



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL

**LA ACTIVIDAD CREATIVA AL INTERIOR DE EMPRESAS DE  
VIDEOJUEGOS**

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

**ARIEL EDUARDO REYES ROMO**

Profesores Guía: Ignacio Araya Paredes

Santiago de Chile

2022

## **Agradecimientos**

*Quiero hacer un especial agradecimiento a mi pareja, Camila, quien fue la autora de la idea de desarrollar un tema jurídico sobre los videojuegos, y de apoyarme todos estos años en el cierre de esta etapa.*

*También, a toda mi familia y amigos que me apoyaron desde siempre en todo este largo proceso, quienes nunca me dejaron bajar los brazos.*

*Y, finalmente, a mi profesor guía, Ignacio Araya, quien fue el encargado de encarrilar mis ideas, de ayudar a plasmarlas y ordenarlas, como también, a siempre alentarme en continuar con este interesante proyecto.*

*¡Muchas gracias!*

## TABLA DE CONTENIDOS

<b>INTROUCCIÓN</b> .....	1
<b>I.- EL VIDEOJUEGO, LA EMPRESA DESARROLLADORA Y SU ACTUAL LEGISLACIÓN EN CHILE</b> .....	5
<b>1.- El Videojuego</b> .....	5
1.1.- El Concepto.....	5
1.2.- Breve Evolución Histórica del Concepto de Videojuego.....	8
1.3.- Elementos del Videojuego .....	11
1.3.1.- El Software o Programa Computacional .....	11
1.3.2.- El Hardware.....	20
<b>2.- Las Empresas Desarrolladoras de Videojuegos</b> .....	23
<b>3.- Actual Legislación de los Videojuegos en Chile</b> .....	26
3.1.- Ley N° 20.756 .....	27
3.2.- Decreto N° 51 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo del año 2017 .....	29
.....	29
<b>II.- LA TITULARIDAD DE LOS VIDEOJUEGOS CREADOS EN UNA RELACIÓN LABORAL</b>	31
<b>1.- Autoría y Titularidad</b> .....	31
1.1.- Titular Originario .....	32
1.1.1.- Excepciones a la Titularidad del Derecho de Autor .....	33
a). - Obra Cinematográfica .....	33
b). - Obras Colectivas.....	34
c). - Programas Computacionales.....	35
1.2.- Titular Secundario.....	38
1.2.1.- Titular Secundario de Derechos Morales .....	38
1.2.2.- Titular Secundario de Derechos Patrimoniales .....	40
a).- Transferencia de Derechos Patrimoniales .....	41
b).- Autorización de Uso o Ejercicio de Derechos Patrimoniales.	42
<b>2.- Obras Creadas bajo Relación Laboral</b> .....	44
2.1.- La Relación Laboral.....	44
2.1.1.- El Contrato de Trabajo como Mecanismo de Atribución de la Utilidad Patrimonial .....	48

2.1.2.- El Contrato de Trabajo como Mecanismo de Atribución de Poder....	50
2.2.- Particularidad de las Obras Intelectuales en una Relación Laboral .....	51
<b>3.- Atribución de los Derechos Patrimoniales en una Relación Laboral.....</b>	<b>53</b>
3.1.- Regla General.....	53
3.2.- Tesis Laboral versus la Tesis de la Propiedad Intelectual en la Atribución	
de Derechos Patrimoniales.....	54
<b>III.- ESTUDIO DEL ESTATUTO JURÍDICO DEL TRABAJADOR-AUTOR DE UNA EMPRESA</b>	
<b>DE VIDEOJUEGOS BAJO LA LEY N° 17.336 .....</b>	<b>59</b>
<b>1.- Valoración Crítica de la Situación del Trabajador-autor de una Empresa de</b>	
<b>Videojuegos bajo la LPI .....</b>	<b>59</b>
<b>2.- Problemas Derivados de la Colisión de Normas de la Ley N° 17.336 .....</b>	<b>61</b>
<b>3.- Dualidad de Normas Aplicables.....</b>	<b>65</b>
3.1.- El Trabajador en la Creación del Software.....	66
3.1.1.- Título de Transferencia de Derechos .....	69
3.2.- El Trabajador en la Creación de la Obra Audiovisual .....	70
3.2.1.- Título de Transferencia de Derechos .....	74
<b>IV.- ANÁLISIS COMPARADO Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN PARA LA LEGISLACIÓN</b>	
<b>NACIONAL .....</b>	<b>77</b>
<b>1.- Protección Jurídica del Videojuego en España.....</b>	<b>77</b>
1.1.- Protección Jurídica al Programa de Ordenador.....	81
1.1.1.- Título de Transferencia de Derechos .....	83
1.2.- Protección Jurídica a la Obra Audiovisual.....	87
1.2.1.- Título de Transferencia de Derechos .....	93
<b>2.- Propuestas de Interpretación y Reforma del Sistema de Protección de</b>	
<b>Videojuegos Creados bajo una Relación Labora .....</b>	<b>96</b>
2.1.- Propuesta de Interpretación Sistemática de la Protección de Videojuegos	
Creadas en el Seno de una Relación Laboral en Chile (análisis de <i>lege lata</i> ) .....	96
2.1.1.- Como Obra Colectiva.....	97
2.1.2.- Como Programa Computacional o como Obra Audiovisual .....	98
2.1.3.- Como Obra Híbrida.....	99
2.2.- Propuestas de Reforma al Sistema de Protección de Videojuegos Creados	
bajo una Relación Laboral (análisis de <i>lege ferenda</i> ) .....	103

2.2.1.- Incorporación de una Norma General Sobre Titularidad de las Creaciones Intelectuales Desarrolladas bajo una Relación Laboral..... 103

2.2.1.- Incorporación de una Norma Especial de Titularidad de los Videojuegos Creados bajo una Relación Laboral ..... 105

**CONCLUSIONES**..... 108

**BIBLIOGRAFÍA Y OTROS**..... 114

## INTRODUCCIÓN

Los videojuegos son una de las formas de entretenimiento y ocio más comunes en nuestra actualidad. Representan uno de los aspectos de la revolución tecnológica que viene aparejada con el surgimiento de la computación y el internet. Su vertiente amparada en el entretenimiento y diversión pone a la industria de los videojuegos en una explotación exponencial en el mercado mundial.

Desde inicios de los años sesenta, con la creación del primer videojuego y hasta los modernos sistema de videojuegos actuales, de género de multijugador online, es que se ha producido una auténtica evolución técnica del videojuego, lo que se refleja en un incremento en la industria, y así, en una realidad que precisa concebir una protección efectiva.

¿Cuál es la importancia de estudiar o analizar los videojuegos? El autor inglés James Newman se ha realizado la misma pregunta en su libro titulado "*Videogames*". Él se pregunta por qué resulta relevante estudiar los videojuegos, identificando tres grandes razones al porqué es importante su estudio y por qué los videojuegos deben tratarse con tal seriedad. Primero, por el tamaño de la industria; segundo, por la popularidad de los videojuegos; y tercero, porque los videojuegos son un ejemplo de interacción humano-computador<sup>1</sup>. En efecto, el tamaño de la industria de los videojuegos actualmente se ha llegado a comparar con la industria del cine, y esto no es casualidad. La comparación de ambos en el mercado se encuentra inspirada tanto en un símil económico<sup>2</sup>, como en la complejidad de la obra en sí misma.

El videojuego como obra ha alcanzado tal variedad de elementos intelectuales que hacen que su desarrollo lleve inmerso un sin número de aportes en distintos ámbitos de la tecnología y de la actividad artística<sup>3</sup>, tanto o más como lo sería una obra cinematográfica. Esta complejidad puede verse en todas aquellas personas que están detrás para la producción de un videojuego, tales como: los creadores del software que soporta el código informático y que permite el desarrollo del videojuego en variadas plataformas, como la banda sonora, el desarrollo de la

---

<sup>1</sup> NEWMAN, James. (2004). "Videogames." Londres: Routledge Taylor & Francis Group. p. 3.

<sup>2</sup> Según el informe de impacto económico del videojuego del año 2020, EE.UU registró un resultado en la industria de los videojuegos de más de \$90 millones de dólares para el año 2019. TRIPP, Simon. GRUEBER, Martin. SIMKINS, Joseph. And YETTER, Dylan. *Video Games in The Century: The 2020 Economic Impact Report*. Entertainment Software Asociation. (2020) EE.UU, pp. 1-60.

<sup>3</sup> GREENSPAN, David. BOYD, Gregory. PUREWAL, Jas. "*Videojuegos y la P.I.: perspectiva mundial*". Revista de la OMPI. (Abril 2014). Disponible en: [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/es/2014/02/article\\_0002.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2014/02/article_0002.html)

historia, personajes, dramas y narrativa, interpretación actoral para darle vida a los personajes, diseños gráficos y paisajes artísticos, imágenes tridimensionales, fotografía, entre otros muchos encargados de que el videojuego llegue a su máximo esplendor para deleitar al público consumidor.

Esta variedad de elementos creativos en el desarrollo de un videojuego es, precisamente, el objeto de estudio de la presente tesis. Es el comprender cómo la actividad creativa de los variados profesionales y técnicos se ve inmersa en una empresa especializada en la producción de videojuegos.

Todos los aportes y elementos creativos anteriormente mencionados se encuentran protegidos por el denominado “derecho de autor”. El autor de una obra se encuentra especialmente protegido por el Derecho por el sólo hecho de la creación misma de una obra, otorgándole garantías a los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión<sup>4</sup>. Esta protección se encuentra regulada y normada en Chile por la Ley de Propiedad Intelectual, la Ley N° 17.336 (en adelante y para todos los efectos de la presente tesis, la “LPI”).

El videojuego es considerado una obra intelectual por diversos países, y así también, propondremos que sea entendida en nuestro país. Ahora, podemos entender el videojuego como una obra intelectual en sí misma o como un conjunto de obras unidas entre sí, pues en ella convergen una gran variedad de creaciones de distintos autores. Sin embargo, esta distinción no es una cuestión meramente enunciativa, sino más bien una problemática jurídica a nivel mundial. La protección jurídica del videojuego es una cuestión que no resulta de fácil análisis, precisamente por la complejidad de la obra. Diversos sistemas jurídicos han tratado de comprender y regular el videojuego como obra intelectual, existiendo varias respuestas al respecto.

Según un estudio realizado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante la “OMPI”) o la World Intellectual Property Organization (WIPO), “[...] *para algunos países, los videojuegos son predominantemente programas informáticos, debido a la naturaleza específica de las obras y a su dependencia del software. En cambio, en otras jurisdicciones la complejidad*

---

<sup>4</sup> Artículo 1° de la Ley N° 17.336. Esta Ley fue publicada originalmente en el Diario Oficial de fecha 2 de octubre de 1970.

*de los videojuegos implica el que se les otorgue una clasificación distributiva. Por último, un reducido número de países considera que los videojuegos son fundamentalmente obras audiovisuales.”<sup>5</sup>*

¿Cuál es la importancia de definir la protección jurídica del videojuego? Para efectos de nuestra tesis, esta importante interrogante es fundamental a la hora de comprender la titularidad de la obra intelectual que es el videojuego. De esta manera, clasificar el videojuego como una obra intelectual en sí misma o como un conjunto de obras intelectuales, será fundamental a la hora de definir quién es el dueño de obra y, en consecuencia, cuáles serán sus derechos sobre ésta.

De la mano con lo anterior, esta importante distinción nos permite comprender que el videojuego es una obra compleja, de variados autores y, por tanto, el encargado del desarrollo de un videojuego se verá involucrado con varios sujetos autores contratados para un solo objetivo: el desarrollo de un videojuego. Para alcanzar esta meta, la empresa necesita de personal capacitado para un sin número de trabajos necesarios para su producción, como ya señalamos, desarrolladores de software, diseñadores gráficos, cantantes, músicos, ingenieros, intérpretes, entre otras muchas profesiones u oficios. En consecuencia, la problemática planteada trata una cuestión en donde los autores son a su vez trabajadores de la empresa o del encargado que dio origen al proyecto y, por tanto, es una materia en donde convergen dos ramas del derecho: por una parte, el derecho de autor y, por la otra, el derecho del trabajo.

Introducida la problemática por la que versa la presente tesis, no queda más que indicar nuestra hipótesis de trabajo. De acuerdo la legislación chilena, la naturaleza jurídica de los videojuegos será entendida desde un enfoque híbrido, donde cada elemento de la obra será evaluado por separado a la hora de ser protegido por el derecho de autor, brindando, de esta manera, una protección al software, por una parte, y a la obra audiovisual por otra. Podemos suponer que la actividad creativa de un trabajador al interior de la empresa desarrolladora dependerá de cuál de las estas dos importantes obras se desarrolle, existiendo, de esta manera, una titularidad originaria por parte del empleador en los programas computacionales y una titularidad cedida por parte del trabajador audiovisual.

A continuación, desarrollaremos un análisis acabado de todos los elementos necesarios de

---

<sup>5</sup> World Intellectual Property Organization. Temas de Actualidad. *Videojuegos*. Disponible en: [https://www.wipo.int/copyright/es/activities/video\\_games.html](https://www.wipo.int/copyright/es/activities/video_games.html)

estudio que se entrelazan para obtener una respuesta a la hipótesis ya planteada. Comenzaremos en el primer capítulo definiendo al videojuego y su evolución, como el concepto de empresa desarrolladora. Así también, mencionaremos cuál es la legislación actual y existente que hace alusión a los videojuegos en Chile.

Luego, en el capítulo segundo, entraremos en el estudio de la propiedad intelectual nacional respecto a la titularidad de la obra intelectual y su relación cuando de autores inmersos en una relación laboral se trata<sup>6</sup>.

En el capítulo tercero, estudiaremos el estatuto jurídico existente y aplicable a los trabajadores-autores inmersos en una empresa desarrolladora de videojuegos, a la luz de la LPI, estableciendo posibles propuestas de interpretación de la obra, para luego proponer la interpretación de la obra más correcta a nuestro criterio.

En nuestro último capítulo, realizaremos un estudio comparado con el caso español para brindar una solución a la falta de regulación nacional en el tema. Finalmente, brindaremos una posible respuesta a nuestra interrogante desde la legislación existente como una propuesta de normas que ayuden a regular esta obra intelectual en constante cambio, como lo son los videojuegos.

---

<sup>6</sup> Con esto, dejamos fuera de nuestro análisis a todos aquellos autores intelectuales de obras por encargo, en los cuales no existe una relación laboral entre trabajador y empleador.

# CAPÍTULO I

## EL VIDEOJUEGO, LA EMPRESA DESARROLLADORA Y SU ACTUAL LEGISLACIÓN EN CHILE

### 1. El Videojuego

Para comenzar con el estudio de nuestra tesis es fundamental comprender y analizar el concepto de los videojuegos, desde una noción general hasta una definición jurídica que contemple una mirada legal de la obra. Sin el entendimiento de esta obra intelectual no podríamos comenzar con nuestra línea argumental o investigativa. Es por esta razón que, a continuación, procederemos a referirnos al concepto de videojuego para entender sus elementos y componentes de estudio para el derecho. Luego procederemos con una breve descripción de lo que entendemos por empresas desarrolladoras y cuál será su injerencia en el tema de nuestra tesis, para finalmente, en este capítulo, exponer cómo es el tratamiento jurídico de los videojuegos en la actual y escasa legislación nacional.

#### 1.1. El Concepto

La definición de videojuego contempla un sin número de variaciones que viene de distintos factores, como las características propias de cada juego, sus soportes tecnológicos, y hasta su evolución histórica, pues lo que entendemos hoy por videojuego no es lo mismo que se entendió en los años setenta con las primeras máquinas de *arcade*.

De esta forma, y para dar una primera aproximación, tomaremos la definición de la Real Academia Española de la Lengua (RAE). Ésta lo conceptualiza de la siguiente manera:

*“1. m. Juego electrónico que se visualiza en una pantalla.  
2. m. Dispositivo electrónico que permite, mediante mandos apropiados, simular juegos en las pantallas de un televisor o de un ordenador.”<sup>7</sup>*

---

<sup>7</sup> Real Academia Española de la Lengua, Consulta: 29.12.2017 en: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=videojuego>

De esta definición podemos analizar e identificar ciertos elementos comunes y elementos básicos a la hora de hablar de un videojuego en general. Al hablar de “dispositivo electrónico” podemos entender que hace referencia al sistema informático del videojuego, su *software*. En cambio, cuando la definición habla de “mandos apropiados”, “en las pantallas de un televisor o de un ordenador”, lo que se entiende que hace referencia al soporte electrónico que debe ser utilizado para simular, reproducir y visualizar el videojuego en una pantalla, el llamado *hardware*.

Es de esta distinción básica que podemos hacer todas las variaciones existentes en materia de videojuegos. Pues, como veremos, las clasificaciones que hemos encontrado se basan precisamente en diferencias entre el *software* y el *hardware*.

Pero volviendo con el concepto de videojuego, podemos dilucidar que, pese a su utilidad preliminar, la definición que nos entrega la RAE carece de precisión o no está acorde con la realidad de los videojuegos actuales. Algo así también se observa en algunas definiciones doctrinales de finales de los años noventa del siglo pasado. Así, por ejemplo, la doctora Ana María Calvo, de la Universidad de las Islas Baleares, los define en los siguientes términos:

*“[...] entendemos por videojuego todo juego electrónico con objetivos esencialmente lúdicos que sirviéndose de la tecnología informática puede presentarse en distintos soportes (fundamentalmente consolas y ordenadores personales)”<sup>8</sup>*

De esta definición, al igual que en el concepto de la RAE, se desprenden sus dos elementos básicos, pero de manera más expresa en esta oportunidad, pues se habla efectivamente de “tecnología informática” y de los “soportes” propiamente tales, en relación con el *software* y el *hardware*, respectivamente.

Una definición distinta es la que hace otro académico, dedicado al tema de los videojuegos y al estudio de la importancia de brindarles una protección jurídica adecuada. Se trata de Miguel Ángel Bouza López, quien entiende, desde un punto de vista jurídico, por videojuego:

*“Son un conjunto de imágenes controladas por un ordenador y que aparecen en una pantalla de*

---

<sup>8</sup> CALVO, A. M. (1996): “Los videojuegos: del juego al medio didáctico”. En J. Salinas (coord.) Educat 95: Redes de comunicación, redes de aprendizaje, 331-340, Mallorca: Servicios de Publicación de la Universidad de las Islas Baleares.

*rayos catódicos. Tanto el programa de ordenador que sirve de base a la obra audiovisual como ésta son obras protegibles.”*<sup>9</sup>

Si bien la definición no se ajusta a la realidad de hoy, ni contempla expresamente los elementos básicos de un videojuego, la segunda oración que nos señala es fundamental para nuestra tesis, ya que entiende que el videojuego –para efectos de otorgarle protección bajo la legislación de derechos de autor– se divide o considera obras protegibles tanto a los “programas computacionales”, como a su forma de expresión más visible, que son las “obras audiovisuales”.

Por lo tanto, tanto el programa computacional (*software*) como la obra audiovisual en que se basa el videojuego serían objetos de protección bajo la normativa de derecho de autor, según este autor.

Pero nuestras referencias doctrinales no acaban ahí. Es así como es necesario hacer referencia a la que consideramos la definición más apropiada de videojuego, que se ajusta a sus características actuales. Se trata de la presentada por Ricardo Tejeiro y Manuel Pelegrina, los cuales lo definen como:

*“Todo juego electrónico con objetivos esencialmente lúdicos, que se sirve de la tecnología informática y permiten la interacción a tiempo real del jugador con la máquina, y en el que la acción se desarrolla fundamentalmente sobre un soporte visual (que puede ser la pantalla de una consola, de un ordenador personal, de un televisor o cualquier otro soporte semejante).”*<sup>10</sup>

Esta descripción sin duda recoge elementos de las anteriores, pero lo que hace la diferencia es la perspectiva de análisis, al incorporar la frase “y permiten la interacción a tiempo real del jugador con la máquina”, pues es la mejor forma de establecer y evidenciar, de forma práctica, la interacción entre el *software* y el *hardware*, al entender que es el primero el que permite que las instrucciones que realiza el jugador sean reflejadas en la máquina (*hardware*), o sea, en el soporte visual. También, la definición es más amplia, al establecer que dicho soporte visual puede ser más que una consola u ordenador, al reconocer que puede también tratarse de “otro soporte semejante”, lo que hace que esta definición no quede obsoleta con las nuevas

---

<sup>9</sup> BOUZA, L. MIGUEL A: “*La protección jurídica de los videojuegos*”. (1997) Editorial Marcial Pons, Madrid, p. 14.

<sup>10</sup> TEJEIRO, R. y PELEGRINA M. “*Los videojuegos: Qué son y cómo nos afectan*”. (2003) Editorial Ariel, Barcelona, p. 20.

tecnologías con relación al *hardware*.

Con esta última definición damos por sentado este primer acercamiento al concepto de videojuego, identificando de forma expresa los elementos básicos necesarios que ya veníamos desarrollando.

## 1.2. Breve Evolución Histórica del Concepto de Videojuego

La evolución del concepto de videojuego está influenciada por el desarrollo de la tecnología, y sin duda, Internet marca un antes y después en materia de videojuegos, punto que trataremos a continuación.

La evolución histórica de los videojuegos se remonta al 1961, año en que Steve Russell, estudiante del Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT, por su sigla en inglés), decidió probar suerte y crear un juego interactivo de computador. Como señalan los autores que escriben de la evolución de los videojuegos, es lógico pensar que las primeras aproximaciones se desarrollaran en plena carrera espacial, razón por la cual los primeros indicios de videojuegos hacen alusión a naves espaciales y al espacio exterior. Así nace el juego *Spacewar* de Russell que consiste en naves espaciales que se disparaban de extremo a extremo desplazándose por la pantalla a una dirección y velocidad contralada por los famosos mandos o “*joystick*”, lo cuales eran a su turno controlados por los jugadores. Pero, en aquellos tiempos los computadores eran demasiado costosos para que el juego fuera introducido al mercado.

Luego del fracaso que consistió el juego *Computer Space* al inicio de los años setenta, Atari logra su primer éxito con el juego *Pong*, que consistía en una máquina que simulaba el juego de tenis de mesa, juego que era totalmente electrónico y que se proyectaba en el monitor de un televisor. Pero, la falta de capacidad de contenidos hizo que estos videojuegos no fueran lo suficientemente llamativos, sumado a la falta de recursos que conllevaba poder acceder a este tipo de videojuegos o al *hardware* necesario para operarlos.

En los años setenta, la industria comienza a dar cuenta de las enormes posibilidades creativas que se pueden generar para la creación de videojuegos. Es precisamente durante estos años que comienzan a entrar al mercado enormes compañías como Sega Enterprises y Nintendo Company. Así, las máquinas de *arcade* irrumpen el mercado en salas de videojuegos o bares,

donde pronto se extienden por otros lugares con acceso a todo tipo de público. Si bien funcionaban sólo con monedas introducidas en su soporte físico, consiguen clientes de todo tipo, presentándose videojuegos dedicados al deporte, a la conducción y a otras temáticas. Ocurren también las primeras polémicas por la comercialización de juegos que fomentan la violencia o prácticas no consensuadas, tales como el videojuego *Death Race*, en el cual el jugador ganaba puntos atropellando a figuras que representaban a personas.

Durante esta etapa se avanza también en la técnica gráfica de los videojuegos, dado origen así al efecto “*scroll*” que consiste en que el terreno se extiende más allá de lo visualizado en el monitor, desplazándose la vista a medida que el jugador se desplaza con el personaje. Estas innovaciones generan, sin dudas, un avance en el concepto del videojuego, su entendimiento y en la experiencia del usuario.

Las consolas también fueron un éxito a finales de los años setenta. Pues los juegos de *arcade* ahora era posible jugarlos desde los hogares gracias a las denominadas “consolas”<sup>11</sup>. Estas pequeñas máquinas que, con la ayuda de discos o cartuchos, permitían jugar distintos videojuegos, a elección del usuario y desde la comodidad de su casa. Todo esto desde la irrupción de los televisores en los hogares. De esta manera la compañía emergente “Atari” sale al mercado con su modelo *Atari 2600*, siendo la consola de videojuegos más éxito para el año 1977.<sup>12</sup>

Posteriormente, con la incorporación de los juegos computacionales durante los años ochenta, los cuales debieron competir con los desarrollados juegos de *arcade*, no tuvieron su éxito hasta que la innovación hizo desarrollar mejores tarjetas gráficas y de sonido que hicieron aumentar exponencialmente su capacidad de juego.

Luego, con la irrupción del CD-ROM a principios de los años noventa, se inició una era nueva en lo que respecta a videojuegos de consola, pues esta incorporación aporta la posibilidad de brindar una cantidad de información que sólo puede ser almacenada en este tipo de formato.

---

<sup>11</sup> Definición de “Consola” según José Garfias: “Una consola de videojuegos es una computadora optimizada tanto en sus componentes internos como en los externos, su objetivo principal es correr programas de videojuegos. Básicamente, una se compone de tres elementos tecnológicos: un medio de almacenamiento o transporte de software, el cpu (*hardware*) y controles de mando.” GARFIAS F, JOSÉ ANGEL. “La industria del videojuego a través de las consolas”. *Revista Mexicana de ciencia Política y social* [online]. 2010, Vol.52, N°209, pp.161-179.

<sup>12</sup> GARFIAS F, JOSÉ ANGEL. “La industria del videojuego a través de las consolas”. *Revista Mexicana de ciencia Política y social* [online]. 2010, Vol.52, N°209, p.162.

Respecto a esto, el autor Garfias señala lo siguiente: “Los videojuegos han utilizado cartuchos con tarjetas de memoria ROM (acrónimo de Read-only Memory, memoria de sólo lectura), los cuales han variado en su capacidad de almacenamiento, aunque actualmente la mayoría trabaja con los discos (CD, DVD, Blu Ray), los cuales han hecho más fácil almacenar y procesar datos con ellos, además de que hace más sencillo comercializarlos.”<sup>13</sup>

Sin perjuicio a lo anterior, en la industria del videojuego y las consolas, comienza la “Era 3D” donde las consolas como Nintendo 64 y posteriormente PlayStation irrumpen en el mercado para revolucionar la industria hasta comienzos del siglo XXI.

Actualmente, son los videojuegos en red los que contemplan el mayor número de seguidores a nivel mundial. Estos tipos de videojuegos permiten que las personas puedan jugar una misma partida o juego de forma simultánea, lo que lo hace enormemente interesante a la hora de competir con otros jugadores en tiempo real de distintas partes del mundo, ya no sólo con la persona que tengo al lado, o al otro lado de la consola, sino que con personas de todo el mundo. Así lo señalan Manuel Pelegrina y Ricardo Tejeiro cuando nos recuerdan que:

*“La notable difusión de internet desde su comercialización para el gran público en 1994 está permitiendo el desarrollo de redes en las que los jugadores se encuentran físicamente alejados.”*<sup>14</sup>

Estos autores señalan también que, a través de la internet, se pueden practicar un sinnúmero de tipos de videojuegos distintos, identificándose dos grandes clasificaciones:

- a) Los videojuegos que se constituyen de un software de entretenimiento y su soporte físico, y que pueden ser jugados de forma compartida y;
- b) Los videojuegos desarrollados exclusivamente para internet, a los cuales se puede acceder de forma remota sin la necesidad de disponer del programa de forma física<sup>15</sup>.

