente regulado, atendiendo obviamente al tipo de derecho patrimonial sobre el cual se esté autorizando su uso. Por lo demás, el enunciado “y todas las demás cláusulas limitativas que el titular del derecho de autor imponga” constituye una expresión *numerus apertus* pudiendo estipularse cualquier otra condición o condiciones que ambas partes estimen convenientes. Finalmente, reiteramos que, siguiendo la posición doctrinaria de los profesores Sierra y Bernet, la autorización debe ser expresa, en atención a lo prescrito en los arts. 18 y 19 de la LPI.

Por lo demás, en el caso que el licenciamiento o la cesión se celebren en un instrumento aparte, sugerimos que las partes podrían estipular en el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, la obligación accesoria del arrendador-autor de concurrir personalmente a la celebración de este, lo cual no obsta a que la autorización o cesión debe cumplir con los requisitos establecidos en la LPI. Ahora, ¿qué ocurriría en el caso que el arrendador-autor incumpla esta obligación accesoria? El hecho de que la obligación consista en concurrir a celebrar un contrato genera el nacimiento de una obligación de hacer por lo que su incumplimiento lleva aparejado la aplicación del art. 1553 del Código Civil. En este sentido, atendiendo la naturaleza de la obligación, se podría solicitar se apremie al deudor mediante un plazo para que cumpla o solicitar que el juez proceda a suscribir el contrato nombre del deudor, en base al art. 532 del Código de Procedimiento Civil el cual dispone: “Si el hecho debido consiste en la suscripción de un instrumento o en la constitución de una obligación por parte del deudor, podrá proceder a su nombre el juez que conozca del litigio, si, requerido aquél, no

lo hace dentro del plazo que le señale el tribunal.” En última instancia, atendiendo a la significación e importancia que implica el incumplimiento de esta obligación accesoria, creemos que puede solicitarse la indemnización de perjuicios contemplada en el N°3 del art. 1553.

Operando de esta forma, en el caso que el arrendatario-comitente no sea un empleador, pero sí quiera explotar de cierta manera la obra, se asegura de que le sean transferidos o licenciados los derechos patrimoniales correspondientes, obteniendo así la utilidad que tenía planeada desde que invirtió en la prestación del servicio, sin verse perjudicado. Por otro lado, el arrendador-autor controlará cuáles derechos transferirá o licenciará, siendo esta última modalidad la recomendada por quien suscribe para todos los autores y creadores, ya que si el arrendador-autor licencia sus derechos patrimoniales, no perderá la titularidad de estos, sino que solamente autorizará su uso (puede ser de todos los derechos o de uno o más en específico), el plazo, el territorio, etc., proporcionándole seguridad jurídica en relación a la explotación de su obra y que una vez que el contrato haya expirado, la tranquilidad de que cualquiera que explote su obra en el futuro, podría estar sujeto a sanciones por no haber celebrado el contrato de cesión o solicitado la autorización correspondiente.

3.5. Solución de lege ferenda: modificación de la Ley sobre Propiedad Intelectual n.º 17.336.

Llegando ya al final de este trabajo y una vez analizada desde distintos puntos de vista la normativa que actualmente se encuentra vigente, podemos afirmar que la legislación que tenemos hasta el momento no ofrece un lineamiento general sobre el tema en estudio y tampoco de otros temas relacionados, como por ejemplo, qué ocurre con los derechos patrimoniales de autor si se celebra un contrato bajo una relación laboral.

En los puntos precedentes hemos sostenido soluciones basadas en la legislación existente. Se trató como puede apreciarse, de trabajar con lo que se tenía a disposición. Así, ya sea indagando desde el punto de vista de la Constitución, aplicando un TLC celebrado con otro país o simplemente interpretándose la norma bajo el prisma de los principios inspiradores de la ramas de derecho que se ven involucradas, la normativa que tenemos nos da una respuesta uniforme sobre la problemática acá planteada, esta es, que a falta de estipulación en contrario en un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, los derechos patrimoniales se radicarán en la figura del arrendador-autor. De esta forma, las partes pueden, como mínimo, estipular en conocimiento de los posibles efectos jurídicos y, eventualmente, los tribunales aplicar la norma interpretándola en este sentido, generando jurisprudencia al respecto sobre un tema que la LPI reguló de manera casuística y poco minuciosa.

En consecuencia, como última solución proponemos una modificación de la LPI que venga a resolver las múltiples interrogantes que asoman al existir un vacío legal sobre los supuestos que nos hemos planteado en esta investigación.

Como punto de partida podemos rescatar que la LPI, al menos, reconoce que el autor puede contratar con un tercero bajo dos formas contractuales de distinta naturaleza: el contrato de trabajo y el –mal denominado– contrato de obra por encargo, que en nuestra legislación corresponde al contrato de arrendamiento de servicios inmateriales regulado en el Título XVI del Código Civil.

De ahí en más, pensamos que la LPI comete el fatigoso error de regular sobre quién recae la titularidad derivada de los derechos patrimoniales de una obra, en relación a la naturaleza de esta misma, siendo esta reglamentación en base a los caracteres de la obra, no sólo estéril sino que además injustificada, cuyo ejemplo máxime es el caso del software, obra que como ya vimos en páginas anteriores, se incorporó sin ninguna argumentación en la historia de la LPI, llegando incluso a llevar a afirmar a Schuster que su inclusión se debió sólo a un fuerte lobby de la industria (ver pág. 37).

La decisión respecto de en cuáles obras se entienden cedidos o no los derechos, no puede ser tomada a propósito de decisiones de negocios, seleccionándose para esto ciertas categorías de estas, sobre todo porque el art. 3 de la LPI establece un catálogo de obras que se encuentran “especialmente protegidas”, expresión que lleva a concluir que el listado de este artículo no es taxativo. De este modo, la LPI no sólo excluye de la regulación en cuanto a la titularidad derivada de los derechos patrimoniales a la mayoría de las obras que se encuentran expresamente señaladas en el art. 3, sino que además a cualquier otro tipo de obra no contemplada y que pudiese caer dentro esa categoría en un futuro.

Por tanto, lo esencial de una modificación legislativa radica en el hecho que la LPI regule en quién va a recaer la titularidad de los derechos patrimoniales de autor, tanto cuando se contrate bajo el marco de una relación laboral o mediante un contrato de servicios, sin distinguir la categoría de la obra encargada, sino la naturaleza del instrumento bajo el cual se contrate. Esta simple indicación nos libraría del exhaustivo trabajo de tener que distinguir entre el tipo de contrato celebrado, para luego tener que verificar si la obra encargada es de aquellas reguladas en la LPI; caso en el cual tendrá señalado un efecto jurídico, o por el contrario, si la obra no es de aquellas reguladas, para lo cual habría que iniciar todo un proceso de interpretación debido a que la misma ley sobre propiedad

intelectual no menciona los efectos jurídicos de los demás casos –que superan en número a los que sí se encuentran detallados–.

En cuanto a los efectos de ambas figuras jurídicas, el tema de este trabajo se centra en el efecto que se produciría si el contrato celebrado fuese de arrendamiento de servicios inmateriales. En este entendido no podemos exceder la hipótesis sobre los posibles efectos que deberían ocurrir si se celebra un contrato de trabajo. Lo que sí podemos precisar es que concluimos que existe una diferencia entre ambos tipos de contrato y, tal como se analizó en el punto 3.2. de este capítulo, pensamos que no sólo los efectos son distintos, sino que *deberían* serlo a fin de que las partes puedan contratar sabiendo cuál instrumento se atañe mejor a sus necesidades.

Enfocándonos exclusivamente en el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, pensamos que la mejor solución que podría incorporar una eventual modificación a la LPI es, si las partes nada han estipulado, la inclusión de una presunción legal de autorización de uso o licenciamiento.

El contrato de servicios no tiene como característica de la esencia el hecho que el arrendatario-comitente necesariamente quiera explotar la obra. En este aspecto, una presunción de licenciamiento se ajusta mucho más a la naturaleza del contrato, ya que la presunción de cesión vendría a ser una solución bastante más disruptiva si analizamos el panorama general. La cesión implica desprenderse de un derecho, cosa que, en opinión de quien suscribe perjudica a los arrendadores-autores, quienes son los sujetos sobre los cuales la LPI debería asegurar la protección.

La ventaja del licenciamiento, además de obviamente radicar en la esfera del autor los derechos patrimoniales, es que la licencia no necesariamente debe concederse sobre la totalidad de los derechos patrimoniales. Estos pueden fragmentarse en cuanto a territorio, tiempo y obviamente, la forma de explotación. De esta manera, si las partes nada dicen, podría operar una presunción de licenciamiento modesta, como por ejemplo e inspirado en el art. 183³⁵ de la Ley n.º 23 de 1981 de la legislación colombiana, estableciéndose que si nada se dice, se entenderá que se autoriza la explotación de los derechos de autor sólo dentro del territorio donde se celebró el contrato, limitado a un plazo de cinco años.

³⁵ Art. 183. Los derechos patrimoniales de autor o conexos pueden transferirse por acto entre vivos, quedando limitada dicha transferencia a las modalidades de explotación previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen contractualmente. La falta de mención del tiempo limita la transferencia a cinco (5) años, y la del ámbito territorial, al país en el que se realice la transferencia.

Esta norma de derecho comparado nos señala que un piso mínimo sería limitar el territorio y el tiempo. Nada se menciona en cuanto a las formas de explotación. Respecto a este punto creemos que una posible modificación de lege referenda debería ser aún más clara y precisa. Por la interpretación del TLC entre nuestro país y EE.UU. concluimos que en el caso del contrato de trabajo, la explotación que realice el empleador estará dada por el giro al cual se dedica o, como lo establece en su art. 20 la Ley n.º 23 del año 1981: “en la medida necesaria para el ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación”, regla que calza perfectamente para este tipo de contrato en específico donde la finalidad del empleador es siempre explotar la obra... empero, esto no se ajusta al caso del contrato de servicios.