Y así, podemos seguir encontrando clasificaciones. Dependiendo de si existe un pago, podemos

---

<sup>13</sup> GARFIAS F, JOSÉ ANGEL. “La industria del videojuego a través de las consolas”. *Revista Mexicana de ciencia Política y social* [online]. 2010, Vol.52, N°209, p. 172.

<sup>14</sup> TEJEIRO, R. y PELEGRINA M. “Los videojuegos: Qué son y cómo nos afectan”. (2003) Editorial Ariel, Barcelona, p. 41

<sup>15</sup> Ibidem.

encontrar dichos videojuegos a los cuales se puede acceder de forma gratuita (*freeware*) o de aquellos que contemplan una licencia por un período de tiempo (*shareware*).

De esta forma, los juegos en red son el futuro de los videojuegos, y su fanática hace ganar millones de dólares a la industria de las compañías desarrolladoras de dichos videojuegos. Pues hoy, sólo basta con tener un equipo computacional u ordenador con internet para acceder a un sinnúmero de videojuegos de todo tipo. Es precisamente este acceso ilimitado de videojuegos lo que hace posible también, un sin número de infracciones a los derechos de propiedad intelectual, como reproducciones sin consentimiento, y distribución que, no van sólo de la mano con generar una copia del software, sino que se llega incluso a copiar la obra audiovisual completa<sup>16</sup>.

Es por esta razón que es importante definir bien cuáles serán los elementos del videojuego que requieren de protección jurídica, y para ello entender qué es lo que debemos proteger y bajo el alero de qué normativa.

### 1.3. Elementos de los Videojuegos

En este apartado es necesario ahondar más en entender cómo estos elementos se consideran objetos protegidos y cómo se relacionan con los derechos de autor.

#### 1.3.1. El *Software* o Programa Computacional

El *software* o programa computacional es un elemento que de por sí es de difícil entendimiento y clasificación, pues en el mundo existe cierta discusión al momento de considerarlo como una obra protegida por la normativa de derecho de autor o como propiedad industrial.

Sin embargo, parece ser que la legislación comparada y nacional es clara en contemplarlo como parte de los derechos de autor. Así lo señala el profesor Santiago Schuster, diciendo que Chile se obliga a proteger los programas computacionales en el marco del derecho de autor al

---

<sup>16</sup> Tal es el caso del popular videojuego "*League of Legends*" y su empresa desarrolladora Riot Games, quienes interpusieron una demanda, por infringir sus derechos de propiedad intelectual, en contra de una empresa china llamada Shanghai Moonton Technology. En éste, la empresa del gigante asiático demandada realiza una copia casi exacta de toda la obra audiovisual del videojuego llamado "*Mobile Legends*", desde similitud de la marca del videojuego, hasta el formato del juego (Multijugador 5 vs. 5), una idéntica plataforma (Grieta del Invocador), copia de personajes, estilo de juego, animaciones, mapas del juego, etc. La empresa China fue condenada por infracción a los derechos de propiedad intelectual, debiendo pagar alrededor de 2,9 millones de dólares a la empresa dueña de Riot Games, Tencent Holdings.

adherirse al Tratado de Marrakech y al ADPIC (El Acuerdo sobre los Aspecto de los Derechos de Propiedad Intelectual relativos al Comercio), así como también al Tratado de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) sobre Derechos de Autor, cuyo artículo 4<sup>o</sup><sup>17</sup> es claro en señalar que los programas computacionales están protegidos como obras literarias<sup>18</sup>.

A continuación, es preciso señalar que, lo que el tratado de la OMPI entiende por “programa de ordenador” es lo que para nosotros es un programa computacional según la definición del Artículo 5° de la LPI. Pero ¿Es lo mismo un programa computacional que un *software*?

Para responder a esta interrogante, primero es necesario hacer una definición de lo que se entiende por *software*. La OMPI nos brinda una definición que se encuentra en el Convenio de Berna, según la cual:

*“Es un conjunto de instrucciones que, una vez transpuestas sobre un soporte descifrado por una máquina, pueden indicar, hacer cumplir, o hacer obtener una función, una tarea o un resultado particular, por una máquina capaz de dar tratamiento a la información”*<sup>19</sup>

En Chile, la LPI, si bien no define el concepto anglosajón *software*, sí define al “programa computacional” en el artículo 5° letra t) como:

*“[...] conjunto de instrucciones para ser usadas directa o indirectamente en un computador a fin de efectuar u obtener un determinado proceso o resultado, contenidas en un cassette, diskette, cinta magnética u otro soporte material.”*<sup>20</sup>

Para la doctrina, los programas no son más que “instrucciones” destinadas a realizar ciertas operaciones. Por tanto, una secuencia de instrucciones que forma un conjunto es lo que el profesor Schuster denomina “*programa*”<sup>21</sup>. Cada uno de estos programas no funciona de forma

---

<sup>17</sup> Artículo 4 del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor, el cual señala: “Los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el Artículo 2 del Convenio de Berna. Dicha protección se aplica a los programas de ordenador, cualquiera que sea su modo o forma de expresión.”

<sup>18</sup> SCHUSTER V, Santiago. “Regulación de los Programas de Computación en el Orden Jurídico Interno e Internacional”. Documentos del Curso de Propiedad Intelectual a la Sociedad Chilena de Derechos de Autor, 2001.

<sup>19</sup> Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, del 9 de septiembre de 1886. Promulgado en Chile mediante Decreto Supremo N° 266 de 1975. Publicado en el Diario Oficial el 5 de junio de 1975.

<sup>20</sup> Artículo 8, Ley N° 17.336.

<sup>21</sup> SCHUSTER V, Santiago. “Regulación de los Programas de Computación en el Orden Jurídico Interno e Internacional”. Documentos del Curso de Propiedad Intelectual a la Sociedad Chilena de Derechos de Autor, 2001.

aislada, sino que forman un sistema, el que será lo que se entiende normalmente por “software”.

Para dar una respuesta clara al objeto de protección en cuestión, podemos recurrir a un fallo un muy famoso en esta materia y en la propiedad intelectual en general. Así, la Corte Suprema en el caso “*Sfeir Younis, Miguel Angel y otros con Universidad de Concepción y otras*” en su considerando Quinto ha planteado lo siguiente:

*“Al respecto cabe precisar que es efectivo que en materias computacionales no es técnicamente lo mismo un programa que un sistema, pues el segundo es una entidad más compleja que el primero, y que lo incluye, junto con otros elementos, como claramente lo indica el peritaje evacuado al efecto en autos. En seguida también es cierto que en algunas ocasiones los jueces del fondo han utilizado ambos conceptos en forma indistinta confundiéndonos, pero sin embargo de tal situación no se deriva perjuicio alguno, pues lo central debatido, vale decir, la supuesta utilización indebida del sistema computacional inscrito en el Registro de Propiedad Intelectual a nombre de los actores, ha sido enteramente comprendido y resuelto en el fallo que se revisa.”<sup>22</sup>.*

De esta forma, podemos evidenciar que, para efectos prácticos, la Corte Suprema no realiza una gran diferenciación entre lo que se entiende por programa computacional (instrucción) y *software* (sistema de instrucciones).

Por su parte, la doctrina nacional ha intentado aclarar el panorama. El profesor Schuster nos señala que como ya hemos mencionado anteriormente, el conjunto de programas es lo que podemos definir como *software*. De hecho, él nos propone una interpretación amplia y restringida del concepto, señalando

*“[...] una definición restringida pondría al software como sinónimo de programa y una definición amplia lo haría sinónimo de sistema de información.”*

*“Sin embargo, ya que los programas de computación en la generalidad de los casos, no funcionan aisladamente, debemos concluir que tanto el programa individualmente considerado como el conjunto de programas que forma un solo todo, constituyen el objeto de la protección por la propiedad intelectual.”<sup>23</sup>*

---

<sup>22</sup> CS, 16.09.1999, Rol N° 2240-1997.

<sup>23</sup> SCHUSTER V, Santiago. “Regulación de los Programas de Computación en el Orden Jurídico Interno e Internacional”. Documentos del Curso de Propiedad Intelectual a la Sociedad Chilena de Derechos de Autor, 2001.

De esta forma, el autor entiende que, tanto el programa computacional y el *software* pueden ser entendidos como sinónimos para brindar, de mejor manera, la protección jurídica por la propiedad intelectual al concepto.

Desde el punto de vista de la informática, la autora Marie Claude Mayo, en una de sus obras más importantes y relevantes, como lo es el libro “Informática Jurídica”, dentro de sus cuestiones planteadas habla sobre la discusión que existían al momento de la confección de su libro, sobre la “Protección Jurídica del Software” mediante la propiedad intelectual. Esta autora, analiza la discusión del *software* sin distinguir entre “programa computacional” o “*software*”, de hecho, realiza su planteamiento siempre desde una interpretación y tomados como conceptos sinónimos. Así lo hace en el texto a continuación:

*“Por lo anterior, hoy en día podemos afirmar que se han llegado a extender los copyrights a los programas computacionales, pese a todas las discusiones doctrinarias. Ello se justifica porque toda actividad creativa requiere resguardo. Este argumento moral tiene en la mano una justificación económica, pues el costo en la producción de software constituye casi el ciento por ciento de su valor, con la contra partida que cualquiera podría sacar una copia sin costo alguno.”<sup>24</sup>*

Se subentiende del texto que, para la autora, ambos conceptos son y serán considerados como sinónimos, pues así lo hace a lo largo de todo el primer capítulo de su libro.

Por otra parte, el autor Alfredo Sierra realiza un análisis exhaustivo y muy atingente a nuestra tesis, en su artículo sobre “El régimen jurídico de los programas computacionales elaborados por trabajadores en Chile”. En cuyo artículo el autor nos plantea su estudio y discusión sobre el tema. Al momento de señalar las funciones laborales del trabajador en la elaboración de un programa, éste no hace distinción respecto del concepto de programa computacional o *software*, como a continuación:

*“De esta manera, pareciera que también podría estar comprendido el supuesto de aquel trabajador que, sin estar contratado para programar, elabora un software en el contexto de su relación laboral. Dada esta situación, nos parece que es posible distinguir dos hipótesis: la*

---

<sup>24</sup> MAYO DE GOYENECHÉ, Marie Claude. “Informática Jurídica”. Editorial Jurídica de Chile. 1991. p.13

*primera, consistente en el trabajador que ha sido contratado como programador; la segunda, relativa al trabajador que no ha sido contratado como programador, pero que confecciona un software en su trabajo.”*<sup>25</sup>

Del extracto citado, se desprende que el autor comprende ambos conceptos como sinónimos. Por una parte, habla de “programar” refiriéndose a la acción de realizar programas, y justamente después sobre “elaborar un *software*”, o sea, elaborar un programa específico. Esto lo hace con el propósito que aparece de manifiesto al final de la cita. Diciendo que, para él, nos encontramos en dos situaciones, una donde el trabajador es contratado para programar, o sea, está contratado para una constante elaboración de programas o *softwares*, y en el otro, un trabajador contratado para la elaboración de un programa o *software* determinado. Esta diferenciación que, parece obvia, es una de las distinciones más importante para la presente tesis, ya que como lo señalamos en nuestra introducción, el objeto de estudio es precisamente la actividad creativa del trabajador contratado, que para este caso sería, un trabajador contratado para programar.

Por lo tanto, en base a tofo lo anterior, podemos entender que, para la doctrina, ambos conceptos son objetos protegidos por el derecho de autor y que serán tratados como conceptos sinónimos para los efectos de nuestra tesis.

Siguiendo con la legislación nacional, y con el tratamiento que se da a los programas computacionales, podemos decir que la única norma que regula en cierto aspecto al *software* o programa computacional es el artículo 8 inciso segundo<sup>26</sup> y tercero<sup>27</sup> de la LPI, los cuales hacen referencia a la titularidad del derecho de autor de dichas obras intelectuales, como lo veremos en nuestro capítulo segundo.

En virtud de la definición que la legislación nos da, es que podemos evidenciar distintos elementos a considerar. Podemos señalar que el sistema de directrices debe estar contenidas en un computador u ordenador capaz de hacer funcionar el aparataje del finalmente, señala que el programa en sí debe estar contenido en un soporte material, en donde se exprese.

---

<sup>25</sup> SIERRA, Alfredo. BERNET, Manuel. “Régimen Jurídico de los programas computacionales elaborados por trabajadores en Chile”. Revista *Ius et Praxis*, N° 2. Santiago, año 2020. p. 259.

<sup>26</sup> Artículo 8 inciso segundo de la Ley N° 17.336: “*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.*”

<sup>27</sup> Artículo 8 inciso tercero de la Ley N° 17.336 “*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.*”

Así, como toda obra intelectual protegida por el derecho de autor, necesita de una forma de expresión para que deje de ser una idea. Es en base a lo anterior que, todo *software* o programa computacional se compone de dos lenguajes distintos, por una parte tenemos el código fuente, que es el idioma creado por el ser humano en el cual se construyen las instrucciones necesarias para formar el programa, este tiene una semántica y sintaxis propia, como cualquier lengua idiomática<sup>28</sup>, y por otra parte, tenemos el código objeto que “[...] *traduce el programa fuente a unos signos que pueden ser leídos por el computador para lo cual, requiere ser traducido por un programa específico, denominado compilador o intérprete, que en términos resumidos lo convierte en formulación binaria, es decir unos y ceros, para su procesamiento por el computador.*”<sup>29</sup>

Ahora, para brindar una protección efectiva de la expresión de la idea de *software* como obra protegida es necesario determinar las etapas de desarrollo o creación del *software* y de esta forma establecer cuándo existe protección de la obra, que según el profesor Schuster<sup>30</sup> son:

- 1.- Percepción de necesidades: donde se crean las ideas y conceptos base.
- 2.- Diseño lógico: donde se establecen las necesidades y recursos necesarios para satisfacer el programa computacional, definiendo el sistema y subsistema de información.
- 3.- Diseño físico: se crea la especificación de procedimientos, archivos que contendrá el programa y los documentos que lo contendrán.
- 4.- Construcción: las especificaciones de los procedimientos se llevan a la práctica, realizándose los programas y documentación correspondiente.
- 5.- Prueba e implementación: se trata de la evaluación e instalación definitiva del programa.
- 6.- Operación: se trata de hacer funcionar el programa y de revisarlo para una mejor actualización y versión de este.

Desde la doctrina comparada, para los autores españoles Rodríguez y Álvarez, el programa computacional o *software* se puede distinguir en distintas fases de elaboración:

---

<sup>28</sup> SCHUSTER V, Santiago. “*Regulación de los Programas de Computación en el Orden Jurídico Interno e Internacional*”. Documentos del Curso de Propiedad Intelectual a la Sociedad Chilena de Derechos de Autor, 2001.

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> Ibidem.

- 1.- En la primera de ellas, existe una fase de planteamiento de las exigencias del programa, que es donde se fijarán los distintos objetivos y tareas a desarrollar del programa.
- 2.- Una segunda fase de definición de las prestaciones del programa, como qué *hardware* se precisará y a qué abanico de usuarios se pretende llegar.
- 3.- Sobre la base de los pasos anteriores, se realiza un primer proyecto que traza un bosquejo de la estructura del programa, que se materializa en un documento que lo explica y grafica.
- 4.- Luego, una cuarta etapa donde se elabora un segundo proyecto, en el cual se encuentra una descripción del *software*, así como lo módulos y elementos que lo componen.
- 5.- Una quinta etapa de codificación del programa, en el cual se desarrolla en un lenguaje informático, dando como resultado el código fuente.
- 6.- Y, como etapa final, una fase de comprobación donde se conectarán entre sí los distintos elementos del programa y se comprobará el funcionamiento<sup>31</sup>.

Para Marie Claude Mayo, una de las características de las obras intelectuales es que en su formación pueden distinguirse diversos elementos creativos, que provienen del trabajo intelectual del autor y, por tanto, en su conjunto conllevan a un resultado final<sup>32</sup>. Por lo tanto, lo que quiere decir la autora es que, a propósito del *software*, los distintos elementos creativos se desarrollan en las distintas etapas de la elaboración del programa. De hecho, para ella, entender el *software* como obra literaria o científica, o como una nueva categoría de obra, distingue a su vez de la forma de protección. Así, señala lo siguiente:

*“Al considerar el software como una obra literaria o científica se pone acento en el programa fuente y en la escritura de este programa. Se privilegia de este modo la escritura y la especificación interna del software. En cambio, al considerar el software como una nueva categoría de obra, se estará utilizando el principio de la forma visible de los diseños y modelos; es decir, la expresión de la funcionalidad, privilegiando sí la expresión visible y externa del software.”*<sup>33</sup>

La distinción de la autora es importante ya que bien como entendamos el programa computacional como una obra literaria o científica o como obra nueva, se desprenderá su forma de expresión y, por tanto, el objeto protegido.

---

<sup>31</sup> RODRÍGUEZ H. José, ÁLVAREZ C. Henar (2004). *“La Siempre Conflictiva Relación Laboral del Trabajador Intelectual y un Apunte Específico para el Creador de Software”*. León, España: Ed. Universidad de León. p 63 y 64.

<sup>32</sup> MAYO DE GOYENECHÉ, Marie Claude. *“Informática Jurídica”*. Editorial Jurídica de Chile. 1991. p.20

<sup>33</sup> MAYO DE GOYENECHÉ, Marie Claude. *“Informática Jurídica”*. Editorial Jurídica de Chile. 1991. p.20

Del análisis de estas etapas o fases, podemos mencionar que la primera etapa no estaría protegida, ya que ésta sólo contempla las ideas y conceptos bases, y el derecho de autor no protege ideas. Así lo ha entendido la doctrina nacional, según la interpretación del artículo 1° de la LPI. La legislación chilena de derechos de autor "protege los derechos que, por el sólo 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."<sup>34</sup>

Por lo tanto, no cumpliendo de esta manera el primer requisito basal de toda obra intelectual, el cual es la forma de expresión. La profesora Elisa Walker entiende por expresión, "*la exteriorización de un proyecto...*"<sup>35</sup> que, como podemos evidenciar no se manifiesta hasta la segunda o tercera fase o etapa que los autores plantean, llegando al mínimo común que, según los autores planteados, podríamos considerar que se manifiesta de forma expresa en la tercera etapa, dejando ambas etapas anteriores en ideas que no logran ver la luz y ser expresadas, y de esta manera no gozar de protección jurídica.

El segundo requisito de una obra intelectual, según la autora, para que el software o programa computacional se encuentre protegido es la originalidad. Para Walker la originalidad "*...consiste en reconocer que la obra tiene una individualidad, consistente en el sello personal que le otorga el autor a través de la particularidad de su forma de expresión*"<sup>36</sup>. Pero, este requisito no es un elemento que haga mención la legislación nacional, pues lo subentiende de la necesidad de la existencia de una creación. La originalidad es uno de los dos requisitos principales que debe contener el objeto protegido, o sea, el software, del cual sólo puede ser medido por medio de la forma de expresión.

Por lo tanto, el *software* o programa computacional será objeto de protección jurídica si en su tercera etapa de creación el *software* es una creación original que se manifieste en una forma de expresión que puede ser reconocida por terceros, dentro de un determinado tiempo y territorio, cumpliendo de esta manera el primer requisito basal.

---

<sup>34</sup> Artículo 1° de la Ley N° 17.336.

<sup>35</sup> WALKER E. Elisa (2004). "*Manual de Propiedad Intelectual*". Santiago: Ed. Thomson Reuters. p 69.

<sup>36</sup> WALKER E. Elisa (2004). "*Manual de Propiedad Intelectual*". Santiago: Ed. Thomson Reuters. p 72.

A esto, debemos agregar nuestro segundo requisito esencial, el cual es la temporalidad, o sea, el plazo de protección de la obra. El plazo de protección de toda obra intelectual está definido en nuestra legislación en el artículo 10 de la LPI, el cual es “[...]toda la vida del autor y se extiende hasta por 70 años más, contados desde la fecha de su fallecimiento.”

Suponiendo que nuestro objeto protegido, el software o programa computacional, ya goza de protección, es importante plantearse, de un modo muy general, cuál será el alcance de dicha protección. Si bien el artículo 5° letra t) de la LPI que define los programas computacionales, se refiere a la protección de estos, la doctrina nacional y la jurisprudencia señalan que dicha protección se realiza sin distinción de programa fuente u objeto, por lo que contempla la inserción de ambos conceptos. Para el profesor Schuster:

*“El artículo 5º, letra t) de la ley chilena, ya citado, se refiere a la protección de los programas sin hacer la distinción de programa fuente u objeto, lo que determina la inclusión de ambos, y hace expresa mención que la protección se otorga cualquiera sea el soporte en que tales programas se encuentren contenidos (cassette, disquete, cinta magnética u otro soporte)”<sup>37</sup>.*

La profesora Elisa Walker, por su parte, indica que: *“La LPI otorga protección a los programas computacionales cualquiera sea el modo o forma de expresión, como programa fuente o programa objeto, incluso la documentación preparatoria, su descripción técnica y manuales de uso.”<sup>38</sup>*

De lo anterior se desprende que el objeto protegido, el *software* o programa computacional, no sólo comprende la expresión de estos mismos en un código determinado, sino que abarca cualquier elemento necesario para su desarrollo, proceso y entendimiento de este. De hecho, para Mayo de Goyeneche, cualquier elemento que sea capaz o susceptible de ser apropiado lo hace automáticamente protegible mediante el derecho autor. Señalando que son elementos protegidos del *software*: La codificación; los datos; los algoritmos; el título; los diagramas de flujo; la estructura y arquitectura del software; los manuales y el pliego de condiciones<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> SCHUSTER V, Santiago. *“Regulación de los Programas de Computación en el Orden Jurídico Interno e Internacional”*. Documentos del Curso de Propiedad Intelectual a la Sociedad Chilena de Derechos de Autor, 2001.

<sup>38</sup> WALKER E. Elisa (2004). *“Manual de Propiedad Intelectual”*. Santiago: Ed. Thomson Reuters. p 85 y 86.

<sup>39</sup> MAYO DE GOYENECHÉ, Marie Claude. *“Informática Jurídica”*. Editorial Jurídica de Chile. 1991. p. 25.

Luego de este primer análisis al elemento *software* o programa computacional, que es una pieza fundamental y principal de todo videojuego, el cual seguirá siendo materia de estudio a lo largo de los siguientes capítulos, es necesario proceder con el segundo elemento característico de él, el hardware, y propio de lo que se entiende en el concepto de “videojuego”.

### 1.3.2.El Hardware

El *hardware*, en resumidas cuentas, es donde se sustentan los videojuegos. Los académicos de la Universidad Autónoma de Madrid lo caracterizan como el “*Conjunto de elementos materiales de los sistemas electrónicos. Tiene una existencia física (se puede ‘tocar’)*”<sup>40</sup>. Entendido así, el hardware serían las partes físicas tangibles del sistema informático o sistemas electrónicos que sirven de base para la sustentabilidad de un *software* o programa computacional que desarrolle un videojuego.

Dentro de dicho concepto se admite una clasificación muy básica que consiste en los modelos de soportes físicos en donde se desarrolla el programa, así nos encontramos con: las máquinas antiguas de arcade; las consolas que pueden ser fijas o portátiles (hand-held); y el soporte computacional u ordenador.

En vista y consideración de lo señalado en el apartado anterior es que podemos afirmar que el *hardware* no goza de la protección del derecho de autor, pues los distintos soportes son invenciones que deben ser patentadas y registradas por la propiedad industrial, en ellas no hay una obra intelectual que refleje expresión de originalidad del autor, sino más bien una invención que goza de novedad y no originalidad, así como altura inventiva y aplicación industrial, cuestiones que son clave para la rama de la propiedad industrial.

La propiedad industrial en Chile se rige por la Ley N° 19.039, la cual busca proteger los derechos o privilegios que gozan las patentes de invención, modelos de utilidad, marcas comerciales, dibujos y diseños industriales y otros que dicho cuerpo legal establece.

Bajo estos conceptos es que las empresas desarrolladoras buscan permanentemente actualizar

---

<sup>40</sup> GOZÁLEZ I, GONZÁLEZ J. y GOMÉZ-ARRIBAS F. “Hardware libre: Clasificación y desarrollo de hardware reconfigurable entorno GNU/Linux” (2003) Artículo de la Universidad Autónoma de Madrid, consultado con fecha 05.01.2018 en: <http://ftp1.nluug.nl/ftp/pub/ftp/os/Linux/doc/LuCaS/Presentaciones/200309hispalinux/8/8.pdf>

sus consolas o sus distintos medios tecnológicos que vengan a innovar en un nuevo estado de la técnica<sup>41</sup>, o sea, que exista algo nuevo que sea tal que para los ojos de cualquier conocedor y especialista en el tema considere que no existía en ese momento y que no podía ser descubierta por mera aplicación de conocimientos. Por lo tanto, la fundamentación que existe detrás de este derecho es premiar la innovación al ser un avance en el estado de la técnica actual, concediéndole de esta manera el monopolio exclusivo de ésta en un plazo determinado.

Presentamos de esta manera ya dos de los cuatro requisitos específicos de una invención, como también para un modelo de utilidad. Estos requisitos, definidos en el área de la propiedad industrial, son: a) La novedad; b) El nivel o altura inventiva; c) La aplicación industrial y; d) La ventaja técnica.<sup>42</sup>, sin que sea necesario el elemento de la novedad en los casos de modelos de utilidad.

Para que tengamos una idea práctica que cómo funciona esto. Sony, como empresa desarrolladora de videojuegos y en específico de su consola “*PlayStation*”, debe todos los años registrar por medio de patentes, modelos de utilidad o diseños industriales cada una de las obras que son creadas por sus trabajadores. Cada nueva tecnología, antes de que vea la luz, debe estar previamente registrada a nivel mundial. Es de esta manera que, los fanáticos de las consolas se enteran de primera fuente cuándo saldrá una nueva consola de “*PlayStation*”, pues del momento en que se registra, por ejemplo, el “*PlayStation 5*” se sabe del desarrollo de este y de los elementos que la componen. Un elemento que representó una invención en la nueva “*PlayStation 5*” lo fueron los mandos o “*DualSense*” con su nueva tecnología háptica. Esta tecnología permite desarrollar y activar vibraciones que interactúan con la palma de la mano de una forma completamente nueva a las sensaciones de vibración de los “*DualShock*” o mandos anteriores.<sup>43</sup>

Pero, los videojuegos o el hardware en específico, no sólo puede protegido o entendido desde las invenciones. El derecho marcario es un motor importante de la industria del videojuego, su función es de vital importancia dentro de tráfico económico ya que es a través de las marcas que las empresas desarrolladoras buscan diferencias sus productos o servicios con otros

---

<sup>41</sup> Artículo 33, Ley N° 19.039, primera parte: “Una invención se considera nueva, cuando no existe con anterioridad en el estado de la técnica.”

<sup>42</sup> Instituto Nacional de Propiedad Intelectual (INAPI), Guía de Usuario Patentes 3i. Inventor-Investigador-Innovador. Pp. 9 y 10.

<sup>43</sup> Para más información véase: [https://as.com/meristation/2020/06/12/noticias/1591936103\\_910142.html](https://as.com/meristation/2020/06/12/noticias/1591936103_910142.html)

competidores<sup>44</sup>, como lo es, en nuestro caso anterior, Sony con la marca “PlayStation”.

Siguiendo con nuestro caso, otro elemento importante que goza de protección son los diseños industriales, los cuales buscan proteger la apariencia o valor estéticos del producto manifestado en objetos tridimensionales, así “PlayStation” suele siempre innovar en el diseño de sus nuevas consolas, sus mandos, entre otros<sup>45</sup>.

De esta manera, y cumpliendo con los requisitos mencionados, el *hardware* goza de protección jurídica por la propiedad industrial, y dependiendo de qué categoría sea, será el plazo de protección que el Estado conceda de forma exclusiva para su titular. Así las patentes de invención tienen un plazo exclusividad de 20 años improrrogables<sup>46</sup>, los modelos de utilidad de 10 años improrrogables<sup>47</sup>, y los diseños industriales de 10 años improrrogables<sup>48</sup>, todos contados desde la fecha de la solicitud. Las marcas comerciales, en cambio, gozan de un plazo de 10 años desde la inscripción en el registro respectivo, los cuales sí pueden ser prorrogables en iguales períodos sin limitaciones<sup>49</sup>.

Por lo tanto, el *hardware* en el derecho nacional será protegido por medio de una o más de las categorías que el ordenamiento jurídico concede, y serán tantas que dependerán netamente del cumplimiento de los requisitos anteriormente señalados, y de las tecnologías o invenciones que las empresas de videojuegos desarrollan o desarrollarán en su constante evolución del hardware.

Por último, el estudio de lo que consiste el *hardware* y su protección se circunscribe a lo ya señalado, sin formar parte de nuestra investigación, pues como ya hemos señalado, los temas de estudio serán por una parte el *software*, y por la otra, la obra audiovisual, esta última que será estudiada con mayor profundidad en los capítulos posteriores.

---

<sup>44</sup> GLEZ M, Yasmina. “Videojuegos, no sólo una cuestión de propiedad intelectual”. A Definitivas (2020). Disponible en: <https://adefinitivas.com/arboret-del-derecho/videojuegos-no-solo-una-cuestion-de-propiedad-intelectual-a-cargo-de-yasmina-i-glez-muller/>

<sup>45</sup> GLEZ M, Yasmina. “Videojuegos, no sólo una cuestión de propiedad intelectual”. A Definitivas (2020). Disponible en: <https://adefinitivas.com/arboret-del-derecho/videojuegos-no-solo-una-cuestion-de-propiedad-intelectual-a-cargo-de-yasmina-i-glez-muller/>

<sup>46</sup> Artículo 39 de la Ley N° 19.039.

<sup>47</sup> Artículo 57 de la Ley N° 19.039.

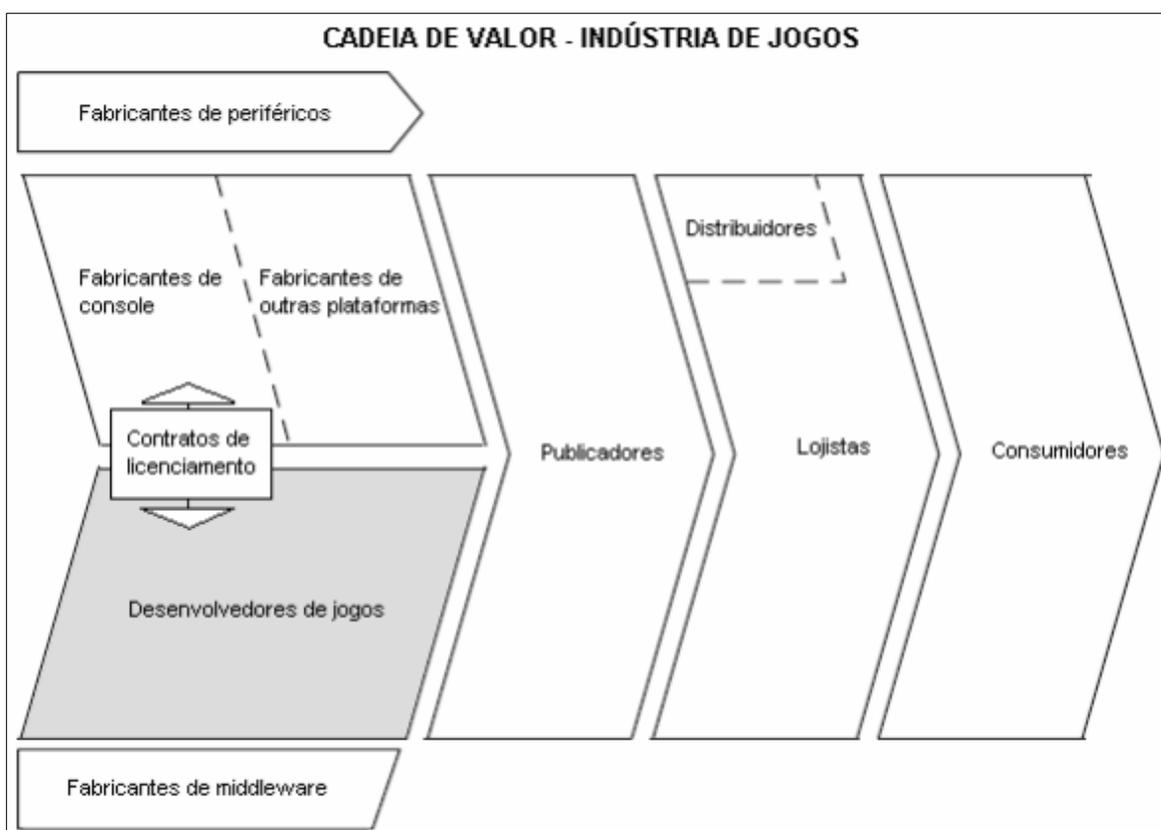
<sup>48</sup> Artículo 65 de la Ley N° 19.039.

<sup>49</sup> Artículo 24 de la Ley N° 19.039.

## 2. Las Empresas Desarrolladoras de Videojuegos

Desde el inicio de la industria de los videojuegos ésta ha sido muy cíclica. En sus orígenes en la década de los setenta, la creación de los videojuegos sólo era realizada por un grupo de profesionales dedicados al área computacional emergente, los cuales con un presupuesto de miles de dólares realizaban videojuegos muy básicos pero sofisticados para su época. A medida que aumentaron las tecnologías, la creación de videojuegos se fue transformando en un proceso mucho más complejo, el cual requería mayores inversiones que dieran pie a la innovación técnica y creativa. De esta forma, la industria de los videojuegos se ha convertido hoy en un importante motor de desarrollo tecnológico y riqueza.

Desde el punto de vista mundial, Asia y Estados Unidos siguen siendo las dos potencias líderes en producción y venta de videojuegos, enfocando su inversión tanto en el *software* como en el *hardware*.



A continuación, analizaremos un cuadro realizado por la Asociación Brasileña de Videojuegos ("Abragames"), en uno de sus estudios realizados el año 2004, en cual se establece la "Cadena

de Valor” de la Industria del videojuego con el objetivo de precisar la etapa, posicionamiento y aporte que realizan las empresas desarrolladoras en la Industria y producción de un videojuego<sup>50</sup>: En este cuadro, nos enfocaremos en el primer eslabón de la cadena de valor planteada, tanto por los fabricantes de consolas, que son parte importante en la creación del videojuego, como de los desarrolladores de videojuegos, el tema principal de esta sección, dejando de fuera del estudio por cuestiones de relevancia, a los publicadores; distribuidores; minoristas; y consumidores.

Por una parte, encontramos a los “fabricantes de consolas”, los cuales son el medio de la industria. Éstos son los encargados de la creación de soporte físico en donde será reproducido el *software* del videojuego; son los fabricantes del hardware, dentro de los cuales podemos señalar que el mercado actual se encuentra profundamente dominado por tres principales fabricantes: Sony, Nintendo y Microsoft, los cuales compiten por posicionar de mejor manera sus creaciones (consolas), esto es, PlayStation, Wii y Xbox, respectivamente. Estas empresas se encargan de perfeccionar sus productos con cada nueva tecnología que ellos mismo desarrollan, y el marketing que gestionan hace que sean unas empresas con importantes cuotas en el mercado mundial. Así lo señala el autor Martin Raposo:

*“[...] tienen una participación destacada en el resto de los eslabones de la cadena de valor de manera directa, a través de producción propia y de manera indirecta, a través de contratos, en muchos casos de exclusividad, para el desarrollo de juegos por parte de empresas especializadas. Es el tamaño de estas empresas y su importante poder económico financiero lo que determina esta posición de liderazgo.”*<sup>51</sup>

De esta forma, en muchos casos, éstas mismas empresas creadoras del *hardware* son también creadoras de sus mismos videojuegos o acuerdan contratos de exclusividad con otras desarrolladoras para crear videojuegos sólo para determinadas consolas y no para la competencia.

Por otra parte, nos encontramos con los “desarrolladores de videojuegos”. Entendemos por empresas desarrolladoras de videojuegos, en términos simples, las empresas desarrolladoras

---

<sup>50</sup> Atragames (Asociación Brasileña de Desarrolladores de Videojuegos), “Plan Director de la Promoción de la Industria de Desarrollo de Juegos Electrónicos en Brasil”, Diciembre 2004.

<sup>51</sup> RAPOSO M. “Estructura y Evolución Reciente de la Industria del Videojuego”. *Palermo Business Review*, Volumen N°1, Abril 2008, p 63

de un *software* modelo para la creación de un videojuego que pueda ser sustentado en diversas plataformas<sup>52</sup>. En palabras de Martín Raposo; “*Estas empresas tienen a su cargo, ya sea a partir de una idea propia o ante una propuesta de juegos de terceros, el diseño creativo de la idea, el guion argumental, la elección de la tecnología que usarán para su desarrollo. Esta última se encuentra ligada a la elección del canal por el cual se jugará (consola, PC, telefonía móvil, dispositivos manuales, on-line)*”<sup>53</sup>.

Estas empresas desarrolladoras integran un grupo interdisciplinario, ya que se forman con un equipo de profesionales de distintas ramas, como programadores, músicos, artistas, guionistas, directores, entre otros.

Es en base a lo anterior que, debemos comprender que cuando hablamos de una empresa desarrolladora nos referimos a la unidad productiva que presta los medios necesarios para la creación y el desarrollo de un videojuego. Es esta empresa quien reúne a este grupo interdisciplinario de profesionales que se encargarán de cada una de las ramas necesarias para la creación de un videojuego. Ella se constituye así en el empleador de estos trabajadores contratados para prestar sus servicios en las distintas áreas, como es el caso de trabajadores cuya función es crear el diseño del juego, la música, los personajes, el guion e historia, etc.

Esta organización o unidad productiva es donde está inmerso el autor-trabajador, y que para el profesor Schuster “sucumbe” ante la acumulación de esfuerzos creativos que no pueden ser identificados<sup>54</sup>, pues el trabajador se encuentra bajo la dirección del empleador quien presta los medios materiales para el logro final, que para nuestro caso sería un videojuego. Esta situación de “relación laboral” que existe entre empresario (empleador) y creador de un videojuego (trabajador) será la materia de estudio de nuestro siguiente capítulo.

Actualmente, en Chile existe una asociación de empresas desarrolladoras denominada “VG Chile”, la cual fue fundada en el año 2010 por las primeras empresas chilenas de la industria del videojuego. En sus palabras:

---

<sup>52</sup> Ibidem.

<sup>53</sup> Ibidem.

<sup>54</sup> SCHUSTER V, Santiago. “*Derechos de autor en las relaciones laborales y su vínculo con el tratado de libre comercio entre Chile y Estados Unidos*”. Estudio de Derecho y Propiedad Intelectual. Colección de Trabajos en Homenaje a Arturo Alessandri Besa. Abril 2011, p. 32.

*“VG Chile fue creado para promover y apoyar la industria del desarrollo de videojuegos en este país. VG Chile busca conectar a las empresas de desarrollo local con el mercado global y colaborar con actores públicos y privados relevantes con el relacionados con la industria.”*<sup>55</sup> Hoy existen 31 empresas asociadas y representan más del 85% de las empresas del rubro, dentro de las que podemos nombre, a modo de ejemplo: JA Games; ACE Team; Abstract Tinker; Aone Games; Cangrejo Ideas; Gamaga; High Beat Music; Inner Child; In Vitro Games; IguanaBee; Mego; Micropsia Games; Mister Glitch; Nemoris; Niebla Games; Octeto Studios, entre otras.

Por lo tanto, y para concluir la sección previa, a lo largo del presente estudio, siempre que hablemos de “Empleador”, entenderemos que nos referimos a una empresa desarrolladora de videojuegos, en los términos descritos en este acápite.

### **3. Actual Legislación de los Videojuegos en Chile**

El tema de los videojuegos puede ser considerado un tópico actual o contemporáneo dependiendo del tipo de videojuego al que nos refiramos. Pero, ya ha quedado demostrado que los videojuegos llevan aproximadamente medio siglo en nuestra sociedad y han llegado para quedarse. La evolución constante de la tecnología hace que el videojuego esté en un constante cambio e innovación acorde a las necesidades y gustos de los usuarios.

Es así como queremos demostrar que la actual legislación nacional en materia de videojuegos sólo se ajusta o intenta replicar la normativa comparada en ciertos aspectos que es menester regular y, por tanto, las disposiciones están alejadas de la realidad práctica necesaria para dar certeza sobre los derechos de las entidades y personas que participan de la creación de los videojuegos.

En Chile, podemos visualizar que la única normativa que está dedicada al tema de videojuegos sólo responde a la regulación de la venta y arriendo de videojuegos excesivamente violentos, a los cuales se les exige exhibir una leyenda que describe el contenido violento o no del videojuego. En consideración a lo anterior, podemos enumerar una ley y un reglamento como la normativa que regula en la forma ya descrita de los videojuegos, con miras a clasificar los videojuegos en categorías de violencia, sin siquiera definir lo que se entiende por videojuego, describir su

---

<sup>55</sup> VG Chile, 2010, disponible en: <http://videogameschile.com/vgchile>

naturaleza jurídica, ni la protección jurídica del mismo.

### 3.1. Ley N° 20.756

La Ley N° 20.756 que Regula la Venta y Arriendo de Videojuegos Excesivamente Violentos a Menores de 18 años y Exige Control Parental a Consolas, publicada en el Diario Oficial el 9 de junio del año 2014.

Esta ley lo que hace principalmente es, incorporar el “*artículo 49 bis*” en la Ley N°19.496 que Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, y modificar la Ley N° 19.846, sobre Calificación de la Producción Cinematográfica.

En la primera, lo que agrega el artículo 49 bis a la ley es una norma especial sólo para fabricantes, importadores, proveedores y comerciantes de videojuegos, la cual establece la obligación de agregar una leyenda que señale claramente el nivel de violencia contenida en el producto (videojuegos) que se comercialice, además de exigir a éstos que sus consumidores deben acreditar cumplir con la edad requerida con la cédula de identidad respectiva. El artículo en su inciso tercero y cuarto agrega que la infracción a esta imposición será sancionada con una multa de 1 a 50 unidades tributarias mensuales y comiso de las especies, así como en caso de reincidencia, el juez podrá duplicar la multa señalada.

La segunda, es una ley destinada a regular la calificación de las obras cinematográficas, creando y dando competencia al Consejo de Calificación Cinematográfica para evaluar dichas obras. Es en relación con tal competencia que la Ley N° 20.756 incorpora un artículo 11 bis, señalando en dicha norma las categorías y criterios de calificación de videojuegos, los cuales son:

*"Artículo 11 bis.- La calificación de los videojuegos se hará conforme a las siguientes categorías y criterios:*

- 1.- Videojuego especialmente recomendado para niños y adolescentes: por contener material educativo y ningún elemento inapropiado para su edad.*
- 2.- Videojuego sin contenido objetable: que puede ser visto por personas de cualquier edad.*
- 3.- Videojuego no recomendado para menores de 8 años: por contener un porcentaje menor de lenguaje inapropiado, insinuaciones sexuales o violencia.*
- 4.- Videojuego no recomendado para menores de 14 años: por contener un porcentaje moderado*

*de lenguaje inapropiado, insinuaciones sexuales o violencia.*

*5.- Videojuego no recomendado para menores de 18 años: por contener un porcentaje importante de lenguaje vulgar, material sexual explícito, desnudez frecuente o importantes niveles de violencia.*

*No será necesaria la calificación señalada en el inciso anterior si los fabricantes o importadores de videojuegos observan la equivalencia con los sistemas de calificación del país de origen del videojuego que hayan sido reconocidos por resolución del Consejo de Calificación Cinematográfica.<sup>56</sup>*

Como podemos ver, la calificación define criterios en base al lenguaje, al contenido sexual, al nivel de violencia presente, y si existe material educativo o no, elementos que deben ser calificados por el Consejo de Calificación de Cinematográfica en base a la Ley N° 19.846.

El inciso segundo del artículo 11 bis acepta la calificación del país de origen de un videojuego siempre que la equivalencia sea reconocida por el Consejo de Calificación Cinematográfica mediante resolución. A modo de ejemplo, podemos señalar que en Europa existe un sistema comunitario de autorregulación, el llamado sistema PEGI<sup>57</sup> (*Pan European Game Information*) que es un mecanismo de regulación diseñado por la industria para dotar a sus productos de información orientativa sobre la edad adecuada para el consumo de ciertos videojuegos. El Sistema PEGI está integrado por dos tipos de iconos descriptores, uno relativo a la edad recomendada y otro al contenido específico del videojuego.

- ❖ Uno es el diseño de los logotipos informativos que, para hacer más fácil su interpretación, utilizan los tres colores de la seguridad vial para clasificar los videojuegos, siendo el verde el apto para todo público y el logotipo de color rojo apto para mayores de 18 años solamente.
- ❖ Además, unos sellos pictográficos que describen de cierta forma el videojuego, por ejemplo, un gráfico de drogas, violencia, discriminación, entre otros, que van acompañados a los sellos de la edad requerida.

---

<sup>56</sup> Artículo 11 bis, Ley N° 19.846.

<sup>57</sup> AEVI, Asociación Española de Videojuegos. Documentación, 2014, disponible en: <http://www.aevi.org.es/documentacion/el-codigo-pegil/>

De esta forma, el sistema PEGI genera que no existan errores de interpretación de los videojuegos que se intentan consumir, ya que queda en evidencia de forma “gráfica”, por medio de estos dos mecanismos, el contenido propio del videojuego.

Por otra parte, la Ley N° 20.756 también introduce ciertas modificaciones a algunos artículos de la Ley N° 19.846, como agregar la expresión “videojuego” o “sinopsis de videojuego” en los artículos 22 y 29, respectivamente.

### 3.2. Decreto N° 51 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo del año 2017

El Decreto N° 51 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo del año 2017 que Aprueba Reglamento que Regula el Contenido, Forma, Dimensiones y Demás Características de la Leyenda que deben Exhibir los Videojuegos, publicado en el Diario Oficial el 8 de febrero del año 2017.

Con respecto a este Decreto, el Reglamento aprobado es una consecuencia lógica de la Ley N° 20.756, pues viene a especificar y a poner en práctica lo planteado en ella. Así, se regula, en términos muy generales, la obligación que tienen los fabricantes o importadores de videojuegos de agregar una etiqueta o rotulado que contenga una leyenda que indique el contenido de violencia en el videojuego. Establece que dicha leyenda puede ser una etiqueta impresa autoadhesiva; o una faja o precinto que rodee el envase.<sup>58</sup>

Pero, el artículo 1° del Reglamento en su inciso segundo establece que esta obligación no recae sobre los comercializados a través de plataformas digitales, lo cual es completamente criticable ya que, una vez más, nos damos cuenta que la Ley N° 20.756 y su Reglamento se encuentran completamente anacrónicos a los tiempos en que ya eran discutidas en el congreso, y mucho más en la actualidad mientras se escribe la presente tesis, pues la comercialización digital ya es algo que ocurre en la mayoría de los videojuegos que se ofrecen en el mercado. Las grandes empresas desarrolladoras ya no invierten sus recursos en crear videojuegos en formato físico, sino que lo que se fomenta hoy, es la compra digital, y más, si ella viene aparejada de mensualidades que hacen a los desarrolladores de videojuegos generar más y más utilidades

---

<sup>58</sup> Artículo 3 del Decreto N° 51 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo que Aprueba Reglamento que Regula el Contenido, Forma, Dimensiones y Demás Características de la Leyenda que deben Exhibir los Videojuegos, publicado en el Diario Oficial el 8 de febrero del año 2017.

periódicas.

Por lo tanto, podemos considerar que las leyes mencionadas ya se encuentran casi obsoletas en el mismo instante en que son promulgadas y publicadas.

El Decreto establece también una serie de requisitos de forma que debe contener la leyenda, dentro de los cuales podemos mencionar que: debe estar en la cara frontal del envase, con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros; en idioma español; y con un color en la letra y fondo establecidos.

Además, el Decreto contiene cinco imágenes que describen, de forma muy práctica, cómo debe ser cada leyenda según el criterio de calificación del artículo ya citado en esta tesis, sus medidas y dimensiones.

Finalmente, el decreto delega competencia al Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) para que éste actúe como ente fiscalizador en el cumplimiento de la normativa.

De esta forma, y con todo lo anteriormente expuesto en el presente capítulo damos por finalizado el análisis de la regulación nacional que se refiere específicamente a los videojuegos.

El presente capítulo cumple, entonces, la función de dar contexto acerca de una problemática escasamente estudiada en nuestro ámbito, cual es la de los videojuegos, su concepto, sus elementos y legislación específica que se refiere a ellos.

Teniendo estos puntos ya aclarados, en el capítulo siguiente, desarrollaremos el análisis desde la perspectiva de los derechos de autor, siempre ligada a la relación entre el trabajador-creador y la empresa desarrolladora y las problemáticas específicas que ello plantea bajo la LPI.

## CAPÍTULO II

# LA TITULARIDAD DE LOS VIDEOJUEGOS CREADOS EN UNA RELACIÓN LABORAL

### 1. Autoría y Titularidad

La matriz del derecho de autor, el fundamento básico de este sistema de protección se basa en analizar y brindar una protección adecuada a las obras intelectuales y sus creadores, por el sólo hecho de haber creado una obra, cualquiera sea su forma de expresión. Para que cualquier creación humana sea considerada una obra intelectual es necesario cumplir con ciertas exigencias que la legislación nacional e internacional han desarrollado y estudiado rigurosamente.

Cuando cualquier forma de expresión, ya sea las mencionadas en el artículo 3° de la LPI o cualquier otra que no sea contemplada en este catálogo sea considerada una obra intelectual, ésta gozará de una protección jurídica, en el derecho de autor, por el sólo ministerio de la ley. Dicha protección abarca los derechos patrimoniales y derechos morales de la obra. Los primeros, corresponden a derechos patrimoniales que se le confieren al titular del derecho de autor, o quienes estuvieran autorizados expresamente por él, para utilizar directa o personalmente la obra, de transferir total o parcialmente, sus derechos sobre ella y de autorizar su utilización por terceros.<sup>59</sup> Dentro de las facultades que le son conferidas al titular encontramos tales como el derecho a la publicación, reproducción, adaptación, distribución y ejecución pública la obra.<sup>60</sup>

Por otra parte, nos encontramos con los derechos morales, también conocidos como derechos personales o extrapatrimoniales, dado que son derechos que protegen la personalidad del autor en relación con su obra. Sin duda, su característica esencial es que al ser derechos personalísimos el autor es titular exclusivo, cuyas prerrogativas pueden ser transmisibles por causa de muerte, pero no transferibles, pues nuestro legislador ha sido categórico en normar que estos derechos son inalienables y es nulo cualquier pacto en contrario<sup>61</sup>. Dichas prerrogativas

---

<sup>59</sup> Artículo 17, Ley N° 17.336.

<sup>60</sup> Artículo 18, Ley N° 17.336.

<sup>61</sup> Artículo 16, Ley N° 17.336.

corresponden al derecho a revindicar la paternidad de la obra, a la integridad de la obra, a mantenerla inédita, entre otros.<sup>62</sup>

Por lo tanto, lo importante es saber ahora ¿A quién le confiere la ley de estos derechos? O, dicho de otra manera, ¿quién es el titular de estos derechos?

Para nuestra investigación, la importancia de estas interrogantes se fundamenta en determinar a quién (o a quiénes) la LPI confiere los derechos patrimoniales y morales que conforman la protección jurídica sobre un videojuego.

### 1.1. El Titular Originario

La doctrina nos señala que el titular originario de la propiedad intelectual “*es aquel sujeto cuyo derecho surge en éste directamente y de forma autónoma*”<sup>63</sup>. Por otra parte, la LPI nos señala que “*Es titular original del derecho el autor de la obra*”<sup>64</sup>, estableciendo como regla general que el autor es el titular original del derecho.

Sin embargo, la ley no nos señala lo que se entiende por “autor”. Esta ausencia de definición legal ha sido complementada por la doctrina, para quien este concepto refiere a la persona natural creadora de la obra. Así, existirían varios elementos que llevarían a excluir a la persona jurídica de la noción de “autor”. Para Elisa Walker, el fundamento se encuentra, en primer lugar, en la tradición jurídica a la que pertenece la regulación chilena, que resalta la vinculación de la persona con su obra como proyección de personalidad, por lo que señala una vinculación “emocional” que sólo puede existir entre persona natural y la obra. En segundo lugar, considera que nuestro ordenamiento se diferencia de la tradición anglosajona, ya que ésta extiende la noción de autor a las personas jurídicas, como no lo hace la tradición continental. En tercer lugar, la duración de los derechos patrimoniales se define sobre la base del fallecimiento del autor, hecho jurídico que es inaplicable a las personas jurídicas.

Por otra parte, si bien en el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas no define explícitamente lo que se entiende por autor, la Organización Mundial de la Propiedad

---

<sup>62</sup> Artículo 14, Ley N° 17.336.

<sup>63</sup> WALKER E. Elisa (2004). “*Manual de Propiedad Intelectual*”. Santiago: Ed. Thomson Reuters, p. 103.

<sup>64</sup> Artículo 7, Ley N° 17.336.

Intelectual (OMPI) en su Glosario lo define como: “*Es la persona que crea una obra*”<sup>65</sup>. En este caso, nuevamente, queda la posibilidad de interpretar el concepto de “persona” como uno amplio o considerarlo sólo como persona natural.

Es por todo lo anterior que consideramos que, para la legislación nacional, que cada vez que la ley haga referencia al autor, éste se deberá entenderse como persona natural, salvo en los casos excepcionales en que la ley hace referencia a personas jurídicas.

Ahora, en atención a la regla general de la titularidad originaria que ya hemos señalado, es necesario reconocer las excepciones a esta titularidad consagradas en la LPI, las que dan fundamento a esta problematización planteada en el Capítulo I de esta tesis.

#### 1.1.1. Excepciones a la Titularidad del Derecho de Autor

La ley contempla ciertos casos en que el titular originario no es el autor de la obra sino otra persona, incluso llegando a reconocer como titular a una persona jurídica. Elisa Walker nos señala que “*Lo relevante es que en cada una de dichas hipótesis se aplica el criterio de adquisición originaria, es decir que el derecho de autor se une al titular directamente y de un modo autónomo*”<sup>66</sup>, lo que debe ser estudiado y discutido en cada caso particular.