Opinamos entonces que, si las partes nada han dicho al celebrar un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, se podrían entender licenciados todos los derechos patrimoniales, pero disminuyendo considerablemente el período de tiempo de explotación. Aunque en principio esto no parece ya tan favorecedor al arrendador-autor, lo cierto es que otorga mayor seguridad jurídica que una directriz amplia, la cual se encontrará indiscutiblemente abierta a interpretación, donde ambas partes siempre querrán obtener el mayor beneficio posible. Una vez concluido aquel período de tiempo, el arrendatario-comitente y de nuevo, sólo en el caso que quiera explotar la obra, no podrá obtener más réditos de la explotación de esta, quedando libre el arrendador-autor para poder gestionar sus derechos patrimoniales como mejor le parezca.

Otro aspecto importante para preferir una presunción de licenciamiento a una de cesión de derechos estriba en el hecho de que así se aseguraría que el autor pueda transmitir por causa de muerte sus derechos patrimoniales, cuestión imposible en el caso de que opere una cesión, ya que bajo esta última modalidad, el o los derechos no se encontrarían radicados en el patrimonio del autor y este nada podría heredar.

Para finalizar sabemos que cuando estamos frente a un contrato de arrendamiento este es por naturaleza consensual, pero atendiendo la importancia e incluso tecnicidad de las posibles estipulaciones, proponemos, inspirados en el art. 20 de la Ley n.º 23 del año 1981, que una posible modificación legislativa incluya una norma imperativa que ordene que para que opere la presunción de autorización, que el contrato conste por escrito, a fin de evitar volver al punto de partida de esta investigación, esto es, depender de la interpretación de diversos operadores jurídicos para saber si procede o no la presunción, ya que aquello ocasionaría nuevamente incertidumbre para ambas partes,

constituyendo estos escenarios de inseguridad justamente lo que hemos criticado y sobre los cuales hemos propuesto soluciones y sugerencias a lo largo de este trabajo.

CONCLUSIONES

1.- La LPI regula la titularidad de los derechos patrimoniales de autor cuando se “ha encargado una obra a un tercero o a personas no sujetas a contrato de trabajo” en 3 casos excepcionales, a saber: (1) los programas computacionales, (2) las producciones encomendadas por un medio de difusión, Agencias Noticiosas e Informativas o medios informativos de estaciones radiodifusoras o de televisión y (3) las fotografías por encargo. En todos estos casos, la ley otorga la titularidad de los derechos patrimoniales a una persona distinta del autor, yendo en contra de la regla general establecida en su art. 1, la cual otorga siempre la titularidad a los autores de las obras por el solo hecho de su creación.

2.- Fuera de estas excepciones, nuestra ley nada dice en cuanto los efectos sobre la titularidad cuando se ha encargado una obra protegida. Este “contrato de encargo” encuentra su símil en el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales regulado en los arts. 2006 y siguientes del Código Civil. Sobre esta figura, nuestra codificación civil no cuenta con una normativa extensa que nos permita colegir sus efectos jurídicos, mucho menos para el escenario anteriormente descrito.

3.- En la misma situación que el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales se encuentra el contrato de trabajo, ya que la LPI solo regula ciertos casos particulares y determinados en relación a la titularidad de los derechos patrimoniales de autor. Surge además la necesaria comparación, distinción y delimitación de estas figuras contractuales, ya que solicitar la creación de una obra protegida en el contexto de una relación laboral no producirá los mismos efectos que estipular la creación de una obra protegida a través de un contrato de servicios; esto porque ambos tipos contractuales obedecen a dos ramas distintas del derecho, las cuales se rigen por sus propias normas y principios.

4.- El contrato de trabajo se caracteriza principalmente porque sus partes (empleador-trabajador) se encuentran unidas bajo un vínculo de subordinación y dependencia, lo que ha llevado al reconocimiento de la existencia de una relación de asimetría entre estas, de la cual surge el carácter protector hacia la más débil (trabajador) y su respectiva codificación en un cuerpo legal distinto del Código Civil. El contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, por el contrario, se rige por la normativa común, en donde las partes contratan libremente y en igualdad de condiciones. Ambos contratos pueden compartir ciertos caracteres, pero en el contrato de trabajo estas se darán en mayor cantidad numérica e intensidad y lo más importante, en el primero existirá continuidad de los servicios

cuando en el caso del contrato de arrendamiento, la ejecución de la obra debe ocurrir en un solo acto o a lo menos, no tener una vocación de continuidad.

5.- En cuanto a las obligaciones que genera el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales cuando se ha encargado la creación de una obra protegida, concluimos que las obligaciones del arrendador-autor vendrían a ser la realización de la obra y de entregar la obra al arrendatario-comitente. Por su parte, las obligaciones de este último serían el de recibir la obra y pagar el precio. La obligación de realizar la obra clasificaría como una obligación de hacer, por lo que si se incumple debe estarse a lo establecido en el art. 1553 del Código Civil que regula el incumplimiento de este tipo de obligaciones.