A continuación, enunciaremos algunas de las excepciones, las que consideramos más relevantes para el objeto de estudio de nuestra tesis.

##### a) Obra Cinematográfica

Esta primera obra intelectual constituye una excepción a la regla general de autoría ya que el legislador le entrega la titularidad de la obra al “Productor” de esta. Así lo señala el artículo 25 de la LPI: “*El derecho de autor de una obra cinematográfica corresponde a su productor.*” Nuestro legislador define al productor<sup>67</sup> y también nos señala que se considerarán autores a todas las personas naturales que realicen la creación intelectual, y que se presumen coautores de la obra

---

<sup>65</sup> Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): “*Glosario de Derechos de Autor y Derechos Conexos*”. Ginebra 1980, pp. 17.

<sup>66</sup> WALKER E. Elisa (2004). “*Manual de Propiedad Intelectual*”. Santiago: Ed. Thomson Reuters, p. 104.

<sup>67</sup> Artículo 26, Ley N° 17.336, “*Es productor de una obra cinematográfica la persona, natural, o jurídica, que toma la iniciativa y la responsabilidad de realizarla.*”

cinematográfica, a los autores del argumento, de la escenificación, de la adaptación, del guión y de la música especialmente compuesta para la obra, así como su director. <sup>68</sup>

Pero para que quede absolutamente claro, nuestro legislador ha establecido en el artículo 29 inciso primero de la LPI, lo siguiente:

*“El contrato entre los autores de la obra cinematográfica y el productor importa la cesión en favor de éste de todos los derechos sobre aquélla, y lo faculta para proyectarla en público, presentarla por televisión, reproducirla en copias, arrendarla y transferirla, sin perjuicio de los derechos que esta ley reconoce a los autores de las obras utilizadas y demás colaboradores.”*

De esta forma, la titularidad de los derechos patrimoniales es conferida al productor de la obra cinematográfica por medio de una cesión legal.

La importancia de esta excepción, en lo que nos interesa, es que se relaciona con la actividad que realiza una empresa desarrolladora de videojuegos. Precisamente, pues organizan y toman la responsabilidad de la actividad creadoras sus trabajadores, siendo así una especie de “productor” del videojuego. Volveremos luego en detalle sobre este punto.

#### b) Obras Colectivas

Las obras colectivas también representan una excepción, pues nuestro legislador al momento de definir lo que se entiende por ellas, automáticamente establece la excepción de titularidad en su misma definición. Así, por obra colectiva se entiende:

*“c) Obra Colectiva: la que sea producida por un grupo de autores, por iniciativa y bajo la orientación de una persona natural o jurídica que la coordine, divulgue y publique bajo su nombre;”<sup>69</sup>.*

De esta forma será el titular de los derechos patrimoniales la persona (natural o jurídica), que coordine dicha obra. Distinta es la obra en colaboración, cuya definición legal es:

---

<sup>68</sup> Artículo 27, Ley N° 17.336.

<sup>69</sup> Artículo 5, letra c), Ley N° 17.336.

*“b) Obra en colaboración: la que sea producida, conjuntamente, por dos o más personas naturales cuyos aportes no puedan ser separados”<sup>70</sup>.*

En este segundo tipo de creación no existe realmente una confusión de los aportes, y cada uno trabaja por iniciativa y orientación propia, pero en pos de un trabajo conjunto.

Ahora, la complejidad de las obras colectivas se origina en el marco de una relación laboral ya que en ésta existen obras de varios autores, y esto se debe a que *“... el trabajador las más de las veces está inserto en una unidad productiva o empresa”<sup>71</sup>*, empresa que está actuando por iniciativa propia y orientando el trabajo de sus trabajadores. En palabras de Caterina Guidi, lo que sucede en esta situación es que *“... cambia la titularidad sobre los derechos... de los autores-trabajadores sobre sus creaciones conjuntas, radicándose en el patrimonio de las persona natural o jurídica que orientó sus esfuerzos en tal sentido”<sup>72</sup>*, pues lo que sucede en las obras colectivas es que no se reflejan las directrices del derecho de autor. A este respecto, el profesor Schuster señala que *“Es en las obras colectivas, donde el autor sucumbe ante la acumulación de esfuerzos creativos que no pueden ser identificados.”<sup>73</sup>*, pues para éste la obra colectiva es *“en sí misma una derrota del autor, y el abuso de la obra colectiva como forma de ocultamiento de la identidad del autor, es efectivamente una amenaza al concepto de autor, titular originario de derechos sobre su obra”<sup>74</sup>*.

Por lo tanto, la dificultad de titularidad de obras intelectuales en una obra colectiva es una problemática en sí misma. Volveremos también sobre esta problemática.

### c) Programas Computacionales

Finalmente, la última excepción a la titularidad del autor que nos interesa es la de los programas computacionales o *software*. Como ya desarrollamos en el capítulo anterior, estas creaciones son una parte muy importante de los videojuegos, por lo que entender las reglas de titularidad de

---

<sup>70</sup> Artículo 5, letra b), Ley N° 17.336.

<sup>71</sup> GUIDI M. Caterina. “Principio de la Titularidad Autoral Laboral. Obras Creadas en Relación de Dependencia”. *Revista de Derecho de la Empresa*. Octubre-Diciembre, 2008, p. 145.

<sup>72</sup> GUIDI M. Caterina. “Principio de la Titularidad Autoral Laboral. Obras Creadas en Relación de Dependencia”. *Revista de Derecho de la Empresa*. Octubre-Diciembre, 2008, p. 146.

<sup>73</sup> SCHUSTER V, Santiago. “Derechos de autor en las relaciones laborales y su vínculo con el tratado de libre comercio entre Chile y Estados Unidos”. *Estudio de Derecho y Propiedad Intelectual*. Colección de Trabajos en Homenaje a Arturo Alessandri Besa. Abril 2011, p. 32.

<sup>74</sup> Ibidem.

ellas nos acerca considerablemente a entender lo que sucede en una relación laboral entre la empresa creadora de videojuegos y sus trabajadores creativos.

El artículo 5, inciso primero, letra t) de la LPI define a los programas computacionales como un:

*“[...]conjunto de instrucciones para ser usadas directa o indirectamente en un computador a fin de efectuar u obtener un determinado proceso o resultado, contenidas en un cassette, diskette, cinta magnética u otro soporte material.”*

Nuestro legislador contempla dos reglas sobre la titularidad de estas obras. Primero, el **artículo 8 inciso segundo de la LPI**, dispone 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.”*

Al igual como ya lo hemos evidenciado en las demás excepciones estudiadas, para este caso la LPI es expresa en mencionar que podrán ser titulares tanto personas naturales como jurídicas. Pero, a diferencia de las demás, Schuster nos señala algo particular de la norma, al concluir que:

*“[...] en los programas computacionales el legislador establece la titularidad sólo como una presunción, ya que admite estipulación escrita en contrario, la que puede manifestarse en el contrato o en documento separado...”<sup>75</sup>*

En cambio, para Caterina Guidi, el *Principio de la Titularidad Autoral Laboral* tiene excepciones, que son justamente algunas como las ya estudiadas, que en ellas no se produce una presunción, sino más bien existe una titularidad originaria por parte del empleador<sup>76</sup>.

Por otra parte, para Elisa Walker es interesante contrastar la norma con su símil de la legislación española, estimando que *“La regulación española tiene una disposición similar a la chilena, pero*

---

<sup>75</sup> SCHUSTER V. Santiago. *“Derechos de autor en las relaciones laborales y su vínculo con el tratado de libre comercio entre Chile y Estados Unidos”*. Estudio de Derecho y Propiedad Intelectual. Colección de Trabajos en Homenaje a Arturo Alessandri Besa. Abril 2011, p. 376.

<sup>76</sup> GUIDI M. Caterina. *“Principio de la Titularidad Autoral Laboral. Obras Creadas en Relación de Dependencia”*. *Revista de Derecho de la Empresa*. Octubre-Diciembre, 2008, p. 130.

*aclara que esta regla solo es aplicable a los derechos patrimoniales, por lo que el autor (persona natural) del programa computacional sigue siendo titular de los derechos morales que se genera.”<sup>77</sup>*

Pero, a juicio de la citada autora, si bien la regulación chilena no hace la distinción, es posible concluir que los efectos de esta hipótesis de dependencia sólo se aplican a los derechos patrimoniales, ya que nuestra legislación establece como intransferibles los derechos morales.

En respuesta a esta interpretación, Schuster propicia entender que, las obras colectivas y las obras computacionales establecidas como normas de excepción, debemos entenderlas como una presunción de titularidad, pues cualquier otra interpretación que consista en darle la calidad de titular originario es una “forma torcida” de aplicación de la ley.<sup>78</sup>

A nuestro parecer, si bien la tesis planteada por Walker es la más acorde y cercana a la legislación, no es menos cierto que la norma claramente no distingue según el tipo de derechos, pero ¿Será necesario que se haga la distinción expresa o simplemente basta con la interpretación dada? Para los efectos de esta tesis, diremos simplemente que ya sea por presunción, cesión legal o titularidad originaria de los derechos de autor sobre la obra, serán siempre entendidos estos derechos como, sólo y exclusivamente, los derechos patrimoniales expresados el párrafo I del Capítulo V de la LPI.<sup>79</sup>

La segunda regla excepcional de titularidad está consagrada en el **artículo 8 inciso tercero de la LPI**, la cual dice:

*“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.”*

Este caso es un claro ejemplo de la realización de obra por encargo y que, si bien la ley no distingue entre persona natural o jurídica, es extensible la interpretación a que el “tercero” pueda ser ambas personas.

---

<sup>77</sup> WALKER E. Elisa (2004). “*Manual de Propiedad Intelectual*”. Santiago: Ed. Thomson Reuters, p. 104 y105.

<sup>78</sup> SCHUSTER V, Santiago. “*Regulación de los Programas de Computación en el Orden Jurídico Interno e Internacional*”. Documentos del Curso de Propiedad Intelectual a la Sociedad Chilena de Derechos de Autor, 2001.

<sup>79</sup> Sin perjuicio a lo ya mencionado, la discusión sobre la cesión y/o transferencia de derechos morales sobre las obras intelectuales creadas por autor son un tema que escapa de la presente tesis, pero serán nuevamente mencionados en los capítulos siguientes.

Debemos volver a mencionar que esta segunda excepción dentro de los programas computacionales no es objeto de estudio de la presente tesis, pues ésta se basa en dar una respuesta a la transferencia de derechos en el marco de una relación laboral. Por ende, no nos referiremos a aquellas obras creadas extramuros de una relación laboral

## 1.2. El Titular Secundario

Luego de comprender y analizar la titularidad originaria, debemos mencionar lo que se entiende por la titularidad secundaria. Esta es la segunda categoría de titularidad en el derecho de autor, en donde el legislador la ha definido en el mismo artículo 7° de la LPI (como: “*Es titular secundario del derecho el que la adquiera del autor a cualquier título.*”

Esta noción consiste en una adquisición derivativa que, para la doctrina, consiste “...*en aquellos casos en que la procedencia de un derecho deriva de la relación con otro sujeto.*”<sup>80</sup> Por lo tanto, lo que evidentemente tenemos en este caso es una forma de transferir o transmitir el derecho de autor.

Bajo esta premisa, es perfectamente entendible entender que los derechos de autor pueden ser transferidos y transmitidos. De hecho, según los principios generales del derecho civil, como la libre circulación de los bienes, cualquier derecho puede ser transferido y transmitido, a menos que la ley lo prohíba. Pero, cuando hablamos del derecho de autor, existen ciertas limitaciones que establece la LPI, tanto en formar y fondo en la transferencia de derechos patrimoniales, como la prohibición y restricción de transferencia y transmisión, respectivamente, de los derechos morales.

### 1.2.1. Titular Secundario de Derechos Morales

Nuestro ordenamiento es categórico al momento de expresar la prohibición de transferencia de derechos morales sobre una obra intelectual.

De esta forma, la primera regla sobre esta materia dice relación con la intransferibilidad de los

---

<sup>80</sup> WALKER E. Elisa (2004). “*Manual de Propiedad Intelectual*”. Santiago: Ed. Thomson Reuters, p. 116.

derechos morales se encuentra dada por el artículo 16 de la LPI, que señala que los derechos morales “[...] son *inalienables y es nulo cualquier pacto en contrario*”<sup>81</sup>. Lo que significa que ninguno de los derechos morales enumerados en el artículo 14 de la LPI pueden ser objeto de alguna convención que lleve explícito o implícitamente su transferencia, pues se ha entendido por la doctrina que éstos están íntimamente ligados a la persona del autor<sup>82</sup>. Así también lo ha regulado el derecho comparado en general, sin perjuicio de las regalías especiales que establece el *copyright* en esta materia.

En segundo lugar, las restricciones vienen dadas por la transmisibilidad de los derechos morales. Como éstos son derechos de carácter perpetuos, evidentemente deberán ser transmitidos, pero la LPI restringe a las personas que pueden heredar por causa de muerte estos derechos.

Así, nuestro legislador en el artículo 15 de la LPI establece que: “*El derecho moral es transmisible por causa de muerte al cónyuge sobreviviente y a los sucesores abintestato del autor.*”

De esta manera, existe la posibilidad de que una persona, distinta al autor, sea titular secundario de los derechos morales, pero sólo los expresamente designado por ley. Además, lo que hace el legislador es impedir que el autor pueda designar como herederos a otras personas que no sea las consideradas como sus sucesores forzados, viendo su libertad de transmisión de derechos morales sumamente coartada.

Una cuestión interesante sobre este punto es que nuestro legislador no mencionó nada al respecto de la posibilidad de transmisión a personas jurídicas, cuestión que sí ocurre en España. De hecho, en el derecho comparado español, se da la posibilidad que las personas jurídicas puedan concebir ciertos derechos patrimoniales en pos del autor. Lo que busca la norma es regular la posibilidad de que las personas jurídicas puedan hacer valer los derechos del autor sobre el reconocimiento, la integridad de la obra, y respetar la decisión de si decidir divulgar o no, y la formar de hacerlo. Así lo deja expresado el artículo 15 del Decreto Real Legislativo 1/1996 del 12 de abril sobre la Ley de Propiedad Intelectual española (o el TRLPI).

Por lo tanto, respecto de los derechos morales, el legislador impide su transferencia por actos *inter vivos* e incluso restringe la transmisibilidad por causa de muerte.

---

<sup>81</sup> Artículo 16, Ley N° 17.336.

<sup>82</sup> WALKER E. Elisa (2004). “*Manual de Propiedad Intelectual*”. Santiago: Ed. Thomson Reuters, p. 117.

### 1.2.2. Titular Secundario de Derechos Patrimoniales.

Como ya hemos mencionado al inicio del presente capítulo, el sujeto del derecho de autor puede ser titular originario, en cuyo caso, la regla general es que sea el autor, o secundario de la obra intelectual, adquiriéndola del autor por cualquier título.

Al ser titular de la obra intelectual, éste puede realizar las siguientes facultades que confiere el derecho patrimonial, expresadas el artículo 17 de LPI, las cuales son:

- 1.- Utilizar directa y personalmente la obra;
- 2.- Transferir, total o parcialmente, los derechos sobre la obra;
- 3.- Autorizar la utilización de la obra por terceros.<sup>83</sup>

Estas facultades son conferidas por el derecho patrimonial del derecho autor al titular de la obra. Como ya mencionamos, éste puede ser originario o secundario, en cualquier caso, no existe distinción alguna para su ejercicio.

Ahora, desde el punto de vista de la presente tesis, evaluaremos la titularidad de los derechos patrimoniales desde el autor creador o desarrollador de un videojuego.

La primera facultad del titular sería la utilización directa y personal de la obra, por lo que, un autor intelectual que busca crear o desarrollar un videojuego se vería muy interesado en usar la obra para él mismo, o sea, en explotarla comercialmente por sí mismo, suponiendo que sea capaz que generar un videojuego por sí solo. Ahora, si este autor se encuentra en una empresa desarrolladora de videojuegos, la utilización directa de la obra tampoco satisface el interés común, que es la creación del videojuego. Ya sea un autor creador-desarrollador del programa computacional, de la obra audiovisual, u otras, cada una de estas creaciones no serían una obra por sí sola, que pueda ser utilizada o explotada por sí misma.

Por lo tanto, este autor, inmerso en una empresa desarrolladora de un video juego sólo le quedan dos alternativas: transferir, total o parcialmente su obra; o autorizar la utilización de esta.

---

<sup>83</sup> Artículo 17, Ley N° 17.336.

#### a) Transferencia de Derechos Patrimoniales

La transferencia de derechos patrimoniales se encuentra sometida a ciertas formalidades que contempla la LPI y el Decreto Supremo N° 277 del Ministerio de Educación del año 2013, que aprueba el Reglamento de la LPI, en adelante el “Reglamento”.

Como hemos señalado, el titular secundario será el que lo adquiera del autor a cualquier título, o sea, será un tercero con derecho a la utilización de la obra (parcial o total) siempre y cuando se acredite dicha transferencia en un título. El concepto de título sólo puede ser estudiado y entendido en base a las normas civiles de nuestro ordenamiento jurídico. Por lo tanto, podemos entender como título, en base a la doctrina civil, como todo aquel que justifique la titularidad del derecho. Así, puedo tener un justo título en base al artículo 703 del Código Civil, que puede ser constitutivo o traslativo de dominio.

Los derechos patrimoniales al ser cosas incorporales y tener una naturaleza de derechos personales, sobre éstos sólo se puede tener una “*especie de propiedad*” como lo señala el artículo 583 del Código Civil, por lo que no son aplicables todos los modos de adquirir y, por tanto, los títulos constitutivos como la ocupación, accesión y prescripción, no responden a clasificarlos como justos títulos.

Por lo tanto, siguiendo con la argumentación, podemos adquirir derechos patrimoniales con justos títulos traslativos de dominio como la venta, la permuta, la donación, u otras. De esta forma podemos mencionar que la cesión de derechos patrimoniales de una obra intelectual puede ser realizada por estos títulos traslativos.

Ahora, este título en cual consta la transferencia de derechos patrimoniales debe someterse a ciertos requisitos de forma que establece la LPI en su artículo 73 inciso primero:

*“Artículo 73.- 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.”*

De esta manera damos cuenta de que la transferencia de derechos debe realizar cumpliendo

dos requisitos que serán mencionados en el orden que sigue la idea de este acápite.

Primero, la transferencia debe constar en un título (de los anteriormente mencionados) que conste en instrumento público o instrumento privado autorizado ante notario. Esta solemnidad, entendiendo por solemnes aquellos que están sujetos a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil<sup>84</sup>, tiene por objeto dar publicidad al acto, por escritura pública, y/o darle fecha cierta al acto y acreditar la concurrencia de comparecientes ante un ministro de fe, como lo es la presencia del notario. Ahora, este primer requisito se relaciona y complementa de mejor manera con la primero exigido en la norma.

Segundo, la transferencia deberá inscribirse en el Registro del Departamento de Derechos Intelectuales según las reglas del párrafo segundo del Reglamento, dentro del plazo de 60 días constados desde la fecha de celebración del acto o contrato. Por lo tanto, al ser escritura pública o contrato privado autorizado ante notaría, se le dará fecha cierta para que comience el plazo de inscripción en el registro.

Por lo tanto, al aterrizar la normativa, el autor de obras intelectuales puede y debe realizar la transferencia de sus derechos patrimoniales cumpliendo estos dos requisitos de forma para hacer efectiva la transferencia o cesión de derechos de forma legítima.

#### b) Autorización de Uso o Ejercicio de Derechos Patrimoniales

Por otro lado, tenemos la autorización de utilización de la obra, la cual también podría ser total o parcial, en virtud de las formas en que puede ser explotada o utilizada la obra en sus derechos patrimoniales. De hecho, así lo establece el artículo 18 de la LPI al señalar en su inciso primero que: *“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:”* O sea, ya sea el titular (originario o secundario) o el tercero autorizado, podrá hacer uso de las formas de ejercicio de los derechos patrimoniales establecidos en el artículo 18 de LPI.

Como ya vimos, el titular secundario podrá utilizar la obra según el artículo 18 de la LPI siempre y cuando acredite un título. En cambio, el tercero autorizado a la utilización de la obra deberá

---

<sup>84</sup> Artículo 1443 del Código Civil.

responder acreditando la autorización del mismo autor. Así lo manifiesta el artículo 19, inciso primero, de la LPI al señalar:

*“Artículo 19.- Nadie podrá utilizar públicamente una obra del dominio privado sin haber obtenido la autorización expresa del titular del derecho de autor.”*

Por lo tanto, siempre y cuando conste de forma expresa la autorización del autor de la obra, un tercero podrá utilizarla y explotarla como lo haría el autor. Éste último tiene pleno derecho a autorizar a la persona que estime conveniente a utilizar su obra. No existe impedimento o restricción en LPI respecto a la persona o tercero autorizado.

Nuestro ordenamiento define lo que entiende por “autorización”, así el artículo 20 inciso primero de la LPI lo define como:

*“Artículo 20.- 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.”*

Como vemos, la definición de autorización que establece la ley es bien amplia, pues entiende que puede realizarse bajo cualquier forma contractual y no cierra la posibilidad de que ésta sea necesariamente pecuniaria o gratuita.

Cuando hablamos de una autorización que conlleva una contraprestación pecuniaria hablamos de “Licencia”, cuyo concepto no se encuentra definido en la LPI, pero sí en el Glosario de la OMPI, la cual lo defino como: *“...la autorización (permiso) concedida por el autor u otro titular del derecho de autor (licenciante) al usuario de la obra (licenciario) para utilizar esta en una forma determinada y de conformidad con unas condiciones convenidas entre ambos en el contrato pertinente (acuerdo de licencia).”*<sup>85</sup> Así también lo entendido la jurisprudencia nacional.<sup>86</sup>

Ahora, la LPI no quedó solamente en la definición, sino que ésta viene a regular las condiciones mínimas en las que debe precisar la autorización, dentro de las cuales debe expresar los

---

<sup>85</sup> WIPO Glossary of terms of the law of Copyright and neighboring rights [Fecha de consulta 5 de diciembre de 2021] Disponible en: [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo\\_pub\\_816.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_816.pdf)

<sup>86</sup> Rol: 44.948-2019, 28.01.2018, CS, caratulada “Octavio Gómez Fuentes con Empresa Nacional de Minería,” extraída de: <https://wipolex.wipo.int/es/text/1175>

derechos concedidos a la persona autorizada, señalando un plazo de duración, la remuneración, la cual no podrá ser inferior al porcentaje que señala el Reglamento, y 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.

Desde el punto de vista práctico y probatorio, esta autorización no puede realizarse si no en un acto que regule y fije estas condiciones mínimas que son requeridas por la ley. Así, la doctrina establece que dicho acto o contrato tiene las siguientes características como: consensual; bilateral; principal; innominado; de tracto sucesivo, *intuitu personae*; gratuito u oneroso, entre otras.<sup>87</sup>

Por lo tanto, los derechos expresados en la autorización (contrato) no serán más derechos que los reconocidos y condicionados en la debida autorización, salvo los inherentes a la misma autorización según su naturaleza. Así lo señala el inciso final del artículo 20 de la LPI.

## **2. Obras Creadas Bajo una Relación Laboral**

Para continuar con el desarrollo de nuestra tesis es necesario que identifiquemos y entendamos los dos puntos principales que se estudiarán en esta sección. En la primera parte del presente capítulo, analizamos en general el concepto de autoría y de titularidad de las obras intelectuales, así como las excepciones que resultan de interés para nuestra investigación. Ahora, en una segunda parte, debemos continuar por comprender cuándo nos encontramos en una relación laboral y la particularidad de los videojuegos creados en el marco de una.

### **2.1. La Relación Laboral**

Para la rama del derecho laboral, es el “trabajo” el elemento común de toda relación laboral. Existen muchas definiciones de ésta, pero para efectos de comenzar con una que nos lleve rápidamente a entender la relación laboral, podemos mencionar que el “trabajo” del cual es estudio el área jurídica mencionada será “...*el realizado voluntariamente en utilidad de un tercero*”

---

<sup>87</sup> BRAVO, S. Daniel, (2005). “Aproximación a la Validez y Obligatoriedad de las licencias de software libre ante el Derecho Chileno. v. 0.21, febrero de 2005. p. 21.

*para obtener de éste un bien a cambio.*<sup>88</sup> Por lo tanto, tenemos por una parte a una persona que aporta con su trabajo en beneficio de otra, o sea el trabajador, y quién a cambio lo compensará por dicho beneficio, el empleador.

De esta forma, es que nos encontramos con dos personalidades en una relación laboral. Nuestro legislador ha definido cada uno de los conceptos propios del derecho laboral, por lo que el Código del Trabajo define en su artículo 3° letra a): al Empleador como *“la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo.”* Así también, define en su artículo 3° letra b) al Trabajador como *“toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo.”* (Lo subrayado es nuestro)

Se hace hincapié en las oraciones subrayadas ya que serán precisamente los servicios intelectuales los que mayormente serán prestados por los trabajadores en la creación o desarrollo de un videojuego. De acuerdo con estas mismas definiciones es que podemos identificar dos tipos de trabajos, los materiales y los intelectuales. Por su parte, *“El trabajo intelectual se define por la utilización de símbolos o signos de los cuales el más característico es el lenguaje oral o escrito [...]. Como el manual, el trabajo intelectual puede hacer uso de herramientas o máquinas. En cambio, en el manual el hombre puede estar en contacto directo con la materia o interponer entre sí y ésta otro objeto material, por lo general fruto de un trabajo previo, suyo o de otros, un útil, herramienta o instrumento.”*<sup>89</sup>

Estos conceptos son fundamentales para dar entendimiento a una relación laboral. Pero, no podemos hablar de relación laboral si no hemos hablado del contrato de trabajo, figura jurídica que da fundamento a esta relación laboral. El contrato de trabajo como convención jurídica provoca que *“...la voluntariedad social se torna consentimiento contractual, el trabajador para otro se transforma en trabajar por cuenta y bajo dependencia ajenas, el puro interés en obtener un bien a cambio del trabajo pasa a ser derecho a la prestación retributiva.”*<sup>90</sup> Sin duda, lo que genera el contrato de trabajo es un cambio radical en las relaciones laborales.

Nuestro legislador ha definido el contrato individual de trabajo en el artículo 7° del Código del

---

<sup>88</sup> MONTOYA M. Alfredo (1978). *“Derecho y Trabajo”*. Madrid. Ed: Civitas, S.A. p. 21.

<sup>89</sup> RODRÍGUEZ H. José, ÁLVAREZ C. Henar (2004). *“La Siempre Conflictiva Relación Laboral del Trabajador Intelectual y un Apunte Específico para el Creador de Software”*. León, España: Ed. Universidad de León. p. 29.

<sup>90</sup> MONTOYA M. Alfredo (1978). *“Derecho y Trabajo”*. Madrid. Ed: Civitas, S.A. p. 22.