Sobre cada una de las opciones del art. 1553, se concluye que las dos primeras, esto es, apremiar al deudor o hacer ejecutar la obligación por un tercero a expensas del deudor, pueden llegar a ser falibles en cuanto a asegurar el cumplimiento de la obligación. En el caso de los apremios se ha demostrado que son ineficientes para obligar a la parte deudora a desplegar una actividad, mucho más cuando esta es intelectual; por lo demás, los apremios consistirían en la privación de libertad, cuestión que atenta contra la libertad ambulatoria y en multas, las cuales tampoco funcionan a la hora de compeler al deudor a que cumpla. Sobre el hecho que un tercero ejecute la obligación que corresponde al deudor, este remedio sólo servirá cuando el arrendatario-comitente de los servicios haya contratado con la persona del arrendador-autor en virtud de sus aptitudes conocimientos, capacidades, etc., ya que esta circunstancia convertiría al contrato en uno *intuitu personae*, volviéndose esta opción puramente ilusoria por cuanto no podría reemplazarse a la figura del autor por otra.

Quedaría solamente como opción viable la de pedir solicitar una indemnización de perjuicios que comprenda el daño emergente producido y el lucro cesante o daño moral en el caso que correspondiese.

6.- Sobre la celebración de un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales que encargue la realización de una obra protegida por la LPI se ha discutido a nivel doctrinario y jurisprudencial si este provoca como efecto una autorización tácita de uso, es decir, que el arrendatario-comitente puede utilizar la obra protegida creada por el arrendador-autor sin necesidad de suscribir otro instrumento aparte del contrato de arrendamiento.

La jurisprudencia ha sostenido posiciones disímiles. El año 2016 aceptó la procedencia de la autorización tácita basándose en el hecho de que el autor se encontraba presente ejecutando personal y públicamente la obra, por lo que entendió que este había una autorización tácita para uso. El año 2018 llegó a la conclusión opuesta, discurriendo que por sola presencia del sujeto que se encuentra ejecutando la obra no se entiende que este ha dado su autorización para comunicarla públicamente, ya que omite la existencia de otros titulares del derecho.

En este trabajo secundamos la posición a favor de la autorización expresa, primero por aplicación de las normas de interpretación del art. 19 a 24 del Código Civil, ya que el sentido de la LPI es claro, en virtud del cual no hay que desatender su tenor literal (en este caso el de los art. 18 y 19 de la LPI los cuales disponen claramente que la autorización debe expresa), segundo porque la ley no reconoce la voluntad tácita como forma de manifestación de esta y tercero, porque si se aceptara la autorización tácita se permitiría un radio demasiado alto de discrecionalidad judicial en cuanto a la interpretación de cuáles derechos podrían explotarse.

7.- En cuanto a la normativa de derecho de autor comparada (México, Brasil, Colombia y EE. UU.) determinamos que todas contemplan la figura de la obra por encargo. De este análisis se observó que todos los países estudiados contemplan una regulación más extensa y detallada que la de nuestro país, en cuanto a esta figura contractual y su relación con los derechos patrimoniales. Sobre los efectos, en México se otorga la titularidad a quien encargó la obra, en Brasil se otorga a ambas partes, en Colombia opera una presunción de cesión a favor de quien la encargó y en EE. UU., si se cumplen una serie de requisitos también recaerá la titularidad en quien encargó la obra.

8.- Respecto de los casos que sí se encuentran regulados en nuestra normativa, exponemos que no existen razones en la historia de la LPI que nos expliquen por qué solo 3 categorías de obras se encuentran excluidas de la regla general establecida en el art. 1 de la LPI. La única excepción es el software en el sentido de que pareció haber una razón económica y no jurídica, que llevo a otorgar la titularidad a quien encarga.

9.- En conclusión, si nos preguntamos qué ocurre con los derechos patrimoniales de autor cuando se ha celebrado un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales en el que se encarga la creación de una obra protegida que no se encuentra dentro de las excepciones de la LPI, la solución es aplicar la normativa vigente la cual establece que los derechos serán adquiridos por el autor por el solo hecho de la creación de la obra.

A este mismo resultado llegamos no sólo si aplicamos la ley vigente, sino también cuando analizamos la Constitución, estudiamos el tratado de libre comercio celebrado entre Chile y EE. UU. o realizamos una interpretación a partir de la aplicación de los principios inspiradores del derecho de autor.

10.- Todo esto nos lleva a sugerir una solución al indefinido panorama actual, consistente en que ambas partes estipulen acerca de la cesión o el licenciamiento de los derechos patrimoniales, ya sea en el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales mediante una cláusula o en un instrumento suscrito de forma separada. Eso evitará problemas de interpretación y que el contrato sea posteriormente debatido en tribunales.

11.- Finalmente, proponemos una modificación a la LPI la cual debe consistir en regular de manera general dos escenarios posibles, esto es, cuando las partes celebren un contrato de trabajo o un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales y en cada situación determinar qué ocurrirá con la titularidad de las obras protegidas. Para el caso de las obras por encargo sugerimos, basándonos e inspirándonos en la solución del derecho colombiano, que se establezca una presunción de licenciamiento en favor del arrendatario-comitente, para todos los derechos patrimoniales y por un plazo legal determinado. Esta presunción posibilitará que el arrendatario-comitente pueda explotar la obra y obtener réditos de ella, y al mismo tiempo permitirá que el autor conserve sus derechos patrimoniales para disponer de ellos y aprovecharlos con los fines que estime conveniente.

BIBLIOGRAFÍA

¿Será por el escenario económico? Chile está entre los países con mayor proporción de freelancers en LinkedIn. (06 de Julio de 2016). Obtenido de El Mostrador: <https://m.elmostrador.cl/mercados/2016/07/06/sera-por-el-escenario-economico-chile-esta-entre-los-con-mayor-proporcion-de-freelancers-en-linkedin/>

Abeliuk, R. (2008). *Las Obligaciones. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Albiol, I., Camps, L., López, J., García, I., & Sala, T. (2008). *Derecho del Trabajo*. SALA, Tomás (Director). Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.

Álvarez, D. (05 de Diciembre de 2005). *Derecho de Autor y Cultura*. Obtenido de Derechos Digitales: <https://www.derechosdigitales.org/131/derecho-de-autor-y-cultura/>

Alzaga Ruiz, I. (2001). *La Relación Laboral de los Artistas*. Madrid: Editorial CES Consejo Económico y Social.

Antequera Parilli, R. (1994). *El Nuevo Régimen del Derecho de Autor en Venezuela (y su correspondencia con la legislación, la jurisprudencia y la doctrina comparadas)*. Caracas: Editorial Buchivacoa.

Antequera, R. (5 de Septiembre de 2000a). Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos desde la Perspectiva de su Gestión Colectiva para Países de América Latina. *Los Derechos de Autor y los Derechos Conexos desde la Perspectiva de la Gestión Colectiva. Tema X: Las Obras Literarias y Artísticas y las Prestaciones Protegidas por los Derechos Conexos*. San José, Costa Rica: Sociedad General de Autores y Editores, Organización Mundial de La Propiedad Intelectual, Gobierno de la República de Costa Rica.

Antequera, R. (5 de Septiembre de 2000b). Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos desde la Perspectiva de su Gestión Colectiva para Países de América Latina. *Los Derechos de Autor y los Derechos Conexos desde la Perspectiva de la Gestión Colectiva. Tema XII: El Derecho Moral de Autor y los Derechos Morales de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes*. San José, Costa Rica: Sociedad General de Autores y Editores, Organización Mundial de La Propiedad Intelectual, Gobierno de la República de Costa Rica.

- Antequera, R. (Marzo de 2003). Seminario Nacional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos y su Gestión Colectiva. *Panorámica General de la Propiedad Intelectual. El Derecho de Autor. Doctrina. Concepto de Obra Protegida. Derecho Moral y Derechos Patrimoniales. Normativa Internacional*. Santo Domingo, República Dominicana: Organizadores: Oficina Nacional de Derecho de Autor de la República Dominicana, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Sociedad General de Autores, Compositores y Editores de Música Dominicanos.
- Antequera, R. (2007). *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*. Madrid: Editorial Reus.
- Aranda Bonilla, C. (2013). El Contrato de Obra por Encargo. *Revista Mexicana del Derecho de Autor* (Núm. 2), pp. 42-51. Obtenido de INDAUTOR (Instituto Nacional del Derecho de Autor): <https://www.consultasindautor.cultura.gob.mx/materiales/revistaDigital/rmda2/offline/download.pdf>
- Arenas, J. P. (2015). *El Régimen Jurídico de los Servicios en Chile: Una Explicación desde el Contrato de Arrendamiento de Servicios*. Obtenido de Repositorio Académico de la Universidad de Chile: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/136045/El-r%C3%A9gimen-jur%C3%ADdico-de-los-servicios-en-Chile.pdf?sequence=1>
- Badel, M. M. (2004). Tercer Seminario Regional Sobre Propiedad Intelectual Para Jueces y Fiscales de América Latina. *El Sistema de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad: Principios Generales. Tratados Administrados por la OMPI. Su Regulación en el Acuerdo Sobre los ADPIC*. Antigua, Guatemala: Organizadores: Oficina Europea de Patentes, Oficina Española de Patentes y Marcas, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
- Barros Bourie, E. (2008). Finalidad y Alcance de las Acciones y los Remedios Contractuales. En A. Guzmán Brito, & A. Pedrals, *Estudios de Derecho Civil III: Jornadas Nacionales de Derecho Civil: Valparaíso, 2007*. (págs. 403-428). Valparaíso: Editorial Legal Publishing Chile.
- Barros, E. (2012). *Los Contratos de Servicios ante la Doctrina General del Contrato: La Virtualidad Analógica de las Reglas sobre el Mandato*. En: ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (Coordinador). *Estudios de Derecho Civil VII: Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Santiago: Editorial Thompson Reuters.
- Beluche Rincón, I. (2015). El Contrato de Servicios: El Derecho del Cliente a Desistir de Forma Unilateral. *Revista de Derecho Civil, Vol. 2*, (Núm. 2), pp. 69-126. Obtenido de uc3m | Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca: <https://e->

archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21255/contrato_beluche_RDC_2015.pdf?sequence=2&isAllowed=y

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2006). *Manual de Propiedad Intelectual*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.