Trabajo, del cual se pueden extraer tres elementos esenciales de éste- Para la autora Irene Rojas, el contrato de trabajo tiene los siguientes elementos esenciales: la prestación de servicios; la remuneración; y el vínculo de subordinación y dependencia.<sup>91</sup>

De estos elementos esenciales, la autora define la prestación del servicio como: “*Es la actividad laboral a la cual se compromete a realizar el trabajador.*”<sup>92</sup>, y el Código del Trabajo en su artículo 41 define remuneración como: “*Se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo.*”

Por lo tanto, para que un contrato de trabajo sea considerado tal, debe contar con ciertos requisitos y características propias como lo son estos dos elementos esenciales.

El tercer elemento esencial de todo contrato de trabajo es el vínculo de subordinación y dependencia, que es el elemento que tipifica el contrato de trabajo y lo diferencia de otros contratos del ordenamiento jurídico, de hecho, la autora es más categórica a la orden de expresar el elemento clave de un contrato de trabajo. Irene Rojas señala: “*La calificación de una relación laboral dependiente o subordinada define la aplicación del derecho del trabajo, y con ello de las normas que protegen al trabajador.*”, haciendo de este elemento el requisito por antonomasia para fundamentar y aplicar el derecho del trabajo por sobre otra categoría jurídica.

El concepto de subordinación y dependencia no ha sido definido por legislador por lo que no es un concepto uniforme e inequívoco, de hecho, el concepto ha sido objeto de variadas discusiones.

Para la autora el concepto debe ser entendido por dos dimensiones: “*Primera, como vínculo de sujeción por parte del trabajador y, correlativamente, de mando por parte de quien ejerce la dirección en la empresa, es decir el empleador. Segunda, como inserción del trabajador en la entidad que es la empresa y sujeción, por tanto, del trabajador a la organización y dirección de esta.*”<sup>93</sup> Por lo tanto, lo que hace la autora es delimitar en concepto en dos, para de ahí nutrirlo

---

<sup>91</sup> ROJAS M. Irene (2015). “*Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo*”. Santiago, Chile. Legal Publishing Chile. p. 9.

<sup>92</sup> Ibidem.

<sup>93</sup> ROJAS M. Irene (2015). “*Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo*”. Santiago, Chile. Legal Publishing Chile. p. 12

de contenido, pues qué es lo que se entenderá por “sujeción por parte del trabajador”. Desde el punto de vista del empleador, la sujeción se manifiesta como la potestad de dirigir la actividad laboral del trabajador, llámese: dirección, fiscalización, organización y disciplina. Mientras que para el trabajador se manifiesta en la limitación de su autonomía en la prestación del servicio.<sup>94</sup>

Para el autor William Thayer la jurisprudencia nacional se enfoca en los: “[...] *dos aspectos más importantes del poder de mando o de dirección del empleador: a) a su facultad de impartir instrucciones al trabajador; b) a su facultad de organizar y dirigir el trabajo, lo que supone, como necesaria consecuencia, la fijación del horario, ordenes internas, fiscalización etc.*”<sup>95</sup> Lo que sería la subordinación del trabajador al poder de mando del empleador.

Por lo tanto, es el vínculo de subordinación y dependencia, característica esencial para hablar de un contrato de trabajo, el elemento crucial para entender cualquier relación contractual entre un autor inmerso en una empresa desarrolladora.

Ahora, si existiera una relación laboral no formal que cuente con las características que menciona el legislador en el artículo 7°, que no son más que los elementos esenciales ya mencionados, automáticamente estamos en presencia de un contrato de trabajo. Así, lo hace ver en el artículo 8° inciso primero del Código del Trabajo, el cual señala: “*Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo.*”, por lo que estamos en presencia de una presunción legal de laboralidad.

Por lo tanto, el tema que será tratado en esta tesis será siempre desde el punto de vista de una relación laboral bajo subordinación y dependencia, por tanto, hablaremos siempre de un trabajador asalariado, con contrato de trabajo, dejando fuera a los trabajadores con contratos de prestación de servicios, como ya lo hemos mencionado.

Para mayor abundamiento en el tema, desde la doctrina española tomo las palabras de Alfredo Montoya respecto al contrato de trabajo, el cual relaciona dos nociones muy importantes y de gran relevancia para éste, así como también tienen una profunda injerencia en el tema de nuestra investigación.

---

<sup>94</sup> ROJAS M. Irene (2015). “*Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo*”. Santiago, Chile. Legal Publishing Chile. p. 13

<sup>95</sup> THAYER A. William y NOVOA F (1989) “*Manual de Derecho del Trabajo, Tomo I*”. Santiago. Editorial Jurídica. p. 41

Montoya nos plantea que las nociones de trabajo dependiente y trabajo por cuenta ajena no son incompatibles ni excluyentes, como la doctrina así lo hace. Éste hace la división en dos temas, los cuales pasaré a exponer y a vincular su teoría con el objeto de nuestra tesis.

### 2.1.1. El Contrato de Trabajo como Mecanismo de Atribución de la Utilidad Patrimonial

En esta parte nos referiremos brevemente a un tema que tiene particular relación con la presente investigación. Montoya sobre este punto, caracteriza el concepto de trabajo por cuenta ajena como:

*“Negocio jurídico bilateral de cambio, en virtud del cual una persona (trabajador) procede voluntariamente a la atribución de la utilidad patrimonial de su trabajo personal (intuitu personae) a otra persona (empresario) percibiendo por ello una remuneración.”<sup>96</sup>*

Lo fundamental del concepto que acabamos de señalar es que queda reflejado que esta utilidad patrimonial del servicio u obra realizados por el trabajador no pertenece a éste en ningún momento, *“El trabajador resulta así siempre un extraño o ajeno a la utilidad de su propio trabajo.”<sup>97</sup>* De esta forma es como para el Derecho nace el concepto de “ajenidad”.

Montoya trata este tema con la siguiente pregunta: ¿En qué consiste la peculiaridad del actuar por cuenta ajena en el contexto del contrato de trabajo? Cuya respuesta es entregada por la ciencia del Derecho del Trabajo por medio de tres soluciones.

La primera solución, explica que trabajar por cuenta ajena significa trabajar sin disponer ni ordenar el trabajo propio<sup>98</sup>. Una segunda solución o interpretación está dada por la “ajenidad en los riesgos”, la cual tiene una vertiente económica pensada en la ajenidad del trabajador frente a los riesgos de la empresa, y una vertiente jurídica en la cual el trabajador es ajeno a los riesgos de pérdida del salario cuando el trabajo resulte de imposible ejecución<sup>99</sup>. Finalmente, una tercera solución, la cual Alfredo Montoya reconoce como la más satisfactoria, es la tesis de la ajenidad en los frutos del trabajo, tesis que es muy reconocida por la doctrina laboral y en el derecho en

---

<sup>96</sup> MONTOYA M. Alfredo (1978). *“Derecho y Trabajo”*. Madrid. Ed: Civitas, S.A. p. 23.

<sup>97</sup> Ibidem.

<sup>98</sup> MONTOYA M. Alfredo (1978). *“Derecho y Trabajo”*. Madrid. Ed: Civitas, S.A. p 24 y25.

<sup>99</sup> MONTOYA M. Alfredo (1978). *“Derecho y Trabajo”*. Madrid. Ed: Civitas, S.A. p. 25.

general. Dicha tesis nos señala que “...*la nota esencial del trabajo objeto del Derecho de Trabajo es la traslación originaria y automática de los frutos del trabajo al patrimonio del empresario.*”<sup>100</sup> Otra parte de la doctrina laboral española la define como “[...] *doctrina de la ajenidad en los frutos del propio trabajo, consiste en entender que hay ajenidad cuando se da traslación inicial de la titularidad de los frutos del trabajo.*”<sup>101</sup>

Entender la doctrina planteada es fundamental para el objeto de nuestra tesis. Dicha teoría se basa en señalar que, al momento de estar en una relación laboral, existe una traslación originaria y automática de los frutos del trabajador hacia el empleador, una transferencia de titularidad que no es derivativa ni secundaria, como ya lo hemos estudiado, sino que se da al momento de la creación del trabajo (como fruto), adquiriéndola de forma originaria el empleador, por el sólo hecho de que el trabajador atribuye voluntariamente la utilidad patrimonial de su trabajo por una prestación.

Pero, dicha doctrina no está exenta de críticas, así Alfredo Montoya nos dice que, pese a su indiscutible agudeza, ofrece un flanco sensible a la crítica<sup>102</sup>.

Su primera crítica, consta que la misma expresión de ajenidad en los frutos resulta imprecisa, pues agrupa conceptos diversos en el de frutos, como lo son los productos del trabajo. Para este, el resultado o producto del trabajo no puede calificarse de frutos.

Como segunda acepción, nos dice que esta tesis no es realmente definidora del trabajo-objeto ya que, existen también, contratos distintos del de trabajo, como por ejemplo el de un arrendamiento civil de servicios, o arrendamiento de obra, en los cuales, los presuntos frutos no corresponden al autor del trabajo, sino que son de forma inmediata del que encarga la obra.

Como tercera crítica, nos dice que “[...] *los resultados del trabajo no siempre se integran de modo automático y originario en el patrimonio del empresario, sino que, por el contrario, existen numerosos casos en los que los productos del trabajo benefician directamente a personas*

---

<sup>100</sup> Ibidem.

<sup>101</sup> BLANCH R. Josep M, ESPUNY T. María J, GALA D. Carolina, ARTILES Antonio (2003). “*Teoría de las Relaciones Laborales. Fundamentos*”. Barcelona. Ed. UOC. p. 283.

<sup>102</sup> MONTOYA M. Alfredo (1978). “*Derecho y Trabajo*”. Madrid. Ed: Civitas, S.A. p. 26.

*distintas del empresario.*<sup>103</sup> Así, pone como supuesto el trabajo del peluquero o de un camarero, cuyo trabajo se destina finalmente al cliente y no al empresario.

Por último, Montoya nos propone la solución a la tesis de ajenidad, por lo que acude a otro tipo de explicación. Éste propone la noción de ajenidad en la utilidad patrimonial del trabajo. Señala, “*Lo que en rigor traslada el trabajador al empresario no son los frutos o productos, sino más exactamente, utilidades susceptibles de valoración económica.*”<sup>104</sup>

Se hace alusión a la tesis de Montoya porque es, finalmente, esta tesis la que se concibe de mejor forma en cómo la prestación que entrega el trabajador de una obra intelectual es percibida por el empleador a su beneficio. Será la “*utilidad susceptible de valoración económica*” la que de alguna forma se cederá, ya sea forma originaria o derivada, forma que está aún a la espera de ser estudiada por esta investigación.

#### 2.1.2. El Contrato de Trabajo como Mecanismo de Atribución de Poder

Por otra parte, tenemos la noción de trabajo dependiente, en la cual nos señala que la ajenidad sería incompleta si no se acompaña con “[...] *la atribución paralela del poder de ordenar la prestación del trabajo al preciso fin que el empresario la destine.*”<sup>105</sup> Para Montoya, lo que se da en virtud de un contrato de trabajo, es un negocio jurídico doblemente atributivo en favor del empresario; una es puramente patrimonial (utilidades), y la otra, una atribución derivada que podemos llamar personal, es decir, la atribución al empresario del poder de ordenar o dirigir la prestación de trabajo. De esta forma, el autor deja entre ver que la dependencia es un elemento característico y esencial de la relación laboral, y por tanto del trabajo dependiente. Para el autor, la dependencia es “[...] *el sometimiento del trabajador a los poderes del empresario -poder de dirección, poder reglamentario y poder disciplinario-*”<sup>106</sup>.

Por lo tanto, terminando con el estudio de la doctrina laboral de Montoya podemos sacar dos ideas fundamentales:

---

<sup>103</sup> MONTOYA M. Alfredo (1978). “*Derecho y Trabajo*”. Madrid. Ed: Civitas, S.A. p. 27.

<sup>104</sup> Ibidem.

<sup>105</sup> MONTOYA M. Alfredo (1978). “*Derecho y Trabajo*”. Madrid. Ed: Civitas, S.A. p. 28.

<sup>106</sup> MONTOYA M. Alfredo (1978). “*Derecho y Trabajo*”. Madrid. Ed: Civitas, S.A. p. 29.

- a) La primera, consiste en que el trabajador lo que traslada al empresario no son sus frutos, pues como ya hemos analizado el concepto está lejos de dar un buen entendimiento a la prestación que entrega el trabajador. Es, por tanto, la **utilidad patrimonial** del trabajo lo que beneficia al empleador, y por el cual éste decide retribuir con una prestación pactada con el trabajador. Originaria o derivativa, será tema posterior para tratar.
- b) Y la segunda, la subordinación y dependencia como elemento esencial que debe estar presente en una relación jurídica entre trabajador y empleador para que se entienda como “relación laboral”. Tal y como nuestro legislador lo presume en el artículo 8 inciso primero del Código del Trabajo.

## 2.2. Particularidades de las Obras Intelectuales en una Relación Laboral

En esta parte, analizaremos las particulares de una obra intelectual en una relación laboral, y es precisamente, en relación con la teoría laboral de la ajenidad que para ciertos autores la obra intelectual sufre de cierta singularidad.

La obra intelectual puede ser entendida de la autoría o su titularidad, como vimos en el punto uno del presente capítulo. Puedo ser autor y legítimo titular de ejercicio de derechos, o puedo ser un titular derivado del autor, por cesión o autorización, para el ejercicio de derechos. Pero, qué pasa si nos encontramos con un autor inmerso en una relación laboral, o sea, un autor contratado para la creación de una obra intelectual por un empleador. ¿La obra intelectual es la misma?, ¿La obra intelectual es del autor?, ¿La obra intelectual es del empleador?, ¿Y en caso de que sea del empleador, cuándo y cómo fue transferida o cedida o autorizada para su ejercicio? Éstas son las interrogantes que debemos analizar, comprender y, en lo posible, prestar solución a la discusión.

Los profesores de la Universidad de León José Rodríguez Hidalgo y Henar Álvarez Cuesta nos mencionan dos características principales de esta singularidad, y una forma de entenderla desde su punto de vista teórico, los cuales son:

1.- La obra intelectual, como resultado de la actividad del trabajador “[...] *carece de valor patrimonial alguno para el empresario si no va acompañada de la cesión de derechos por parte*

*del trabajador.*<sup>107</sup> Por lo que el empresario sólo recibe los derechos patrimoniales, como utilidad patrimonial.

Esta es la justificación de la creación de presunción de cesión de derechos por parte del trabajador al empleador, pues éste último nunca contratará a una persona para realizar obras intelectuales si sabe que cada obra que sea realizada bajo su orden será originariamente del trabajador. Lo que busca el empleador es y siempre será que la actividad del trabajador vaya acompañada de una cesión a su favor.

2.- Para estos autores, los frutos se mantienen en el patrimonio del trabajador, no transfiriéndose desde el momento en que se crean, sino desde el instante en que se entregan.<sup>108</sup> Por lo tanto, éstos señalan que “[...] *no existe adquisición originaria de los frutos por parte del empleador, sino que, una vez concluida la obra, conveniente distinguir y precisar las facultades de explotación cedidas de aquéllas que se mantendrán en el ámbito patrimonial del obrero.*”<sup>109</sup> Así también, señalan que independiente de la explotación que haga el empleador de la obra, nunca serán ajenas a los intereses del trabajador, pues un adecuado aprovechamiento lleva implícitamente la difusión de la obra, el conocimiento y el prestigio de su autor.

Son estas características, las que independiente de la explotación que haga el empleador de la obra, nunca podrán ser cedidas al empleador, pues incluso cuando todos los derechos de explotación fueren cedidos a un empleador que es una organización en sí misma, y que la obra se confunde en la variedad de coautores, el trabajador siempre mantendrá su interés en el reconocimiento de su trabajo. El trabajador intelectual, creador de una obra intelectual dentro de una obra colectiva siempre buscará un reconcomiendo por su trabajo, incluso, si su trabajo es lo solicitado y pactado en virtud de un contrato de trabajo.

La tesis de dichos autores se enmarca, tal y como lo detallaremos en el capítulo siguiente, en una “tesis intelectual” o que responde a la doctrina de la propiedad intelectual. En ella, hace alusión a la distinción que reviste una obra intelectual en el marco de una relación laboral, y su

---

<sup>107</sup> RODRÍGUEZ H. José, ÁLVAREZ C. Henar (2004). “*La Siempre Conflictiva Relación Laboral del Trabajador Intelectual y un Apunte Específico para el Creador de Software*”. León, España: Ed. Universidad de León. p. 36.

<sup>108</sup> RODRÍGUEZ H. José, ÁLVAREZ C. Henar (2004). “*La Siempre Conflictiva Relación Laboral del Trabajador Intelectual y un Apunte Específico para el Creador de Software*”. León, España: Ed. Universidad de León. p. 37.

<sup>109</sup> Ibidem.

visión de dicha obra puede ser una respuesta interesante a la hora de comprender una solución a nuestra hipótesis planteada.

Es precisamente, que luego de tener presente la particularidad de lo que consiste una obra intelectual en el marco de una relación laboral, es que es necesario dejar planteada para las interrogantes que serán planteadas en el capítulo siguiente.

### **3. Atribución de los Derechos Patrimoniales en una Relación Laboral**

#### **3.1. Regla General**

En base al estudio precedente sobre la titularidad del derecho de autor y sus excepciones de titularidad, como las normas supletorias y generales contenidas en la LPI, podemos evidenciar que no existe, en la legislación nacional, una norma de general aplicación que regule o se haga cargo de la titularidad de los derechos del autor en las obras creadas por éste en base a una relación laboral o en obras por encargo.

Esto quiero decir que, el legislador no ha regulado como una categoría propia la situación fáctica de los creadores de obras intelectuales en un vínculo de subordinación y dependencia, como en la prestación de un servicio por encargo. La LPI no se hace cargo de esta situación, generando como consecuencia que las excepciones a la titularidad deban estudiarse por separado en cada uno de los casos específicos que regulan cada una de estas obras.

Esto marca una clara diferencia en comparación a la legislación española. En el derecho de autor español, el Real Decreto Legislativo 1/1996 del 12 de abril de 1996, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual Propiedad (en adelante el “TRLPI”), establece una norma específica para los autores creadores de obras intelectuales que se encuentran en una relación laboral, dando respuesta a la transferencia de derechos del autor asalariado en términos generales, o sea, cuando hablemos de todo autor-trabajador inmerso en una relación laboral en España.

Esta norma se aplica de forma general y subsidiaria a todos aquellos casos en que una norma, del mismo TRLPI u otra ley que regule una obra en específico, no se haga cargo de la titularidad de los derechos de autor del trabajador. Esta norma es el artículo 51, de los puntos uno al cinco.

*“Artículo 51. Transmisión de los derechos del autor asalariado.*

- 1. La transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se registrará por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito.*
- 2. A falta de pacto escrito, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral.*
- 3. En ningún caso podrá el empresario utilizar la obra o disponer de ella para un sentido o fines diferentes de los que se derivan de lo establecido en los dos apartados anteriores.*
- 4. Las demás disposiciones de esta Ley serán, en lo pertinente, de aplicación a estas transmisiones, siempre que así se derive de la finalidad y objeto del contrato.*
- 5. La titularidad de los derechos sobre un programa de ordenador creado por un trabajador asalariado en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones de su empresario se registrará por lo previsto en el apartado 4 del artículo 97 de esta Ley.”<sup>110</sup>*

Esta norma será estudiada en los capítulos siguientes en lo que se analizará la normativa nacional aplicable a nuestra interrogante como la normativa comparada.

### 3.2. Tesis Laboral Versus la Tesis de la Propiedad Intelectual en la Atribución de Derechos Patrimoniales

Como no existe una norma similar en nuestro ordenamiento nacional a la española, no existe una definición precisa de lo que ocurre con la atribución de derechos patrimoniales en el autor asalariado. Para esto, existen dos tesis que dan una posible solución a nuestras interrogantes.

Siguiendo de alguna medida con todo lo anteriormente descrito y expresado en las secciones pasadas, es importante en esta parte, establecer o dar cuenta de ciertas posturas, miradas, enfoques o tesis que existen por dos ramas del derecho que se vinculan en nuestra investigación, por una parte el Derecho del Trabajo, tema que ha sido estudiado en relación a los intereses de

---

<sup>110</sup> El concepto de transmisión debe ser entendido como “transferencia” para nuestra legislación.

esta investigación, y por la otra, la Propiedad Intelectual o Derecho de Autor que sin duda es la rama madre de nuestra investigación.

Como ya hemos evidenciado y expresado, nuestro ordenamiento le da un carácter solemne a la transferencia o cesión de derechos patrimoniales.

De esta forma, y de un modo extensivo, podemos señalar que para la autora Caterina Guidi, tal solemnidad (escritura pública o contrato privado autorizado) podría cumplirse al momento de realizarse el contrato de trabajo. Pero, ella misma afirma que esto no es posible porque el contrato de trabajo al ser consensual no establece la obligación real de escriturarlo, sino más bien ésta cumple con una mera formalidad, que de no ser escriturado genera consecuencias jurídicas, pero no se consideraría inválido.

Para Guidi “[...] la cesión podría eventualmente efectuarse en el contrato de trabajo, siempre que el mismo se otorgue mediante instrumento público o privado autorizado ante notario y, se inscriba en el competente registro dentro del plazo legal...”<sup>111</sup>, por lo que la tesis laboralista también es enfática en señalar que siempre que el contrato de trabajo no cumpla con las exigencias legales, como no producir los efectos civiles esperados, éste nunca cederá derechos patrimoniales.

Para el profesor Santiago Schuster, esta solemnidad no es más que una medida de publicidad, y no de validez, señalándolo de la siguiente forma “[...] a nuestro juicio no es un requisito de validez sino una medida de publicidad, salvo en el contrato de edición [...]”<sup>112</sup> Pero a continuación, nos plantea su postura en relación a la cesión de derechos en el contrato de trabajo, en la cual señala “[...] afirmamos que el contrato de trabajo no constituye por sí una convención que sirva de título a una cesión de derechos de autor. La cesión de derechos de autor requiere de un acto específico en el que se manifieste la voluntad del autor, debiendo precisar claramente las obras que son objeto de la convención...”<sup>113</sup>

---

<sup>111</sup> GUIDI M. Caterina. “Principio de la Titularidad Autoral Laboral. Obras Creadas en Relación de Dependencia”. *Revista de Derecho de la Empresa*. Octubre-Diciembre, 2008, p. 137.

<sup>112</sup> SCHUSTER V. Santiago. “Derechos de autor en las relaciones laborales y su vínculo con el tratado de libre comercio entre Chile y Estados Unidos”. *Estudio de Derecho y Propiedad Intelectual*. Colección de Trabajos en Homenaje a Arturo Alessandri Besa. Abril 2011, p. 374

<sup>113</sup> *Ibidem*.

Por lo tanto, ambas posturas reconocen que el contrato de trabajo no constituye una cesión de derechos patrimoniales a las utilidades creadas por sus trabajadores en una relación laboral.

Ahora, con respecto a la cesión de derechos patrimoniales del trabajador al empleador, el profesor Schuster señala que el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos incorporó una norma expresa en la cual se consagra el principio de libertad contractual sobre los derechos patrimoniales, estableciendo que “[...] cualquier persona que haya adquirido o sea propietaria de tales derechos económicos en virtud de un contrato, incluidos los contratos de empleo que impliquen la creación de obras, podrá ejercer tales derechos a nombre propio y gozar plenamente de los beneficios que de ellos deriven.”<sup>114</sup>. Es entonces, en virtud de lo anterior, y con el principio de libertad contractual, que él mismo vuelve a señalar “La legislación chilena, en armonía con la norma del TLC, sigue la regla de establecer en disposiciones específicas qué contratos implican titularidad de derechos a favor del empleador y qué contratos, salvo prueba en contrario aceptan la presunción de cesión de derechos.”<sup>115</sup> De esta forma, afirma que existirá una presunción de derechos o atribución originaria dependiendo del tipo de contrato, o sea, del tipo de excepción, señalando entre las cinco que menciona, los programas computacionales.

Para el profesor Schuster, entonces, el legislador establece la titularidad sólo como una presunción, ya que admite prueba en contrario, la que debe manifestarse ya sea en el contrato de trabajo mismo o en un documento separado.<sup>116</sup>

Por lo tanto, lo que el autor plantea es una postura por interpretar que lo que hace el legislador es una presunción legal de titularidad que es cedida por el trabajador dependiente o autor asalariado. Existiría una ficción legal que se manifiesta de manera excepcional al empleador, empresa, productor u organizador, dependiendo del caso. De hecho, su postura por la ficción legal de cesión de derechos patrimoniales es y debe ser siempre entendida como un “cesión” que, presumida por ley, se fundamenta. En relación con esto, el profesor Schuster señala “La misma razón, ofrecida para las obras cinematográficas encontró el legislador para atribuir al empleador la titularidad de derechos en el caso de los creadores de software, entendiendo que

---

<sup>114</sup> Ibidem.

<sup>115</sup> SCHUSTER V. Santiago. “Derechos de autor en las relaciones laborales y su vínculo con el tratado de libre comercio entre Chile y Estados Unidos”. Estudio de Derecho y Propiedad Intelectual. Colección de Trabajos en Homenaje a Arturo Alessandri Besa. Abril 2011, p. 375

<sup>116</sup> SCHUSTER V. Santiago. “Derechos de autor en las relaciones laborales y su vínculo con el tratado de libre comercio entre Chile y Estados Unidos”. Estudio de Derecho y Propiedad Intelectual. Colección de Trabajos en Homenaje a Arturo Alessandri Besa. Abril 2011, p. 376

en su realización intervienen un alto número de creadores, presumiendo la cesión de derechos, salvo pacto en contrario”<sup>117</sup>. El autor es reiterativo en su postura y niega rotundamente una titularidad originaria por parte del empleador, estableciendo la tesis de que, la atribución de derechos patrimoniales del autor asalariado dependerá de cada una de las excepciones que plantea la LPI, que en su caso serán cesiones de derechos presumidas por la ley, bastando pacto en contrario para desvirtuarlas.

Por otra parte, la doctrina laboralista establece que “[...] el ordenamiento jurídico chileno existe el denominado “Principio de la Titularidad Autoral Laboral”, en virtud del cual el trabajador será dueño de los derechos morales y patrimoniales comprendidos en el derecho de autor, salvo en los casos de excepción calificados [...]”<sup>118</sup>, cita de la cual podemos inferir lo siguiente.

El principio mencionado por la autora es un principio que se desprende de todo el estudio de titularidad y autoría que ya hemos analizado en la sección anterior. La autora es enfática en señalar que el trabajador es dueño de los derechos de autor de su obra, incluso estando en una relación laboral, y que finalmente, se puede inferir que los casos de excepción, como los ya estudiados, nos encontramos no con una titularidad originaria del trabajador, sino con una titularidad originaria del empleador.

Según la tesis planteada por la autora, “En consecuencia, de mediar una relación laboral entre una persona natural o jurídica y un trabajador cuya prestación de servicios consista precisamente en la producción de programas computacionales, la regla general será que la autoría originaria de los programas computacionales corresponderá a la primera, salvo que las partes hayan alterado esta regla por escrito.”<sup>119</sup> Al referirse a la “primera” se pronuncia precisamente por el empleador (persona natural o jurídica), o sea, para nuestro caso particular, la empresa desarrolladora. Hay que mencionar que, al referirse a la última frase, también entiende que la regla se puede enmendar por pacto entre las partes, o sea, en términos simple, asume una presunción legal al igual que Santiago Schuster, pero con una interpretación completamente distinta. Ésta aboga, absolutamente, por una titularidad originaria del empleador, y no porque su

---

<sup>117</sup> SCHUSTER V, Santiago (2004). “El autor: ¿Un Concepto en Crisis?” Derecho de Autor. Un Desafío para la Creación y el Desarrollo. Simposio Internacional, sobre Derecho de Autor, Consejo Nacional de la Cultura y las Artes. Santiago. Ed. LOM Ediciones, p. 34

<sup>118</sup> GUIDI M. Caterina. “Principio de la Titularidad Autoral Laboral. Obras Creadas en Relación de Dependencia”. *Revista de Derecho de la Empresa*. Octubre-Diciembre, 2008, p. 139.