Bernet Páez, M. (2014). *La Presentación Comercial en el Derecho de la Competencia Desleal*. Santiago: Editorial Legal Publishing.

Bernet Páez, M. (16 de Junio de 2018). Infome en Derecho: Caso Abbott con Viu Manent S.A.

Bernet Páez, M., & Sierra Herrero, A. (2018). Los Derechos de Autor de los Profesionales de la Prensa Escrita en el Ámbito de las Nuevas Tecnologías en Chile. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Vol. 7, (Núm. 1), pp. 3-59. Obtenido de Revista Chilena de Derecho y Tecnología: <https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/48411/53051>

Boetsch Gillet, C. (2011). *La Buena Fe Contractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Brantt, M., & Mejías, C. (2016). El Derecho Supletorio del Contrato de Servicios en el Código Civil Chileno: Insuficiencia de las Reglas del Mandato y del Arrendamiento. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*.(Núm. 46), pp. 71-103. Obtenido de SciELO: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n46/a02.pdf>

Bronstein, A., Goldin, A., Lyon Cäen, A., Pérez de los Cobos Orihuel, F., Santoro Pasarelli, G., Tapia Guerrero, F., & Ugarte Cataldo, J. (2005). *La Subordinación o Dependencia en el Contrato de Trabajo. En el Proceso de Transformación de la Empresa*. Santiago: Editorial LexisNexis.

Caballero Leal, J. (2004). *Derecho de Autor para Autores*. Ciudad de México: Editorial Fondo de Cultura Económica.

Caballero Leal, J. (Noviembre de 2006). *Quinto Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para Jueces y Fiscales de América Latina: Principios Generales en Materia de Derechos de Autor y Derechos Conexos. Limitaciones y Excepciones. Marco Normativo Internacional*. Obtenido de OMPI | Organización Mundial de la Propiedad Intelectual: https://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=72393

Campos Micin, S. (2018). Sobre la Titularidad del Derecho de Autor de la Obra Creada en Cumplimiento de Funciones Laborales y la Validez, Límites y Alcances de la Cesión Anticipada. *Revista Ars Boni Et Aequi*, Vol. 14, (Núm. 1), pp. 181-226. Obtenido de Ars Boni Et Aequi: <http://www.arsboni.ubo.cl/index.php/arsbonietaequi/article/view/275/253>

- Claro Solar, L. (2015). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Volumen V: De las Obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Colombet, C. (1997). *Grandes Principios del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Mundo*. Madrid: Ediciones Unesco/CINDOC.
- Deveali, M. (1964). *Tratado de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Editorial La Ley.
- Etcheberry Parés, F. (2009). *Derecho Individual del Trabajo*. Santiago: Editorial Legal Publishing.
- Evangelio Llorca, R. (2006). *El Encargo de Obra Intelectual*. Madrid: Editorial Dykinson.
- Fernández-Costales, J. (2004). Precariedad en el Empleo Como Causa de la Deslaborización de la Relación de Trabajo. *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*. (Núm. 5), pp. 737-757. Obtenido de Universidad de Valladolid | Repositorio Documental: <http://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/11254/RevistaUniversitariadeCienciasdelTrabajo-2004-n%c2%ba%205-Precariedadenelemplo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ferrando Nicolau, E. (2017). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual. Coordinadores: PALAU RAMÍREZ, Felipe y PALAO MORENO, Guillermo*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Fueyo Laneri, F. (2004). *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Gamonal Contreras, S. (1998). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur Ltda.
- Gamonal Contreras, S. (2013). *El ABC del Contrato De Trabajo*. Santiago: Editorial Legal Publishing.
- Gamonal Contreras, S., & Guidi Moggia, C. (2015). *Manual del Contrato de Trabajo*. Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- Gobierno de España. (26 de Abril de 1994). *Proyecto de Ley 123/0000043*. Obtenido de Universidad Autónoma de Barcelona: <https://ddd.uab.cat/pub/tesis/1996/tdx-0428108-172406/jsr19de20.pdf>
- Guidi Moggia, C. (2008). Principio de la Titularidad Autoral Laboral. Obras Creadas en Relación de Dependencia. *Revista de Derecho de la Empresa [Universidad Adolfo Ibañez]*. (Núm. 16), pp. 123-150.

- Herrera Sierpe, D. (1999). *Propiedad intelectual. Derechos de autor: Ley No. 17.336 y sus modificaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Historia de la Ley n.º 17.336*. (02 de Octubre de 1970). Obtenido de Biblioteca del Congreso Nacional: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=28933>
- Historia de la Ley n.º 18.957*. (05 de Marzo de 1990). Obtenido de Biblioteca del Congreso Nacional: <https://www.bcn.cl/historiadelaLey/nc/historia-de-la-ley/7297/>
- Humeres, H. (2009). *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Irureta, P. (2007). *La Regulación Jurídica del Trabajo Independiente*. Santiago: Ensayos Jurídicos Universidad Alberto Hurtado.
- Jara Luengo, S. (2017). *Contenido Legal y Límites de la Parodia en Chile*. Obtenido de Repositorio Académico de la Universidad de Chile: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/144449/Contenido-legal-y-1%C3%ADmites-de-la-parodia-en-Chile.pdf?sequence=1&isAllowed=n>
- Lanata Fuenzalida, G. (2010). *Contrato Individual de Trabajo*. Santiago: Editorial Lexis Nexis.
- Lima, J. (29 de Octubre de 2009). *Os direitos autorais nas obras intelectuais sob encomenda [Los Derechos de Autor en las Obras Intelectuales Hechas bajo Encomienda]*. Obtenido de Consultor Jurídico: <https://www.conjur.com.br/2009-out-29/direitos-autorais-obras-intelectuais-encomenda>
- Lipszyc, D. (1993). *Derechos de Autor y Derechos Conexos*. Buenos Aires: Editorial Unesco.
- Lipszyc, D. (2012). *Principios Generales Aplicables a los Contratos de Explotación de Obras Intelectuales*. Obtenido de Juarez & Asociados. Asesoría y Asistencia Legal: <http://juarezyc.com/uploads/20092015-Principios-generales-aplicables-a-los-contratos-de-explotacion-de-obras-intelectuales.pdf>
- López Díaz, P. (2012). El Abuso del Derecho de Opción del Acreedor y su Importancia en la Construcción de un Sistema Equilibrado de Remedios por Incumplimiento Contractual. *Revista Chilena de Derecho Privado*. (Núm. 19), pp. 13-62. Obtenido de Revista Chilena de Derecho Privado: <https://rchdp.cl/index.php/rchdp/article/view/196/183>

- Loredo, A. (03 de Diciembre de 2012). *Derecho Comparado: Derecho de Autor y Copyright. Dos caminos que se encuentran*. Obtenido de E-Gov: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/derecho-comparado-derecho-de-autor-y-copyright-dos-caminos-que-se-encuentran>
- Lorenzetti, R. (2006). Los Servicios en la Economía Global: Precisiones en la Dogmática Jurídica. *Revista Latinoamericana de Derecho*. (Núm. 5), pp. 153-178. Obtenido de Universidad Nacional Autónoma de México: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/5/cnt/cnt8.pdf>
- Magaña Rufino, J. M. (2014). Titularidad de la Propiedad Industrial e Intelectual en México Realizada bajo una Relación de Trabajo o por Encargo. *Revista La Propiedad Inmaterial*. (Núm. 18), pp. 145-165. Obtenido de Universidad Externado de Colombia | Portal de Revistas: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/3913/4207>
- Martín, A., Rodríguez-Sañudo, F., & García, J. (2008). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Meza Barros, R. (2007). *Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Mirosevic Verdugo, C. (2007). Origen y Evolución del Derecho de Autor con Especial Referencia al Derecho Chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 28, (Núm. 1), pp. 35-82. Obtenido de Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/637/601>
- Monroy, J. C. (2004). Transferencia de Derechos de Autor en Virtud del Contrato de Obra por Encargo. *Revista La Propiedad Inmaterial*. (Núm. 8), pp. 35-40. Obtenido de Universidad Externado de Colombia | Portal de Revistas: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/1225/1164>
- Montoya, A. (2008). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Moura Vicente, D. (2011). Principios Sobre Conflictos de Leyes en Materia de Propiedad Intelectual. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, (Núm. 1), pp. 5-23. Obtenido de uc3m | Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1064/383>

- Muñoz, M., & Lastiri, M. (2017). *Derecho de la Propiedad Intelectual*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Oficina Internacional de la OMPI. (21 de Octubre de 1996). *La Obra como Objeto del Derecho de Autor. Autoría y Titularidad*. Obtenido de WIPO - World Intellectual Property Organization: https://www.wipo.int/mdocsarchives/OMPI_DA_LPZ_96/OMPI_DA_LPZ_96_2%20b_S.pdf
- Ojeda Avilés, A. (2007). Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato. *Revista Derecho PUCP [Pontificia Universidad Católica del Perú]*. (Núm. 60), pp. 375-402. Obtenido de Dialnet: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5085079>
- Olea, A., & Casas, M. E. (2000). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Civitas.
- Palomeque, M., & Álvarez de la Rosa, M. (2008). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Perugini, A. H. (2010). *Relación de Dependencia*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Petersen Jaramillo, K. (2017). *Estado Actual de los Remedios Contractuales frente al Incumplimiento de Obligaciones de Hacer y No Hacer*. Obtenido de Repositorio Académico de la Universidad de Chile: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/143917/Estado-actual-de-los-remedios-contractuales-frente-al-incumplimiento-de-obligaciones-de-hacer-y-no-hacer.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Raso Delgue, J., & Castello, A. (2015). *Derecho del Trabajo. Tomo I*. Montevideo: Editorial Jurídica Fundación de Cultura Universitaria.
- Ríos Pinzón, Y. A. (2012). Transferencia del Derecho de Autor (Reflexiones Frente a la Reciente Reforma Legislativa en Colombia). *Revista Iberoamericana de Derecho de Autor*. (Núm. 11), pp. 236-280. Obtenido de Centro Colombiano del Derecho de Autor (CECOLDA): http://www.cecolda.org.co/images/columnista/transferencia_del_derecho_de_autor.pdf
- Rodríguez Pinto, S. (2014). Responsabilidad por Incumplimiento de Contratos de Servicios. La Protección del Consumidor y del Cliente por Prestaciones Defectuosas. *Revista Chilena de Derecho, Vol. 41*, (Núm. 3), pp. 791-823. Obtenido de SciELO: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v41n3/art02.pdf>
- Rojas Miño, I. (2015). *Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo*. Santiago: Editorial Thomson Reuters.