<sup>119</sup> GUIDI M. Caterina. “Principio de la Titularidad Autoral Laboral. Obras Creadas en Relación de Dependencia”. *Revista de Derecho de la Empresa*. Octubre-Diciembre, 2008, p. 130.

intención sea la de disminuir los derechos de los trabajadores, pues en su texto hace todo lo contrario, sino que realiza una interpretación muy distinta de las excepciones legales que establece la LPI.

Por lo tanto, las tesis planteadas serían las siguientes. Por una parte, la tesis del profesor Schuster es que lo que existe en las excepciones de titularidad, sería una ficción legal (presunción) por parte de LPI, dando por consecuencia la titularidad de los derechos originarios al trabajador y no al empleador, pues se entiende que por una ficción legal dichos derechos serán del empleador, y que revisten de pacto en contrario. En cambio, la tesis laboral nos plantea que lo que existe en los casos de excepción expuestos existe una titularidad originaria por parte del empleador, y de esta forma nunca fueron parte del trabajador-creador inmerso en una relación laboral.

De esta forma, es como tratamos de dar una primera aproximación a las dos tesis planteados respecto a la atribución de derechos patrimoniales, pero es una materia que volverá a ser estudiada, pero con mayor profundidad a la excepción específica del cual es objeto de estudio de nuestra tesis.

## CAPÍTULO III:

### ESTUDIO DEL ESTATUTO JURÍDICO DEL TRABAJADOR-AUTOR DE UNA EMPRESA DE VIDEOJUEGOS BAJO LA LEY N° 17.336

#### 1. Valoración Crítica de la Situación del Trabajador-autor de una Empresa de Videojuegos bajo la LPI

Consideramos necesario que, para comenzar con el presente capítulo, debemos presentar ciertos casos que especifican o dejan de manifiesto la necesidad de regular de manera clara la protección de los videojuegos en el Derecho chileno.

Los presentes casos, que ahora planteamos como teóricos, pueden llegar suceder en la práctica, en la producción de un videojuego cuando este se lleve a cabo en el contexto de relaciones entre los trabajadores creativos con sus empleadores o empresas desarrolladoras. Nuestra intención en esta sección es meramente enunciativa, por lo que no pretendemos bajo ningún contexto abarcar todas las hipótesis posibles, sino que sólo ilustrar una cuestión problemática y, de paso, proponer una solución a ella a lo largo del Capítulo IV de esta tesis.

Como lo hemos mencionado a lo largo de la presente tesis, los casos de estudio se refieren a aquellas obras intelectuales creadas en el marco de una relación laboral, por lo que no consideraremos supuestos de obras creadas fuera de ella.

Un primer problema que se puede dilucidar, y que es, uno de los que a simple vista se pueden ver es: ¿Qué pasaría si un trabajador es contratado para la creación de una obra específica a realizar, pero también elabora o aporta con su creación creativa en elementos u obras que no se encuentran dentro de las funciones por la que fue contratado? Este problema se puede presentar de dos maneras distintas en la práctica:<sup>120</sup>

(i) Que el trabajador realice las funciones para que fuese contratado, o sea, se dedica a la

---

<sup>120</sup> Los problemas que a continuación serán planteados son desarrollados en base a un estudio de Elena García Testal, profesora de la universidad de Valencia, la cual desarrolla un análisis general titulado "Relación Laboral y propiedad intelectual: La especial configuración de la prestación de servicios de los autores asalariados.

creación de ciertas obras en específico que le fueron encomendadas, pero en el desarrollo de estas, de forma complementaria a su función principal, participa en la formación o creación de una herramienta o una aplicación para celulares, por ejemplo, o dedicándose en el desarrollo de un software de celular participa de forma activa en la obra audiovisual del mismo, como en la creación de un mapa del juego.

Desde un segundo punto de vista, (ii) Que el empleador modifique, de forma unilateral, la función principal del trabajador para que fuera contratado, pero sigue estando bajo la subordinación y dependencia del mismo empleador, el cual transforma sus funciones para la creación de una obra, completamente distinta o una muy similar. Por ejemplo, el trabajador deja una creación intelectual inconclusa, pero en la cual participó de forma activa y logró un desarrollo en un alto porcentaje y es transferido a otra área de desarrollo. Un segundo ejemplo podría ser que, el trabajador es contratado para la integración del software desarrollado ya para la empresa y en el mismo momento es modificada su función para realizar la integración visual o acústica del videojuego en creación.

Otro problema que salta a la vista, cuando de relación laboral o contrato de trabajo hablamos, es: ¿Qué pasaría si un trabajador-autor, crea una obra fuera del lugar de trabajo y del horario laboral al que se encuentra sujeto? Aquí también es necesario ser precisos, pues no será lo mismo crear una obra que sea completamente igual al fin específico para el que fue contratado, en nuestro caso, por la empresa desarrolladora, que uno que fue contratado para el desarrollo del software de un videojuego, pero en sus ratos libres, decide aportar con un personaje del videojuego, o con la obra musical, etc.

Estos ejemplos siempre debemos mirarlo como casos de laboratorio, donde existe ausencia de cláusulas sean aplicables producto de contrato de trabajo o un contrato posterior específico que lo regule.

Siguiendo con el caso anterior, otro problema que se da, y de hecho, podemos mencionar que el problema fue tratado por nuestra excelentísima Corte Suprema, en la causa ya mencionada anteriormente, la Rol: 44.948-2016, de fecha 18 de enero de 2018, caratulada "*Octavio Gómez Fuentes con Empresa Nacional de Minería*"<sup>121</sup>, en donde uno de los problemas que se suscitan

---

<sup>121</sup> Rol: 44.948-2019, 28.01.2018, CS, caratulada "*Octavio Gómez Fuentes con Empresa Nacional de Minería*," extraída de: <https://wipo.lex.wipo.int/es/text/1175>

es precisamente el que expondremos: ¿Qué pasaría si el trabajador, luego de concluido el contrato de trabajo para el que fue contratado, realiza una obra “similar” a la encargada por el empleador, o más drásticos, utiliza la misma obra por la que sus derechos fueron cedidos por el contrato de trabajo? ¿Es el trabajador obligado a que la creación por la que fue contrato no pueda ser replicada? ¿Debe tener exclusividad en el desarrollo intelectual futuro? O, si el trabajador crea la obra intelectual con anterioridad y autoriza al empleador su uso, pero luego, es desvinculado ¿El empleador goza de los mismos derechos autorizados por el trabajador despedido? Así, con muchas otras preguntas teóricas que surgen o puede surgir del presente estudio.

Estos y muchos otros problemas, son los que queremos dejar a modo introductorio del capítulo, pues nuestra intención es poder darles respuesta a lo largo del desarrollo de este, pero ahora según la legislación nacional. Hemos de ser testarudos al mencionar que, la única intención fue introducir situaciones problemas que en muchos casos pueden ser de laboratorio, pues bien sabemos que, los temas de propiedad intelectual en las empresas se encuentran sumamente regulados en los contratos de trabajo, por lo que encontrar problemas donde necesariamente no los hay no es nuestra intención, sino más bien dar respuesta al silencio contractual.

## **2. Problemas Derivados de la Colisión de Normas de la Ley N° 17.336**

La presente sección tiene por objetivo mencionar expresamente el problema que se genera a la hora de resguardar el videojuego y darle una protección jurídica suficiente en la LPI de nuestra legislación. Como veremos a continuación, y en virtud del largo estudio que hemos desarrollado en estos capítulos de la presente tesis, nos encontramos con cinco posibles formas de entender el videojuego a la luz de la Ley N° 17.336.

Por una parte, nos encontramos con uno de los elementos del videojuego más importantes y desarrollados aquí, el programa computacional o software. Los programas computacionales se encuentran mencionados como obras especialmente protegidas en virtud del artículo 3° de la LPI en su numeral 16, luego son definidas en el artículo 5° letra f) de la misma. La titularidad de los derechos está especialmente regulada en estas obras en el artículo 8 inciso segundo para el caso de las obras creadas bajo una relación laboral, y en su inciso tercero en el caso de las obras por encargo. Finalmente, vuelven a ser mencionados en el artículo 37 bis respecto a la autorización o prohibición del arrendamiento comercial de estas obras.

Por lo tanto, una de las formas de entender el videojuego es considerar que, la obra de mayor envergadura para los videojuegos sea el programa computacional o software y, por ende, que su regularización se base en las normas generales del derecho autor, más las normas ya citadas específicas para el programa computacional. Muchos países del globo han entendido y decidido regular el videojuego de esta manera.

Por otro lado, el otro gran elemento de estudio en el derecho comparado ha sido la obra audiovisual. El caso de la obra audiovisual es mucho más complejo, porque es una obra que no se encuentra regulada en la LPI. Por lo tanto, la obra audiovisual se enmarca en una regulación general del derecho de autor nacional, y su transferencia de derechos estaría basada en el artículo 8 inciso primero de la LPI, como normal general de cualquier obra intelectual.

Ahora, creemos que no basta con entender la obra audiovisual sin más, es necesario comprenderla como una obra en colaboración. El artículo 5°, igualmente, pero en su letra b) nos señala lo que se entiende por una obra en colaboración, definiéndola como la que sea producida, conjuntamente, por dos o más personas naturales, cuyos aportes no puedan ser separados. Aquí vemos que, como una posible obra audiovisual de un videojuego, se puede entender como la que es producida por dos o más personas, de manera conjunta o individual, entregan sus aportes creativos a una obra final. Así lo entiende el autor español Valdés al momento de clasificar la obra audiovisual<sup>122</sup>, como lo veremos en el capítulo siguiente. El problema de nuestra legislación es que la entiende como cuyos aportes no puedan ser separados, y es esto una cuestión que sí genera problemas o, a lo menos, discusión. Pero, para efectos de esta enunciación, nos basta con mencionar que una posible solución para entender el videojuego como un todo, es entenderlo como una obra audiovisual en su conjunto, la cual se encuentra fijada en un programa computacional, pero que sin ésta no tendría elementos característicos que la diferencien de otras.

Muy de la mano con lo anterior, relacionada a la obra audiovisual, nos encontramos con la obra cinematográfica. Ésta es una de las obras específicas que mayor regulación encuentra en la LPI. La obra cinematográfica se encuentra especialmente protegida en el artículo 3° numeral 8, pero no se encuentra definida en el catálogo de definiciones del artículo 5 de la LPI. La obra encuentra

---

<sup>122</sup> El autor plantea adecuar la obra audiovisual a una obra en colaboración, como unión de elementos o aportaciones destinadas a la creación de una obra final, la que mejor se adapta a la idea de obra audiovisual contenida en la ley española.

su regulación en el Párrafo II relativa a las “Normas especiales”, donde desde el artículo 25 hasta el artículo 33 de la LPI es tratada de forma específica, constituyendo la obra mejor normada por la LPI en sus nueve artículos específicos para ella. Ahora, la importancia de la obra cinematográfica radica en que la legislación nacional decide hacer algo distinto, y es por ello que constituye una norma especial de titularidad de derechos, como lo mencionamos en el capítulo primero, pues aparece la figura del “productor”, quien es la persona, natural o jurídica, que toma la iniciativa y la responsabilidad de realizarla, y el derecho de autor de la obra le corresponde exclusivamente a éste. A modo de enunciación, no podemos dejar de mencionar que la obra cinematográfica en general y la incorporación del “productor”, son elementos que se ajustan de sobremanera a la realidad práctica de una empresa desarrolladora, siendo ésta el “productor” de los videojuegos.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar una quinta forma de entender el videojuego. Este sería entender la obra como un todo, al igual que con las obras cinematográficas, siendo el videojuego como una obra en que una persona, natural o jurídica, tomó la iniciativa de su creación. La palabra “iniciativa” es sumamente importante, ya que no basta con ser un profesional de un área, tener los recursos, ser un director de planificación, lo importante es que alguien toma la iniciativa de la realización de la obra (el videojuego), o sea, se materialice la idea de desarrollar un videojuego desde cero. Luego de esto, será importante analizar quién planifica, quién entrega los recursos, quién realiza la obra desde sus distintos ámbitos. Por lo tanto, si seguimos esta idea de “iniciativa”, una de la forma de poder regular el videojuego es entenderlo como una obra colectiva.

Para terminar la sección, queremos citar un comentario que hace la página web oficial de la OMPI respecto a los videojuegos, en una pequeña introducción que hace para mencionar el estudio que fue largamente analizado: *“En consecuencia, carecemos de respuestas claras para las cuestiones relativas al régimen jurídico aplicable a los videojuegos. Para algunos países, los videojuegos son predominantemente programas informáticos, debido a la naturaleza específica de las obras y a su dependencia del software. En cambio, en otras jurisdicciones la complejidad de los videojuegos implica el que se le otorgue una clasificación distributiva. Por último, un reducido número de países considera que los videojuegos son fundamentalmente obras audiovisuales.”*<sup>123</sup>

---

<sup>123</sup> World Intellectual Property Organization. Temas de Actualidad. Videojuegos. Disponible en: [https://www.wipo.int/copyright/es/activities/video\\_games.html](https://www.wipo.int/copyright/es/activities/video_games.html)

A nuestro juicio, estas serían las cinco formas de protección jurídica que vemos posibles de aplicar a los videojuegos en nuestra legislación vigente. Ahora, la importancia de clasificar el videojuego en uno u otro radica fundamentalmente en la forma en que se transfieren los derechos de autor sobre la obra. Como lo hemos analizado a lo largo de nuestra tesis, la clasificación del videojuego bajo uno u otro tipo de obra intelectual bajo el esquema de la LPI resulta imperativa para resolver la pregunta sobre quién será su titular cuando ella se haya creado bajo una relación laboral.

A modo resumen, y teniendo en cuenta solamente la normativa de la LPI, cada uno de estos tipos de obra y/o clasificaciones darán una respuesta distinta en virtud de cuál sea tomada. En otras palabras, la forma en que sea considerado un videojuego a la luz de la LPI, será considerada también la titularidad de la obra como su transferencia por los trabajadores intelectual a las empresas desarrolladoras.

De esta manera, distinguiremos por cada una de las clasificaciones de la obra.

1.- Si consideramos que el videojuego debe ser considerado principalmente como un programa computacional, el titular de la obra será la persona natural o jurídica cuyos dependientes, en el ejercicio de sus funciones laborales, los hubiesen producido, salvo pacto en contrario, tal y como lo deja expresamente señalado el artículo 8 inciso segundo de la LPI.

2.- Por otra parte, si consideramos que el videojuego debe ser considerado principalmente como una obra audiovisual a la luz de la LPI, nos queda mencionar que el titular de la obra será, por ser la regla general, el autor de la obra, así según el artículo 8 inciso primero de la LPI. Sin perjuicio a lo anterior, esto será nuevamente mencionado y cuestionado en la sección siguiente.

3.- Ahora, si consideramos que el videojuego debe ser considerado principalmente como una obra colaborativa, el titular o los titulares, mejor dicho, de la obra serán todas las personas naturales cuyos aportes no pueden ser separados y, por tanto, no son confundibles con la obra del otro, de esta manera cada uno sería titular de su obra en virtud de la regla general del artículo 8 inciso primero de la LPI, en concordancia con la definición de obra colaborativa del artículo 5 letra b) de la LPI.

4.- Por el contrario, podemos señalar que si consideramos que el videojuego debe ser considerado una obra colectiva, el titular de la obra será la persona natural o jurídica que, por iniciativa o bajo la orientación de ésta la coordine, divulgue y publique el videojuego, convirtiéndose en el titular de la obra, desvirtuando así la presunción generada en el artículo 8 inciso primero de la LPI, pues será esta persona (en la medida que pueda probar esta condición) quien aparezca como el legítimo titular de la obra.

5.- Finalmente, la particularidad de las obras cinematográficas tiene su respuesta propia, ya que, si consideramos que el videojuego es una obra similar a la obra cinematográfica, podemos mencionar que el titular será el “productor” de la obra cinematográfica como la empresa desarrolladora lo sería del videojuego. De esta manera, se aplicaría una norma especial de forma similar al videojuego, como lo sería el artículo 25 de la LPI, descartando la presunción de titularidad ya mencionada en los casos anteriores.

### **3. Dualidad de Normas Aplicables**

Para iniciar con el análisis, debemos precisar y afirmar, nuevamente, nuestra postura sobre esta materia. Nuestra hipótesis de trabajo se basa en que, en vista y consideración de la normativa nacional en relación con los videojuegos, y la vinculación con las normas de derecho de autor, creemos que los videojuegos en Chile pueden o deben ser entendidos, al igual como lo hace la doctrina española, como dos obras distintas. El videojuego, entonces, debe ser protegido por el derecho de autor de la forma en como hemos ido analizando a lo largo de toda esta investigación, es decir, bajo dos regímenes independientes entre sí, donde por un lado encontramos el programa computacional o software, y por otro, la obra audiovisual que representa al videojuego mismo.

Esto, en base a que ambas obras son absolutamente diferenciadas y cumplen un rol fundamental a la hora de completar el videojuego mismo. Tanto el programa computacional como la obra audiovisual son un complemento que no puede ser diferenciado, pero que uno sin el otro, no entregaría un producto final.

Es necesario hacer esta distinción y afirmación ya que lo que viene a continuación es un análisis acabado de esta diferenciación, por lo que abordaremos las normas más importantes o trascendentes en la protección de la obra y su transferencia de titularidad en cada una de ellas.

A continuación, el análisis independiente del trabajador creador de las dos obras intelectuales más importantes que componen un videojuego, a nuestro criterio.

### 3.1. El Trabajador en la Creación del Software

De acuerdo con lo tratado en los dos capítulos anteriores, hablaremos de software como un símil de programa computacional, obra que ya ha sido latamente estudiada y analizada como obra intelectual amparada en el derecho de autor.

Como cualquier autor de una obra intelectual, el creador de un programa computacional o software adquiere los derechos morales y económicos que la propiedad intelectual reconoce. Sin embargo, cuando el creador es un trabajador vinculado a través de un contrato de trabajo con su empleador, el artículo 8 inciso segundo de LPI (norma ya comentada) establece una presunción o cesión legal de las prerrogativas de explotación de la obra al empleador, empresario o empresa desarrolladora en nuestro caso.

Sin embargo, los derechos morales sobre la obra los conserva el trabajador y, por tanto, puede hacerlos valer cuando estime pertinente. Así, el trabajador podría hacer valer su derecho de paternidad de la obra y exigir que su nombre aparezca de alguna forma en el software o en las demás obras relacionadas a él. Pero, será posible renunciar a la paternidad de la obra, siendo que los derechos morales son intransferibles. Para cierta parte de la doctrina española, como lo son Rodríguez y Álvarez, “... es posible renunciar a su ejercicio en un caso concreto y creado ya el programa; por el contrario sería nula una cláusula impuesta al trabajador por la cual renuncie en abstracto y previamente a su paternidad sobre el software.”<sup>124</sup> Si bien el análisis que se plantea sale del tema en cuestión, no es menos cierto que es bastante interesante.

Para el caso de nuestra legislación, bien sabemos que los derechos morales son inalienables y es nulo cualquier pacto en contrario, en virtud del artículo 16 de la LPI<sup>125</sup>, sí podríamos señalar que los autores no están muy alejados de la norma o de la realidad, porque lo que señalan no es una cesión de la paternidad de la obra a la empresa, en caso de que exista el contrato de trabajo,

---

<sup>124</sup> RODRÍGUEZ H. José, ÁLVAREZ C. Henar (2004). “La Siempre Conflictiva Relación Laboral del Trabajador Intelectual y un Apunte Específico para el Creador de Software”. León, España: Ed. Universidad de León. p. 64.

<sup>125</sup> Artículo 16, Ley N° 17.336: “Los derechos numerados en los artículos precedentes son inalienables y es nulo cualquier pacto en contrario.”

sino que puede existir que, por deseo del autor, renuncie a la paternidad de la obra de forma práctica.

Con respecto al derecho de integridad de la obra, los autores ya mencionados plantean: *“...resulta transformado en esta materia, pues el empresario ostenta un amplio margen para adaptar el programa con el fin de satisfacer los intereses de su factoría. De este modo, y salvo pacto entre los sujetos intervinientes, el operario no podrá impedir que su empleador modifique –incluso sustancialmente– su obra, siempre y cuando estuvieren impuestas por la necesaria adaptación de la oferta a las necesidades del comercio.”*<sup>126</sup> Cuestión que no resulta nada fácil de aplicar a la legislación nacional, pues no existen normas específicas que señalen eso, pero claro está que en virtud de un contrato laboral, y en relación a la prestación prestada por el trabajador creador de un software, en donde el producto realizado sirve para satisfacer las necesidades de la empresa, y si la empresa necesita hacer modificaciones necesarias, el trabajador se debe a lo ya pactado. En caso contrario, si no hay pacto al respecto, no es muy alejado pensar que lo que busca una empresa desarrolladora será la titularidad de la obra, y esto comprende igualmente realizarle las modificaciones que crea necesarias para alcanzar el fin, el videojuego final.

Con relación a lo anterior es que el profesor Schuster hace la distinción entre el trabajador que en forma personal y directa da forma a la obra versus al trabajador que opera en el contexto de una relación laboral que trata aportes creativos destinados a ser complementarios con otros aportes, éste señala: *“[...] es razonable observar que en la definición de los servicios desempeñados por el trabajador se encuentra concedida esta autorización. No se trata de una supresión del derecho moral de integridad, sino una consecuencia lógica de la naturaleza de la prestación del servicio, y del consentimiento que el trabajador ha dado al aceptar contribuir con su trabajo creativo al desarrollo del giro del empleador.”*<sup>127</sup> Por lo tanto, para dar una solución clara al problema, será necesario distinguir en qué posición se encuentra el trabajador, y cuál es su aporte a la obra.

De igual forma debe ser entendido el derecho al inédito de la obra. Por una parte, es completamente incomprensible que el trabajador guarde su derecho a inédito, luego de que la

---

<sup>126</sup> RODRÍGUEZ H. José, ÁLVAREZ C. Henar (2004). *“La Siempre Conflictiva Relación Laboral del Trabajador Intelectual y un Apunte Específico para el Creador de Software”*. León, España: Ed. Universidad de León. p. 67.

<sup>127</sup> SCHUSTER V. Santiago. *“Derechos de autor en las relaciones laborales y su vínculo con el tratado de libre comercio entre Chile y Estados Unidos”*. Estudio de Derecho y Propiedad Intelectual. Colección de Trabajos en Homenaje a Arturo Alessandri Besa. Abril 2011, p. 373.

obra se encuentre creada y cedida a la empresa, quien se convierte en el titular de los derechos de explotación para satisfacer sus intereses comerciales. Si la empresa no puede satisfacer estos intereses por el derecho a inédito de un trabajador, existiría una contraposición y una falta grave al objetivo de la relación laboral, pues el trabajador se compromete a la creación de la obra, y la empresa a remunerar dicha creación. Dicho de otra manera, si el trabajador estima que desea mantener inédita su obra y se lo comunica al empleador, éste se verá forzado a despedir al trabajador, pues no ha cumplido con la prestación para la que fue contratado, al generar un incumplimiento grave y esencial a las obligaciones que le impone el contrato de trabajo, recayendo en la causal número 7 del artículo 160 del Código del Trabajo.

Por otra parte, nos encontramos con la interpretación del profesor Schuster en relación al derecho moral de inédito, éste señala: “[...] *cabría señalar que siendo el objeto del contrato la realización de obras intelectuales, no hay duda que el autor ha manifestado en la celebración del contrato su voluntad de que ella sea publicada, y es posible concluir que no hay restricción alguna para que el empleador lleve a cabo dicha actividad, sin consulta específica al autor.*”<sup>128</sup> Esta interpretación tiene una relevancia al momento de definir este derecho moral, pues para el autor el derecho a inédito se encuentra sujeto al contrato de trabajo, en el cual se subentiende que el autor de la obra intelectual autoriza al empleador a su publicación, pero de una forma prematura a la obra.

Para nosotros, entender el derecho a inédito se relaciona principalmente con la obra, si está no se encuentra creada, no se le puede despojar al autor de este derecho moral, pues todavía no existe, hay un germen de derecho moral para la creación de una obra futura, que es el punto para la cual el trabajador fue contratado, pero no existe realmente. Por lo tanto, hasta que no exista la obra como tal, creemos que el autor ha conservado su derecho a inédito sobre la obra, sin perjuicio de sus obligaciones contractuales que, en caso de contravenir, el trabajador se encuentra en su legítimo derecho de decidir si responde con su obligación o incumple gravemente el contrato de trabajo, en cuyo caso será despido, pero con su derecho a inédito intacto.

Ahora, en el caso de que la obra se encuentre inconclusa, el profesor Schuster estima que la

---

<sup>128</sup> SCHUSTER V. Santiago. “*Derechos de autor en las relaciones laborales y su vínculo con el tratado de libre comercio entre Chile y Estados Unidos*”. Estudio de Derecho y Propiedad Intelectual. Colección de Trabajos en Homenaje a Arturo Alessandri Besa. Abril 2011, p. 371.

facultad de publicar se ve limitada por la determinación del autor por no encontrarse acabada su creación<sup>129</sup>. Una cuestión similar a lo argumentado anteriormente, hasta que no se encuentre completada la obra, existe un derecho legítimo a conservar su derecho moral de inédito.

Luego de dar un primer acercamiento a la “transferencia” de los derechos morales, debemos evidenciar cómo es que se realiza la cesión o transferencia de derechos del software.

### 3.1.1. Título de la Transferencia de Derechos

La Ley de Propiedad Intelectual es clara en señalar que, tratándose de programas computacionales o softwares, serán titulares del derecho de autor las personas naturales o jurídicas cuyos dependientes, en el desempeño de sus funciones laborales, los hubiesen producido, salvo pacto en contrario, pues así lo dispone la norma<sup>130</sup>. Por lo tanto, como lo hemos señalado a lo largo de nuestra tesis, a nuestro juicio la titularidad de la obra pasa a ser de la empresa en cuestión.

Como ya lo estudiamos en nuestro segundo capítulo de esta tesis, la titularidad del autor tiene ciertas excepciones, y una de ellas son, precisamente, los programas computacionales.

Ahora, lo que existe para el caso específico que estamos tratando, como lo son los programas computacionales y/o softwares, donde el legislador sí se hace cargo de la titularidad de estas obras inmersas en una relación laboral (inciso segundo del artículo 8 de la LPI) como de aquellas obras por encargo (inciso tercero del artículo 8 de la LPI).