- Rojo Torrecilla, E. (2009). La Fragmentación del Trabajo por Cuenta Ajena. En J. Agustí Juliá, & N. Pumar Beltrán, *El Trabajo por Cuenta Ajena y sus Fronteras*. Albacete: Editorial Bomarzo.
- Ruiz Gallardo, C. (2008). *Acceso a la Cultura y Derechos de Autor: Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor*. (A. Cerda Silva, Ed.) Obtenido de Repositorio Académico de la Universidad de Chile: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/139627/Acceso_a_la_Cultura_y_Derechos_de_Autor.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Satanowsky, I. (1954). *Derecho Intelectual*. Buenos Aires: Editorial Tipográfica Editora Argentina.
- Schmitz Vaccaro, C. (2014). La Obra Periodística en las Legislaciones Latinoamericanas: Desde su Creación a la Autogestión de los Derechos de Autor. *Revista La Propiedad Inmaterial*. (Núm. 18), pp. 255-280. Obtenido de Universidad Externado de Colombia | Portal de Revistas: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/3918/4211>
- Schuster Vergara, S. (2004). El Autor: ¿un Concepto en Crisis? En E. Carrasco, *Derecho de Autor. Un Desafío para la Creación y el Desarrollo*. (págs. 27-42). Santiago: Editorial LOM Ediciones.
- Schuster Vergara, S. (2009). Derechos de Autor en las Relaciones Laborales y su Vínculo con el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos. En *Estudios de Derecho y Propiedad Intelectual. Colección de Trabajos en Homenaje a Arturo Alessandri Besa* (págs. 369-384). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Schuster Vergara, S. (s.f.). *Los Autores*. Obtenido de Sociedad Chilena del Derecho de Autor: http://www.scdbeta.scd.cl/curso_prop_int/curso_1/LOS%20AUTORES.pdf
- Spelman, K. (1997). *Work Made for Hire [Obra Hecha por Encargo]*. Obtenido de HeinOnline: https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/iprolane15&div=42&start_page=10&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults
- Stitchkin, D. (2012). *El Mandato Civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Thayer, W., & Novoa, P. (2010). *Manual de Derecho del Trabajo. Tomo III*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Trigo García, M. (1999). *Contrato de Servicios. Perspectiva Jurídica Actual*. Granada: Editorial Comares.

- Uribe Corzo, M. C. (2007). El Derecho de Autor en las Obras Creadas por Encargo y en el Marco de una Relación Laboral. *Revista La Propiedad Inmaterial*. (Núm. 10-11), pp. 45-70. Obtenido de Universidad Externado de Colombia | Portal de Revistas: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/897/851>
- Urrejola Scolari, B. (2003). *Teoría de la Imprevisión*. Obtenido de Repositorio Académico de la Universidad de Chile: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115225/de-urrejola_b.pdf?sequence=1
- Vega Jaramillo, A. (2010). *Manual de Derecho de Autor*. Obtenido de Dirección Nacional de Derecho de Autor: <http://derechodeautor.gov.co/documents/10181/331998/Cartilla+derecho+de+autor+%28Alfredo+Vega%29.pdf/e99b0ea4-5c06-4529-ae7a-152616083d40>
- Vidal Olivares, Á. (2007). Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil. Una Perspectiva Más Realista. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34, (Núm. 1), pp. 41-59. Obtenido de Sistema de Información Científica Redalyc Red de Revistas Científicas: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177014515004>
- Vo, C. (1999). *Finding a Workable Exception to the Work Made Presumption of Ownership [Encontrando una Excepción Viable a la Presunción de Autoría de las Obras Hechas por Encargo]*. Obtenido de Digital Commons at Loyola Marymount University and Loyola Law School: <https://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=2154&context=llr>
- Walker Echenique, E. (2014). *Manual de Propiedad Intelectual*. Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- Walker Echenique, E. (2018). Informe en Derecho: Caso Abbott con Viu Manent S.A.
- Walker Errázuriz, F., & Arellano Ortiz, P. (2014). *Derecho de las Relaciones Laborales. Un Derecho Vivo*. Santiago: Editorial Librotecnia.