En base a las tesis planteadas por los distintos autores con relación a la transferencia de derechos patrimoniales, ya mencionadas en el capítulo anterior, para nosotros, lo que existe en el artículo 8 inciso segundo de nuestra LPI no es precisamente una presunción, sino más bien, conceptualmente hablando, el título de transferencia de derechos que existe es una “cesión legal”. Donde el derecho no sufre o subsidia la norma, sino que existe un mandato legal de hacer cumplir lo señalado en la regla, salvo que la autonomía de las partes, en virtud de su derecho de libertad contractual, estipulen de forma expresa lo contrario.

---

<sup>129</sup> Ibidem.

<sup>130</sup> Artículo 8 inciso segundo, Ley N° 17.336.

Por lo tanto, en base a todo lo estudiado en la legislación nacional respecto a la transferencia de derechos de un programa computacional, podemos mencionar que la norma que define y será la base de una posible propuesta de solución es el **artículo 8 inciso segundo de la LPI**.

### 3.2. El Trabajador en la Creación de la Obra Audiovisual

Como complemento al análisis planteado por el software, estructura básica de un videojuego, es que ahora debemos analizar la segunda parte de éste, el otro elemento que goza de protección jurídica por el derecho de autor. La obra audiovisual deberá ser entendida como un todo, como todas aquellas obras que quedan comprendidas en un concepto amplio de “obra audiovisual”, y será estudiada como un régimen jurídico independiente del software, con sus características propias, con la normativa nacional aplicable.

La obra audiovisual en la LPI no tiene una definición propiamente tal, nuestra ley no establece un concepto específico de obra audiovisual. Sin embargo, sabemos que la obra audiovisual tiene protección jurídica en el derecho de autor por la enumeración que realiza la LPI en su artículo 3°. En dicho artículo se señala que “*Quedan especialmente protegidos [...]*”<sup>131</sup>, por lo tanto, desde el inicio de la norma se da a entender que la enumeración que a continuación se realiza es meramente enunciativa y no taxativa. En sus numerales, el artículo señala numerosas obras que pueden caer dentro del concepto de “obra audiovisual”. Por lo tanto, para efectos de la presente tesis, tomaremos el concepto con una interpretación amplia del mismo.

Podríamos decir que, en base a esta interpretación “amplia”, la obra audiovisual se encuentra especialmente protegida por el artículo 3° según su numeral 15, el cual se refiere a los Videogramas y Diaporamas. Ésta primera, a su vez, se encuentra definida por el artículo 5° letra p) de la LPI como las fijaciones audiovisuales incorporadas en cassette, discos u otros soportes materiales<sup>132</sup>, y continua con una definición de lo que se entiende por copia de videograma. Como podemos ver, nuestra legislación entiende por videograma las “fijaciones audiovisuales”. A nuestro parecer, esta definición es lo que mejor se enmarca en lo que podemos entender por obra audiovisual según la LPI, o sea, una obra de videograma, pues el segundo elemento predominante en un videojuego es precisamente esta fijación audiovisual que son incorporadas en el programa o software para darle vida a un videojuego, independiente, como hemos dicho en

---

<sup>131</sup> Artículo 3°, Ley N°17.336.

<sup>132</sup> Artículo 5 letra p), Ley N° 17.336.

muchas ocasiones, del soporte en el que se encuentre.

¿Ésta será suficiente con entenderla de esta manera? como una obra intelectual general a la que se le aplican las normas generales del derecho de autor nacional, que no representa más desafíos. A priori, podríamos decir que así es, pero como ya hemos visto, la obra audiovisual no se agota en un autor o grupo de autores, sino que su realidad práctica se ajusta más bien a un conjunto de profesionales, que siendo cada uno especialista en un área profesional específica, es contratado para generar una obra, un diseño, un aporte, en busca de un beneficio común, de una obra final, el videojuego.

La LPI no cuenta, como ya hemos mencionado, con una definición de obra audiovisual, ni con un apartado sobre esta, y ni mucho menos con una norma de establezca de forma expresa la titularidad de los derechos en las obras de esta envergadura. Pero, lo que existe en la legislación nacional son dos leyes que comprenden normas aisladas que hacen alusión expresa a estos temas.

Una caracterización de este tipo de obras la encontramos en la Ley N° 19.981, sobre Fomento Audiovisual, del año 2004. Esta Ley, como su nombre lo dice, busca fomentar, proveer una ayuda a toda la industria audiovisual creando dos instituciones: El Consejo del Arte y la Industria Audiovisual supeditada al Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio; y el Fondo de Fomento Audiovisual, que tiene por objeto apoyar con subvenciones a todo tipo de proyectos audiovisuales.

Esta Ley vino a suplir, indirectamente, uno de los elementos fundamentales del videojuego, que no era regulado por la LPI. La Ley N° 19.981 introduce el concepto de “Productor audiovisual” que, salta a la vista que viene muy de la mano con entender el concepto de productor de las obras cinematográficas. Lo señalamos porque así también lo ha mencionado el profesor Carlos Urquieta, en uno de sus textos que hace mención de la obra audiovisual, éste señala: *“Sin embargo, el concepto de obra cinematográfica se ha visto rápidamente superado por la irrupción de ciertas obras que ya no son creadas para ser emitidas en salas de cine sino que transmitidas por medios como la televisión y aquellas más recientes que son especialmente adecuadas para ser visualizadas en computadoras entre las que contamos a las llamadas obras multimedia. Es por ello que la tendencia en el derecho comparado sea reemplazar o ampliar este término,*

*incorporándose el de 'obra audiovisual' en el texto de numerosas leyes sobre el derecho de autor.*"<sup>133</sup>

Así es como ocurre en la legislación nacional, una ley completamente ajena al derecho de autor viene a suplir un vacío que había respecto de las obras audiovisuales en Chile. De hecho, el profesor Urquieta es muy crítico en señalar que Ley si bien vino a definir conceptos que no se encontraban incorporados por la LPI, llamándolo como conceptos "útiles y novedosos", para él la cesión de derechos patrimoniales que hace la Ley N° 19.981, no aportan nada respecto de la extensión de la cesión planteada.

Además, existe otra ley que regula las condiciones del trabajo y contratación de los trabajadores de artes y espectáculos, hablamos de la Ley N° 19.889, publicada el 24 de septiembre de 2003. Mencionamos esta disposición porque viene a reformar el Código de Trabajo, incorporando un nuevo Capítulo IV, donde agrega el artículo 145-A, cuyo ámbito de aplicación está destinado a los trabajadores que, bajo una relación de dependencia y subordinación, son contratados para la contribución de artes y espectáculos de una obra, por un empleador.

Una cuestión relevante de la presente ley mencionada es el inciso segundo del artículo 145-A, en donde se define lo que se entiende por "trabajadores de artes y espectáculos", en cuya normar existe un catálogo variado de profesiones u oficios que se encuentra sumamente inmerso en una producción audiovisual, y tal como lo sería en una empresa desarrolladora de un videojuego.

Un punto importante que regula la norma es el inciso tercero del artículo 145-A incorporado, el cual señala: "*Tratándose de la creación de una obra, el contrato de trabajo, en ningún caso, podrá afectar la libertad de creación del artista contratado, sin perjuicio de su obligación de cumplir con los servicios en los términos estipulados en el contrato.*"<sup>134</sup> Por lo tanto, la norma es clara en señalar que, el trabajador es libre de cualquier creación u aporte que contribuyan al proceso de poner a disposición la obra. La relevancia de esta norma está dada en todas las situaciones fácticas que tratamos de evidenciar al inicio del presente capítulo, pues como señalamos, la actividad creativa de los trabajadores no se detiene en su trabajo principal, y esto la norma lo regula expresamente.

---

<sup>133</sup> URQUIETA, C. (2007). *La obra audiovisual: autoría y titularidad a la luz de la ley de propiedad intelectual y la ley de fomento audiovisual*. Revista de Magister y Doctorado en Derecho N°1, 2007, p. 203

<sup>134</sup> Artículo 145-A, Ley N° 19.889

Sin perjuicio a lo anterior, para efectos de esta tesis es necesario continuar con el análisis de la Ley N° 19.981, ésta establece dos cuestiones sumamente importantes y fundamentales para nuestros intereses. El primero dice relación con que la Ley N° 19.981 viene a definir lo que entiende por obra audiovisual, cuestión que no hace la LPI, definiendo en su artículo 3° letra a):

*“a) Obra audiovisual: Toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización, incorporadas, fijadas o grabadas en cualquier soporte, que esté destinada a ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación o de difusión de la imagen y del sonido, se comercialice o no;”*

Así también define, entre otros, los conceptos de: “Obra audiovisual de producción nacional”; “Obra audiovisual de producción Internacional”; y “Obra audio visual publicitaria” que, para efectos prácticos, tomaremos sólo la definición general de obra audiovisual ya expuesta.

Debemos precisar que la definición de la Ley N° 19.981 es bastante amplia, por lo que no se encuentra restringida al tipo de soporte en la cual vaya fijada la obra misma. Esto ayuda al momento de utilizar el concepto para definir la obra audiovisual en el marco del derecho de autor.

Otro punto muy importante que trata la Ley N° 19.981 es sobre lo que señala en el mismo artículo 3°, pero en su letra f), la cual define lo que entiende por “Productor audiovisual”, ésta señala:

*“f) Productor audiovisual: La persona natural o jurídica o la empresa que asume la responsabilidad de los recursos jurídicos, financieros, técnicos, materiales y humanos, que permiten la realización de la obra audiovisual, y que es titular de los derechos de propiedad intelectual de esa producción particular;”*

Si ponemos atención, una ley que tiene por objeto el fomento de un área sumamente marginada por la sociedad chilena en general, viene a expresar una cuestión de vital importancia. Ésta señala que es titular, la persona o empresa que asume la responsabilidad y realización de la obra, de los derechos de propiedad intelectual sobre la producción de una obra audiovisual.

Por lo tanto, lo que no regula la LPI, sí lo hace una ley distinta que no está destinada a regular situaciones concretas del derecho de autor. Es por esto que, nos vemos en la obligación de tomar

la presente Ley N° 19.981 e interpretarla en la ausencia de la normativa existen en la legislación de la propiedad intelectual.

Entonces, el artículo 19 del Código Civil nos menciona que cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá a su tenor literal, por tanto, el artículo 3° letra f) de la Ley N° 19.981, la cual es expresa en señalar que la titularidad de los derechos de la obra intelectual (obra audiovisual) es del productor audiovisual, lo que se genera realmente es que independiente de su contenido, la Ley N° 19.981, trate o no sobre el derecho de autor, su norma es clara y precisa, y regula expresamente una cuestión que no se encontraba normada.

Además, esta norma puede ser interpretada a su vez por el artículo 22 inciso segundo del Código Civil, el cual señala que los pasajes oscuros de una ley, como la LPI que no regula expresamente la obra audiovisual ni mucho menos lo que ocurre con sus trabajadores intelectuales en una relación laboral, puede ser ilustrada por otras leyes, como la Ley N° 19.981 para nuestro caso.

### 3.2.1. Título de la Transferencia de Derechos

De acuerdo con la norma señalada de la Ley N° 19.981, lo que viene hacer el artículo 3° es definir ciertos conceptos claves que sirven para dar entendimiento a la presente ley, en ningún caso, lo que busca la presente ley es salvaguardar una desregulación en el derecho de autor respecto de las obras audiovisuales. Pero, lo que se expresa en la norma, letra f), es dejar en claro el concepto de “productor audiovisual” y sus derechos sobre la producción que se realiza.

Ahora, si tomamos la definición y la vinculamos con lo normado con la obra cinematográfica, esto podría dar una respuesta más concreta y parecida a lo que se pretende buscar en esta sección.

La obra cinematográfica en su artículo 25 de la LPI señala que, “*El derecho de autor de una obra cinematográfica corresponde a su productor.*”, y qué se entiende por productor, el artículo 26 de la LPI señala: “*Es productor de una obra cinematográfica la persona, natural, o jurídica, que toma la iniciativa y la responsabilidad de realizarla.*”, o sea, si juntamos ambas normas y lo llevamos al plano de una obra audiovisual, la definición de ambos artículos calza casi perfectamente con la definición de productor audiovisual.

Por lo tanto, siguiendo esta misma lógica de similitud de obras, la cinematográfica establece de forma expresa lo siguiente:

*“Artículo 29.- El contrato entre los autores de la obra cinematográfica y el productor importa la cesión en favor de éste de todos los derechos sobre aquella, y lo faculta para proyectarla en público, presentarla por televisión, reproducirla en copias, arrendarla y transferirla, sin perjuicio de los derechos que esta ley reconoce a los autores de las obras utilizadas y demás colaboradores.”*

Al mirar el precedente artículo, podemos dar a entender que cuando hablamos de “El contrato” hablamos del concepto de contrato en términos amplios, tanto como contratos civiles y contratos de trabajo, por lo que la norma sería un símil que nos puede ayudar a responder lo ocurrido en las obras audiovisuales. En este artículo 29, el legislador fue mucho más concreto al señalar lo ocurrido entre autores varios y el productor. La norma señala expresamente que lo que existe en caso de contrato es una cesión (legal) en favor del productor.

En virtud de lo anterior, es que si hacemos una interpretación de la norma del artículo 3° letra f) de la Ley N° 19.981. Podemos señalar que, si bien no existe una norma como el artículo 29 en aquella Ley, si es bastante extensible la interpretación, y el productor más allá de decir que es el titular de los derechos de autor sobre la producción de la obra, lo que realmente sería, en todos aquellos casos en que el productor contrata a trabajadores intelectuales que en el desempeño de sus funciones se encuentra la creación de obras intelectuales en pos de un proyecto o producción común final, un productor audiovisual que estaría a cargo.

Por lo tanto, en base a todo lo ya estudiado en la legislación nacional respecto a la transferencia de derechos de una obra audiovisual, la norma que define al “Productor audiovisual”, o sea, el artículo 3 letra f) de la Ley N° 19.981, será la base de una posible propuesta de solución al problema de la titularidad de la obra, teniendo en cuenta una interpretación gramatical de la ley, como una interpretación lógica semántica de la misma.

Esto genera que debemos recurrir a una ley distinta a la LPI para brindar una solución al problema de titularidad de las obras audiovisuales, que no se encuentra ni siquiera mencionada en la LPI. Por tanto, cuando hablemos de las posibles soluciones de protección jurídica al videojuego según la LPI, ésta no será tomada en cuenta. A su vez, genera que este derecho (al productor

audiovisual) no se enmarque en la regulación general del derecho de autor, sino que es una ley distinta y que trata una cuestión totalmente diferente a la importancia que le brindamos a esta norma y definición.

## CAPÍTULO IV

### ANÁLISIS COMPARADO Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN PARA LA LEGISLACIÓN NACIONAL

En el presente capítulo realizaremos un estudio de derecho comparado, analizando principalmente cómo se protege jurídicamente a los videojuegos en la regulación española, pues en ella la titularidad de las obras creadas bajo una relación laboral se encuentra específicamente regulada, además de tratarse de un ordenamiento jurídico de estrecha vinculación histórica al nuestro y de consulta habitual en los procesos de reforma legal chilenos.

Además, nos apoyaremos con un estudio realizado por la WIPO (World Intellectual Property Organization) u OMPI, denominado “*The Legal Status of Video Games*” (en adelante el “Estudio”), en el cual se realiza un análisis comparativo de los enfoques nacionales sobre algunos países con mayor desarrollo y fomento en la producción de videojuegos, para que nos ayude a dar respuesta a los distintos acercamientos que queremos demostrar en la solución a nuestra hipótesis de trabajo, tanto con la legislación nacional actual como en una posible interpretación o creación de normas específicas.

#### 1. Protección Jurídica del Videojuego en España

El derecho de autor en España está regulado, como ya mencionamos, por el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), que ha sido objeto de muchas modificaciones en los últimos años.

Si bien los videojuegos no son mencionados expresamente en el TRLPI, ni su clasificación legal o definición, sí menciona una lista no taxativa de obras protegidas como; composiciones musicales, obras cinematográficas, obras audiovisuales, planos, modelos, dibujos y programa computacionales, que sirven de base para definir una protección de forma independiente.

El TRLPI en su artículo 5º, a diferencia de la nuestra, deja abierta la posibilidad, expresamente, de que la persona jurídica pueda ser autor en los casos expresamente previstos. Lo anterior es

de enorme relevancia, pues la industria de los videojuegos está diseñada por la participación de un gran número de trabajadores-autores que contribuyen a la realización del videojuego.

Esto, nos lleva a tomar en cuenta la definición que presenta el TRLPI sobre los dos regímenes que se pueden dar en una obra de esta envergadura. Por un parte se puede considerar como: Obra en Colaboración la cual se define como; “*Los derechos sobre una obra que sea resultado unitario de la colaboración de varios autores corresponden a todos ellos.*”<sup>135</sup>; y por otra como Obra Colectiva, definida como; “*Se considera obra colectiva la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada.*”<sup>136</sup>, salvo que exista pacto en contrario. De esta forma, en este último caso los derechos de la obra colectiva recaen sobre la persona (natural o jurídica) que la publica. Como lo hemos estudiado a lo largo de nuestra tesis, son las empresas desarrolladoras las encargadas de asumir el riesgo y, por tanto, la coordinación de la obra.

El problema de esto es lo que el Estudio de la OMPI muy bien señala, “*...si uno considera que los videojuegos son obras audiovisuales, entonces no pueden considerarse obras colectivas, como impone la Ley de Derecho de Autor española (con el objetivo de proteger a los autores) de que las obras audiovisuales son obras de autoría conjunta y no obras colectivas*” (Traducción libre)<sup>137</sup>.

Es así, pues el artículo 87 del TRLPI establece expresamente quienes serán autores de las obras audiovisuales en los términos previstos por el artículo 7° de la misma ley, o sea: 1) El Director-realizador; 2) Los autores del argumento, la adaptación y los del guión o los diálogos y; 3) Los autores de las composiciones musicales, con o sin letra, creadas especialmente para esta obra<sup>138</sup>. Por lo tanto, definir que una obra es colectiva o en colaboración, tiene una enorme relevancia a la hora de establecer transferencia de derechos.

---

<sup>135</sup> Artículo 7 del Real Decreto Legislativo 1/1996 del 12 de abril, del que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual.

<sup>136</sup> Artículo 8 del Real Decreto Legislativo 1/1996 del 12 de abril, del que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual.

<sup>137</sup> Cita original: “*The issue here is that, if one considers that video games are audiovisual works, then they cannot be considered collective works, as the Spanish Copyright Act imposes (with the aim of protecting authors) that audiovisual works are works of joint authorship and not collective works.*” Ramos A, López L, Rodríguez A, Meng T, Abrams S. (2013) “*The Legal Status of Video Games*”. Ed. World Intellectual Property Organization, p. 79.

<sup>138</sup> Artículo 87 del Real Decreto Legislativo 1/1996 del 12 de abril, del que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual.

Siguiendo con lo anterior, la legislación española, al igual que la nuestra, establece que la transferencia de derechos puede realizarse mediante acto entre vivos, siendo la transferencia limitada únicamente a los derechos cedidos, a los medios de explotación expresamente previstos, y en el tiempo y alcance territorial especificados en el texto escrito, similar a lo que nuestro artículo 20 de la LPI señala. Sin embargo, el régimen de derechos es diferente cuando hablamos de autores asalariados, el TRPLI contiene un artículo específico que regula la transferencia de derechos del autor asalariado (cuestión que no ocurre en nuestra legislación), hablamos del artículo 51 del TRPLI, señalando como principio básico que la transferencia al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se regirá por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito<sup>139</sup>, y en subsidio, una presunción que estipula lo siguiente: “2. *A falta de pacto escrito, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral.*”<sup>140</sup> Este artículo 51 del TRPLI es un precepto que es fundamental entender, ya que marca una clara diferenciación con respecto a muchas otras legislaciones en materia de derechos de autor del sistema continental, y en América Latina en general.

La norma citada establece, en primer lugar, que la transmisión de derechos al empresario se regirá por lo pactado en el contrato de trabajo. En segundo lugar, establece que, a falta de pacto escrito, “...se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra...” que se ejecuta dentro del marco de una relación laboral. Con relación a lo expuesto, es preciso detenernos, ya que el TRPLI establece ciertos requisitos para la cesión en cuestión y que son, el ceder los derechos sola y únicamente si son explotados en el ejercicio de la actividad habitual del empleador. A primera vista podemos señalar que esta es un tema que puede dar a mucha interpretación, pero para efectos de este análisis, sólo nos interesa dejar expuesto dicho requisito por parte de la ley española.

La autora Elena García nos dice, en relación con lo anterior, “De este modo se configura un concepto de fruto limitado en las posibilidades que puede conseguir el empresario”<sup>141</sup> Un tercer

---

<sup>139</sup> Artículo 51 del Real Decreto Legislativo 1/1996 del 12 de abril, del que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual.

<sup>140</sup> Ibidem.

<sup>141</sup> GARCÍA T. Elena. “Relación laboral y propiedad intelectual: La especial configuración de la prestación de servicios de los autores asalariados” Estudio realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D del Ministerio de

elemento de la norma viene de la mano con las dos anteriores, señala que el empleador en ningún caso podrá utilizar la obra para fines distintos que los que habitualmente ejerce, pues debe enfocarse en el giro de la empresa.

Por último, el mismo artículo 51.5 establece una distinción y se aparta derechamente con la titularidad de los programas de ordenador, o sea los programas computacionales. Para efectos de la presente tesis, la norma citada y en específico, la que citaremos a continuación, es uno de los pilares del análisis y de la regulación española para regular el videojuego. El precepto señala:

*“5. La titularidad de los derechos sobre un programa de ordenador creado por un trabajador asalariado en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones de su empresario se regirá por lo previsto en el apartado 4 del artículo 97 de esta Ley.”<sup>142</sup>*

Entonces, cuando hablamos de los programas de ordenador o programas computacionales, dicha ley establece una regulación diferente y podríamos decir que es más categórica a la hora de establecer la titularidad de los derechos de autor. Pero, dejaremos es tema pendiente hasta hablar específicamente de los programas computacionales.

La discusión española se caracteriza por tener distintos posicionamientos doctrinales respecto a la forma de protección del videojuego. El autor Miguel Bouza lo señala de la siguiente forma *“En nuestro país no han sido muchos los posicionamientos doctrinales sobre la protección independiente de la obra audiovisual de un videojuego, no obstante, han sido claros. Éstos ponen de relieve que nos encontramos ante obras distintas, con regímenes independientes.”<sup>143</sup>*

Por ende, para el autor la protección jurídica de los videojuegos se realiza de forma independiente, por una parte, se estudia la protección del programa computacional o software, y por otra, la obra audiovisual.

A continuación, expondremos la tesis de Miguel Bouza, quien cree en la posibilidad de protección independiente de las dos obras más importantes que componen los videojuegos. Tomaremos esta postura para dar el mejor acercamiento doctrinal al videojuego como obra intelectual y su

---

Educación. Revista Justicia Laboral. 2012. p. 56.

<sup>142</sup> Artículo 51.5 del Real Decreto Legislativo 1/1996 del 12 de abril, del que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual.

<sup>143</sup> BOUZA, L. MIGUEL A: *“La protección jurídica de los videojuegos”*. (1997) Editorial Marcial Pons, Madrid, p. 142.

protección, con el objeto de dar un complemento al estudio doctrinal nacional y brindar una propuesta personal en la solución a nuestra hipótesis.

### 1.1. Protección Jurídica al Programa de Ordenador

Los programas computacionales, como obra intelectual, serán conceptualizados a continuación con el término y/o concepto por el que es comúnmente utilizado en la cultura en la española, que es el de “programas de ordenador”. Podemos señalar que el TRLPI consagra un título específico para los programas de ordenador, hablamos del Título VII, que va desde el artículo 95 hasta el artículo 104 de la ley. Para efectos del presente estudio, se les dará especial pronunciamiento a los artículos 96 y 97 del TRLPI, por su especial contenido relevante para nuestro caso.

El artículo 96.1 define lo que es un programa de ordenador y comienza a dotar de contenido el objeto de protección de la obra. El artículo define al programa de ordenador como:

*“1. A los efectos de la presente Ley se entenderá por programa de ordenador toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación.”<sup>144</sup>*

Como toda obra, analizada desde el punto de vista del derecho de autor, debemos comenzar por considerar la originalidad de la obra. Para el caso de la legislación española este requisito lo encontramos en el artículo 10.1 del TRLPI, por ende, toda creación del programa de ordenador de un videojuego debe ser creada por la originalidad del autor, pues la ley señala “creaciones originales”. Para el caso, el requisito de originalidad puede ser entendido de dos puntos de vista, uno objetivo y otro subjetivo. *“En el primero de los sentidos de creación será una obra protegible cuando contenga una contribución intelectual de cierto nivel. En sentido subjetivo la obra se considera original cuando es el fruto de una actividad intelectual humana independiente, sin que sea copia de una obra anterior.”<sup>145</sup>*

Con relación a lo anterior es que podemos mencionar dos cosas. Primero, al igual que en nuestra legislación no existe originalidad si la obra es el resultado de unas reglas automática en donde

---

<sup>144</sup> Artículo 96.1 del Real Decreto Legislativo 1/1996 del 12 de abril, del que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual.

<sup>145</sup> BOUZA, L. MIGUEL A: “La protección jurídica de los videojuegos”. (1997) Editorial Marcial Pons, Madrid, p. 130.

el hombre no tenga intervención, y así lo señala el artículo 96.2 al mencionar: *“El programa de ordenador será protegido únicamente si fuese original, en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor”*. Segundo, es que existe un requisito no contemplado expresamente en nuestra legislación, cual es que la creación de una obra original que deba contener una contribución intelectual de cierto nivel.

Siguiendo al autor citado, también resulta interesante la cuestión de la “fijación” como elemento para la existencia de una obra, elemento fundamental como en el caso estadounidense, que para la legislación española no sería necesario. El artículo 96.3 inciso primero trata de forma específica los programas de ordenador, declarando que la protección se aplicara a cualquier forma de expresión de un programa. La norma señala:

*“3. La protección prevista en la presente Ley se aplicará a cualquier forma de expresión de un programa de ordenador. Asimismo, esta protección se extiende a cualesquiera versiones sucesivas del programa así como a los programas derivados, salvo aquellas creadas con el fin de ocasionar efectos nocivos a un sistema informático.”*

Por tanto, se considera protegible cualquiera que fuera su forma de expresión y fijación. Así, con respecto al código fuente y código objeto de un software, el mismo artículo ya mencionado recoge tanto la protección del código fuente como del código objeto, pues éste señala que se protege a “cualquiera forma de expresión” sin distinción.

También, la protección legal de los programas de ordenador o software contempla los elementos no literales como secuencias, estructuras y organización. Al igual que los materiales complementarios, cuya protección se extiende tanto a la documentación técnica, materiales preparatorios como manuales de uso. Así lo expresa el TRLPI en el inciso segundo del artículo 96.1:

*“A los mismos efectos, la expresión programas de ordenador comprenderá también su documentación preparatoria. La documentación técnica y los manuales de uso de un programa gozarán de la misma protección que este Título dispensa a los programas de ordenador.”*

Así también lo expresan los autores León José Rodríguez Hidalgo y Henar Álvarez Cuesta, para quienes la protección del software se extiende a más allá del software, pues comprende *“.../a*

*protección al análisis funcional y orgánico, diagramas de flujo, así como cualquier otro documento realizado en la fase preparatoria: documentación técnica o manuales de uso, por ejemplo.”<sup>146</sup>*

Así, son todas y cada una de las obras que en la creación del programa de ordenador vienen acompañadas de la misma protección jurídica por parte del derecho de autor.

#### 1.1.1. Transferencia de derechos

La titularidad de los derechos sobre el programa de ordenador se encuentra expresamente regulada en el artículo 97 del TRLPI, desde los puntos 1 al 5.

En relación con la transferencia de derechos de los programas de ordenador o programas computacionales, el TRLPI establece clara y categóricamente que cuando estamos en presencia de estas obras:

*“1. Será considerado autor del programa de ordenador la persona o grupo de personas naturales que lo hayan creado, o la persona jurídica que sea contemplada como titular de los derechos de autor en los casos expresamente previstos por esta Ley.*

*2. Cuando se trate de una obra colectiva tendrá la consideración de autor, salvo pacto en contrario, la persona natural o jurídica que la edite y divulgue bajo su nombre.*

*3. Los derechos de autor sobre un programa de ordenador que sea resultado unitario de la colaboración entre varios autores serán propiedad común y corresponderán a todos éstos en la proporción que determinen.*

*4. Cuando un trabajador asalariado cree un programa de ordenador, en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas o siguiendo las instrucciones de su empresario, la titularidad de los derechos de explotación correspondientes al programa de ordenador así creado, tanto el programa fuente como el programa objeto, corresponderán, exclusivamente, al empresario, salvo pacto en contrario.*

*5. La protección se concederá a todas las personas naturales y jurídicas que cumplan los requisitos establecidos en esta Ley para la protección de los derechos de autor.”<sup>147</sup>*

---

<sup>146</sup> RODRÍGUEZ H. José, ÁLVAREZ C. Henar (2004). *“La Siempre Conflictiva Relación Laboral del Trabajador Intelectual y un Apunte Específico para el Creador de Software”*. León, España: Ed. Universidad de León. p. 64.

<sup>147</sup> Artículo 97 del Real Decreto Legislativo 1/1996 del 12 de abril, del que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual.

Así, establece en sus numerales los casos previstos por el legislador, cuando se trate de una obra colectiva, en colaboración, o la creación de un trabajador asalariado, es precisamente en este último caso la relevancia fundamental para nuestra tesis.

Con respecto al tema de la autoría y titularidad, se observa un criterio similar en relación con la ley chilena, pues se puede considerar autor de un programa de ordenador o software tanto a una persona natural como jurídica.<sup>148</sup>

Ahora, una el **artículo 97.4 del TRLPI** señala:

*“4. Cuando un trabajador asalariado cree un programa de ordenador, en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas o siguiendo las instrucciones de su empresario, la titularidad de los derechos de explotación correspondientes al programa de ordenador así creado, tanto el programa fuente como el programa objeto, corresponderán, exclusivamente, al empresario, salvo pacto en contrario.”*<sup>149</sup>

De esta forma, queda en evidencia que la transferencia de derechos es categórica cuando de programas de ordenador creados por trabajadores en el ejercicio de sus funciones se trata, pues señala que la titularidad corresponde “exclusivamente” al empresario. Por lo tanto, lo que vemos aquí es la regla general en relación con este tipo de obras, existe una transferencia de derechos, donde el titular es el empresario, salvo pacto en contrario obviamente.

Los autores Rodríguez y Álvarez, señalan al respecto: *“El empresario adquiere los programas computacionales de ordenador creados por sus trabajadores mediante una verdadera cesión legal, ope legis.”*<sup>150</sup> Por lo tanto, lo que existe es *“una transmisión, pero en este caso es legal, el empleador es titular derivativo.”*<sup>151</sup>

De esta forma, para los autores españoles Rodríguez y Álvarez el traspaso de la propiedad sobre el derecho de explotación de los programas tiene lugar *ex lege*, donde no cabe prueba en contrario. El trabajador no podría acreditar la falta de transmisión pues esta sucede en defecto

---

<sup>148</sup> BOUZA, L. MIGUEL A: *“La protección jurídica de los videojuegos”*. (1997) Editorial Marcial Pons, Madrid, p. 132.

<sup>149</sup> Ibidem.

<sup>150</sup> RODRÍGUEZ H. José, ÁLVAREZ C. Henar (2004). *“La Siempre Conflictiva Relación Laboral del Trabajador Intelectual y un Apunte Específico para el Creador de Software”*. León, España: Ed. Universidad de León. p. 68

<sup>151</sup> Ibidem.

de la voluntad de las partes. Lo que es distinto a realizar un pacto en contrario, un convenio o cláusula que estipule que dicha ficción legal no opera para el caso concreto.

Ahora, recordando lo señalado por el profesor Schuster, éste nos señalaba que en relación con los programas computacionales “...el legislador establece la titularidad como una presunción...”<sup>152</sup> Lo que genera una distinción importante por parte del derecho español, pues estos distinguen entre la **cesión legal**, por una parte, y la **presunción** por otra.

Así, Rodríguez y Álvarez señalan que: “Es precisamente ésta la mayor diferencia entre la cesión legal y la presunción que opera en el artículo 51 LPI: mientras ninguna actúa si hay pacto y en ambas es posible alegar el acuerdo, en defecto de éste, el autor asalariado “común” podrá intentar acreditar que ha reservado para sí los derechos sobre la obra –desvirtuando así la presunción iuris tantum--; en cambio, para el creador de un programa de ordenador –también trabajador--, al haber cedido sus derechos ex lege, tal reserva no tendría virtualidad.”<sup>153</sup>.

Lo que intentan señalar dichos autores es que, como el TRLPI en su artículo 51 regula la transferencia de derechos de autor asalariado en forma general y presumiendo la transferencia de titularidad al empleador, distinguen que, para el caso de los programas computacionales, no existe una presunción, sino más bien una cesión legal que establece el artículo 97.4, donde el trabajador no puede acreditar, con ninguna prueba o forma, su reserva de derechos económicos (como sí podría hacerlo en virtud de su artículo 51) y sólo puede ser desvirtuada por pacto en contrario según el artículo 97.4 del TRLPI.

Por lo tanto, esta clara distinción entre ambas normas es una cuestión que no puede ser replicada en la legislación nacional. Si bien lo que tenemos en la LPI es una presunción general de titularidad (artículo 8 inciso primero) y las ya estudiadas excepciones, no existe una norma que establezca una presunción de titularidad al empleador en general, en los términos y en los casos de cualquier obra intelectual creada en una relación laboral, que nos ayude a responder y aplicar en todos aquellos casos donde existe ausencia de norma específica. Una norma que puede ser subsidiaria en todos los casos en que un autor asalariado, en el ejercicio de sus funciones, cree

---

<sup>152</sup> SCHUSTER V. Santiago. “Derechos de autor en las relaciones laborales y su vínculo con el tratado de libre comercio entre Chile y Estados Unidos”. Estudio de Derecho y Propiedad Intelectual. Colección de Trabajos en Homenaje a Arturo Alessandri Besa. Abril 2011, p. 376.

<sup>153</sup> RODRÍGUEZ H. José, ÁLVAREZ C. Henar (2004). “La Siempre Conflictiva Relación Laboral del Trabajador Intelectual y un Apunte Específico para el Creador de Software”. León, España: Ed. Universidad de León. p. 68

una obra intelectual (no regulada por normas especiales y específicas), y no pueda ser distinguida su titularidad en caso de ausencia de pacto.

Luego de entender y tener, de algún modo resuelto, el título de la transferencia de los derechos, debemos hacer referencia a la problematización misma que genera esta cesión, cuál es el ámbito de transferencia, su alcance y ámbito.

En relación esto mismo, Elena García considera que el ámbito de transferencia se puede dar desde un punto de vista material como uno temporal. Para ella, el alcance material en el artículo 97.4 del TRLPI no encuentra una limitación como el que se diseña en el artículo general del 51 del TRLPI, que establece un régimen general de transferencia al empresario, salvo en lo siguiente. La norma general (Artículo 51) señala que transferencia se debe dar dentro del “ejercicio de la actividad habitual del empresario”, cuestión que no se “reproduce” en la norma específica para los programas de ordenador. El artículo 97.4, para la autora, da un contraste significativo con la norma general, señala que el artículo específico “*viene a garantizar al empresario un más amplio disfrute de los derechos de transmisión desde un punto de vista material*”<sup>154</sup>.

Y, por otro lado, en cuanto al alcance temporal, es preciso señalar que, para la autora, “...*el derecho de explotación sobre el programa creada por el trabajador asalariado no se limita al período de vigencia de la relación laboral, sino que se incorpora al patrimonio del empresario y permanece en él incluso aunque se produzca la extinción del contrato, y además de forma exclusiva y recurrente por parte del autor*”<sup>155</sup>.

Este entendimiento viene a dar respuesta, desde su punto de vista, a una de las interrogantes planteadas en el capítulo anterior, en donde se señalaba precisamente qué ocurrió cuando el trabajador contrato para la creación de una obra era despedido luego de la creación y transferencia de esta. Para la autora la respuesta es que los derechos de la obra se incorporan al patrimonio del empleador y, por tanto, incluso se produzca la extinción del contrato de trabajo, los derechos le son propios de forma exclusiva.

---

<sup>154</sup> GARCÍA T. Elena. “*Relación laboral y propiedad intelectual: La especial configuración de la prestación de servicios de los autores asalariados*” Estudio realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D del Ministerio de Educación. Revista Justicia Laboral. 2012. p. 70.

<sup>155</sup> Ibidem.

## 1.2. Protección Jurídica a la Obra Audiovisual

Por esta otra parte, tenemos el segundo elemento de protección de un videojuego según la doctrina del autor. Cabe señalar que, cuando hablamos de protección a estos elementos independientes, nos referimos a que específicamente son dos elementos tratados sistemáticamente por la ley de propiedad intelectual española.

La legislación española establece una definición especial para las obras audiovisuales en su Título VI denominado “Obras cinematográficas y demás obras audiovisuales”, artículos 86 y siguientes.

La legislación española en su TRLPI, en el artículo 86 define a las obras audiovisuales como aquellas “[...] creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras.”<sup>156</sup>

Desde el punto de vista del requisito de la originalidad, existen ciertos cuestionamientos a la originalidad que alcance una obra audiovisual, ya que para algunos ésta carece de originalidad porque el modo de atracción es una secuencia de imágenes que no alcanzaría el nivel mínimo suficiente<sup>157</sup>, cuestión que para el autor Miguel Bouza la fase de atracción de los videojuegos supera el nivel mínimo de originalidad. Para éste, el criterio decisorio no es la duración de la secuencia de escenas, sino que es la calidad de estas lo que nos determina si la obra es protegible o no. Pero, no existe originalidad si la obra es el fruto de unas reglas que convierten la actuación humana en algo mecánico.

Para el autor español Alberto Valdés, la definición del artículo 86 plantea tres requisitos básicos que distinguen a la obra, y son:

- a) La forma de expresión
- b) La finalidad es la comunicación pública
- c) Es indiferente a la naturaleza del soporte material donde se fije.

---

<sup>156</sup> Artículo 86 del Real Decreto Legislativo 1/1996 del 12 de abril, del que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual.

<sup>157</sup> BOUZA, L. MIGUEL A: “La protección jurídica de los videojuegos”. (1997) Editorial Marcial Pons, Madrid, p. 145.

Además de estos, el autor agrega un cuarto requisito, pero al ser un requisito esencial para cualquier obra en el derecho de autor, la originalidad es y será tanto para la legislación española como la chilena, la base del sistema de protección del derecho de autor.

Con respecto a estos requisitos básico que nos plantea, cabe mencionar que el primero constituye a su vez, al igual que la originalidad, un requisito esencial en el derecho de autor. Por lo tanto, será el segundo y el tercero el que conlleva a un mayor análisis. Respecto a la finalidad, podemos mencionar que se ajusta muy bien a los requerimientos de los videojuegos, pues sabemos que una empresa desarrolladora emplea sus recursos en busca de un negocio, la creación de un videojuego que sea un producto final para los consumidores, o sea, una obra que irá directamente dirigida al público.

De mano con lo anterior es que la doctrina española ha discutido la naturaleza jurídica de la obra audiovisual. La doctrina no es pacífica, pues como bien señalan el autor Alberto Valdés, la existencia de una pluralidad de sujetos más el conjunto de contribuciones hacen que, a lo menos, las obras audiovisuales puedan ser encasilladas o entendidas de tres maneras distintas.

La primera, según el autor, es entender que las obras audiovisuales pertenecen a la categoría de obras colectivas. Éste se apoya en la idea que se plantea en el artículo 120.2 de la TDLPI, donde existe el Productor, como el encargado de tomar la iniciativa y coordinar la realización de la obra, al igual que en las obras cinematográficas, siendo por tanto al que le corresponde la titularidad de los derechos de sus trabajadores en conformidad del artículo 8 del TDLPI. Así, “[...] *la obra audiovisual sería aquella obra creada por la iniciativa y bajo la dirección del productor que coordina la unión de diferentes aportaciones individuales elaboradas expresamente para la realización de la obra*”<sup>158</sup> Pero, podríamos considerar la obra audiovisual como una obra colectiva de no ser por el artículo 87 del TDLPI que expresamente atribuye la condición de autor a la pluralidad de sujetos que menciona dicha norma.

En segundo lugar, señala que hay quienes postulan que las obras audiovisuales son obras compuestas, entendiendo por estas “ [...] *la existencia de obras preexistentes que -sin la*

---

<sup>158</sup> VALDÉS A. Alberto. “Contenido y límites de la cesión de derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual a través de contrato de trabajo [Comentario a la sentencia 219/2007 de 7 de mayo, del Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona]” [Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento](#), N° 22, 2008. pp. 379.

*colaboración de sus autores- se ensamblan creando una obra final*<sup>159</sup> La principal diferencia para el autor, es que en esta, existen contribuciones a la obra que son cronológicamente anteriores a la creación de la obra final, pero él mismo expone que esta disociación temporal entre las aportaciones no se ajusta al proceso creativo diseñado por el derecho de autor español y por dos motivos. Uno de los motivos, es por lo citado en la norma 92 del TDLPI, la cual establece que la obra audiovisual se considera que está terminada cuando haya sido establecida la versión definitiva, por lo que no supone para el autor que, necesariamente, las aportaciones que la componen haya de ser calificadas como obras preexistentes, ni que la obra terminada sea producto de una modificación. Para éste, en muchos casos las aportaciones a la obra no son más bien aportaciones que se dan en forma simultánea, por lo que la obra audiovisual comienza desde el momento en que cada uno de los autores está realizando su contribución de manera preordenada a un solo fin. Como segundo motivo, el autor hace alusión a obras que sí pueden, posiblemente, emplear obras preexistentes, o sea, que no están creadas específicamente para la obra audiovisual, un ejemplo clásico de esto son los musicales, pero para Valdés no estamos ante autores de la obra audiovisual, sino más bien de autores titulares de los derechos de sólo su obra, que ponen a disposición su obra, generalmente mediante una adaptación, que se integra a la obra final.

Y, como tercera opción, plantea adecuar la obra audiovisual a una obra en colaboración, como unión de elementos o aportaciones destinadas a la creación de una obra final, la que mejor se adapta a la idea de obra audiovisual contenida en la ley española, según Valdés. Donde cada una de las aportaciones están creadas para la secuencia final de la obra audiovisual. Como obra en colaboración el trabajo en conjunto de determinados profesionales se puede dividir, según el autor, en tres grandes grupos.

Los tres grupos que nos menciona Valdés vienen en clasificar las posiciones en las que un autor-trabajador se puede encontrar con respecto a la obra audiovisual y sus derechos patrimoniales.

- i.- Aquellos que, de acuerdo con la TRLPI ostenta la condición de autores de la obra, independiente de la relación laboral con la que estén vinculados con la empresa creativa.
- ii.- Aquellos que constituyen profesionales que, sin contar con la condición de autores, son titulares de determinados derechos sobre la obra creada. Para el autor, estos pueden o deben

---

<sup>159</sup> Ibidem.

ser considerados autores de la obra intelectual.

iii.- Aquellos profesionales que, si bien intervienen desde el punto de vista técnico en la obra, carecen de derecho alguno sobre la propiedad intelectual de su trabajo.

Con relación a la titularidad de los derechos sobre la obra audiovisual, cuestión que ya hemos introducido anteriormente, el artículo 87 del TRLPI señala quiénes son autores de la obra audiovisual, dicha norma menciona:

*“Son autores de la obra audiovisual en los términos previstos en el artículo 7 de esta Ley:*

- 1. El director-realizador.*
- 2. Los autores del argumento, la adaptación y los del guión o los diálogos.*
- 3. Los autores de las composiciones musicales, con o sin letra, creadas especialmente para esta obra.”*

Para el autor, en la disposición se desprende claramente que el legislador español ha adoptado una concepción pluralista de autoría en este tipo de obras, en una clara contraposición a una teoría monista que promueva la existencia de un solo autor de la obra audiovisual, bien el productor o bien el director-realizador, tal y como lo hace la Ley N° 19.981 al definir al productor audiovisual.

Volviendo con la tesis que plantea Alberto Valdés, para éste la línea que mantiene la legislación española, en la que solamente pueden ser autores los sujetos expresamente determinados por la norma, lo que si bien aporta seguridad jurídica, puede perjudicar a los autores en múltiples circunstancias. Sobre esto, el autor destaca que: *“Abundando en esta crítica a la imposición de numerus clausus establecida por la norma, hemos de señalar que, además, la realidad de una producción audiovisual es difícilmente encorsetable en los rígidos moldes impuesto por el TRLPI, ya que, en ocasiones, la figura del director se difumina, parcelándose la realidad creativa en la que interviene o, incluso, asumiendo el productor audiovisual o cinematográfico también el papel de directo de la obra”*<sup>160</sup>.

---

<sup>160</sup> VALDÉS A. Alberto. *“Contenido y límites de la cesión de derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual a través de contrato de trabajo [Comentario a la sentencia 219/2007 de 7 de mayo, del Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona”* [Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento](#), N° 22, 2008. págs. 371-385, p. 381

En definitiva, para el autor citado, si bien la norma en su primer numeral es absolutamente criticable, si menciona que la calificación del director-realizador, que nos señala el artículo 87, está fuera de toda duda, pues para éste es evidente su contribución artística o creativa en la obra audiovisual final.

Ahora, por otra parte, y con un análisis completamente aparte se encuentran los numerales de 2 y 3, pues éstos merecen una descripción acabada de cada uno de ellos, pues para el autor merecen detenimiento, y para objetos de esta tesis, es importante darle un pequeño análisis a las posibles obras que se pueden ver relacionadas en la creación de un videojuego.

Desde el punto de vista del argumento y la adaptación, Valdés señala: "*Por argumento podemos entender la explicación escrita de la trama de la obra audiovisual*"<sup>161</sup> Por lo tanto, si nos encontramos con un argumento que se basa en una obra preexistente, estamos hablando de una adaptación, cuyo autor también lo es de la obra audiovisual. Así, nos encontramos con el argumentista que es quien crea una trama original pensada y cuyo propósito es finalmente la elaboración de una obra audiovisual, y por la otra, el adaptador quien es el que adopta una obra preexistente, cuyo resultado es una obra transformada.

Ahora, desde el punto de vista del guión y los diálogos, el autor define como guionista a: "*El guionista, basándose en el argumento o adaptación, elabora una obra destinada a servir de guía en la transferencia de la creación escrita a imágenes*"<sup>162</sup> El guión es el encargado, por tanto, de ordenar y servir de pauta para la realización de diferentes escenas, o sea, el plan para convertir la obra literaria en obra audiovisual. Pero, para el autor, el guión trasciende la obra literaria, por lo que la considera un plan de la obra, capaz de desarrollarse en diversos ámbitos incorporando instrucciones e indicaciones técnicas respecto de movimientos de la cámara, como tomas o escenas que se puedan dar en la obra. Por otro lado, encontramos al autor de los diálogos que es el encargado de concretar las palabras que dirán los actores o narradores que serán escuchados por un público, pues es uno de los requisitos de la obra audiovisual, su comunicación pública. El autor señala que estos diálogos, salvo los que sean propios de cada actor o sean narrados producto de su improvisación, son percibidos de igual manera a como fueron creados, constituyendo una excepción a las creaciones creadas bajo el contexto del artículo 87.2 del

---

<sup>161</sup> VALDÉS A. Alberto. "*Contenido y límites de la cesión de derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual a través de contrato de trabajo [Comentario a la sentencia 219/2007 de 7 de mayo, del Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona]*" [Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento, Nº 22, 2008](#). págs. 371-385, p. 382

<sup>162</sup> Ibidem.

TRLPI.

Finalmente, de la sola lectura del numeral 3 de la norma analizada, se desprende que las composiciones musicales deben ser creadas de manera especial para la obra audiovisual. Pero, para el autor esta composición musical, en la norma, tiene una particularidad, pues señala: “[...] *esta sería la única modalidad creativa que, siendo preexistente [en sentido temporal como finalístico] a la obra, podría formar parte de la misma sin necesidad de adaptación o modificación.*”<sup>163</sup> Por lo que, esta especialidad no requiere que su autor, en el proceso en que elabora la obra musical, ponga a disposición todas sus diferentes contribuciones que posteriormente constituirán la obra audiovisual. Por otro lado, el autor no descarta la idea de que sea posible la incorporación de una obra preexistente, en cuyo caso, el autor, no será titular de derechos sobre la obra audiovisual, sino que sólo de su aportación, siendo indiferente si esta sea o no inédita.

De la mano a lo anterior, Alberto Valdés desarrolla un análisis a labores o trabajos que no se encuentran consagrados en el artículo 87. Por ejemplo, los actores, respecto de quienes es preciso en señalar que no tendrán derechos sobre las obras audiovisuales, sino que sólo serán titulares de sus interpretaciones como derechos conexos; de los montadores, en cuyo caso establece o lo deja a interpretación de la casuística determinar en qué situaciones serán o no calificados como autores; los operadores de cámara que también pueden estar sujetos a interpretación, sobre todo en el ámbito de las obras cinematográficas donde existen autores que tienen un sello personal, una intervención propia que se traduce en su personalidad, y así con los directores de fotografía, coreógrafos, decoradores, entre otros.

En general, para todas estas distintas aportaciones, el autor señala lo siguiente: “*En definitiva, lo que se pretende es adaptar la calificación de cada sujeto a la labor que realmente realice y, sobre todo, dependiendo el tipo de obra, al peso que la contribución a la misma tenga en relación con el resultado final. Será, por tanto, su efectiva participación en la obra el único medio para flexibilizar la aplicación de la norma.*”<sup>164</sup> Esta última parte es muy importante para efectos de nuestra tesis. Lo que señala el autor con respecto a la flexibilización de la norma es muy útil, pues nuestra LPI no señala la titularidad de las obras audiovisuales, pero sí podrían ser

---

<sup>163</sup> VALDÉS A. Alberto. “Los Derechos de autor de los profesionales de los medios audiovisuales” Revista Comunicación y estudios universitarios, ISSN 1132-127X, N° 7, 1997, p 21.

<sup>164</sup> VALDÉS A. Alberto. “Los Derechos de autor de los profesionales de los medios audiovisuales” Revista Comunicación y estudios universitarios, ISSN 1132-127X, N° 7, 1997,, p 23.

flexibilizadas aquellas normas que serán estudiadas posteriormente.

Por lo tanto, a la hora de analizar la obra audiovisual de un videojuego en el detalle, será importante calificar, como lo dice Valdés, el peso que la contribución a la obra tenga en el resultado final para todos los efectos de protección.

#### 1.2.1. Título de la Transferencia de Derechos

Ahora, con respecto a la autoría de una obra audiovisual, Miguel Bouza es enfático en señalar que el argumento que niega la protección a una obra audiovisual de un videojuego en base a la coautoría del jugador es fácilmente rechazable. Para éste, no estamos ante una obra colectiva, pues el tenor literal del artículo 8 de la TRLPI exige una iniciativa y coordinación de una persona natural o jurídica, cosa que no existe en los videojuegos.

Sin embargo, cabe señalar la posibilidad de considerarlo como una obra en colaboración atendiendo lo siguiente. El TRLPI no define expresamente lo que es una obra en colaboración, pero parte de la doctrina española ha establecido tres presupuestos para considerarla: Primero, pluralidad de autores; segundo, unidad del resultado; y tercero, comunidad en la creación de la obra. Pero, para el autor no se considera el primer requisito, pues el hecho de que participen varias personas en la ejecución de una obra no los convierte en coautores. Señala, a modo de ejemplo, *“A nadie se le ocurriría pensar que la persona que prepara los lienzos o las pinturas de un pintor es un coautor del cuadro.”*<sup>165</sup>, pues la doctrina española habla de la necesidad de una colaboración creadora, o sea, un aporte suficiente para ser considerado como coautor de la obra, que no necesariamente se da un plano de igual con sus pares, así un director de una obra cinematográfica destaca por sobre otros coautores de la obra (guionistas, maquilladores, etc.).

Ahora, para entender y dar un desarrollo al análisis de transferencia de derechos en las obras audiovisuales, es importante recordar lo hablado en la sección anterior con respecto a la normativa española que dice relación con la titularidad de los derechos, sobre las obras intelectuales, de los trabajadores dependientes.

Podemos recordar que el artículo 51 del TRLPI es una norma fundamental si de transferencia de

---

<sup>165</sup> BOUZA, L. MIGUEL A: *“La protección jurídica de los videojuegos”*. (1997) Editorial Marcial Pons, Madrid, p. 147.

derechos se trata, ya que, si bien ésta se da un marco general de las relaciones laborales, es una norma específica con relación al principio de titularidad que el derecho de autor establece en favor de los autores. Así, si bien hablamos de esta norma para los trabajadores que, dentro de una relación laboral, creaban o diseñaban un software, también es cierto que dicha norma se encuentra en contraposición al artículo 97.4 del mismo cuerpo legal que establece una especialidad, por lo que primaba sobre la norma general del artículo 51. Lo mismo ocurre, con las obras audiovisuales.

Para Valdés, cuando hablamos de creadores de obras audiovisuales que se encuentran de alguna forma vinculados en una relación contractual pero no laboral, les será aplicable, indudablemente, el artículo 88 y siguientes del TRLPI. Pero, cuando nos encontramos en el marco de una relación laboral bajo la dependencia de un productor, para éste nos encontramos en dos regímenes posibles: el propio de la obra audiovisual (artículos ya mencionados), y el específico en el caso de los trabajadores asalariados.<sup>166</sup>

El artículo 88.1 del TRLPI establece la presunción de cesión de los trabajadores asalariados por contrato de producción de obras audiovisuales donde se presumen que se ceden sus derechos en exclusiva al productor, con ciertas limitaciones.

*“Artículo 88. Presunción de cesión en exclusiva y límites.*

*1. Sin perjuicio de los derechos que corresponden a los autores, por el contrato de producción de la obra audiovisual se presumirán cedidos en exclusiva al productor, con las limitaciones establecidas en este Título, los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, así como los de doblaje o subtítulo de la obra.*

*No obstante, en las obras cinematográficas será siempre necesaria la autorización expresa de los autores para su explotación, mediante la puesta a disposición del público de copias en cualquier sistema o formato, para su utilización en el ámbito doméstico, o mediante su comunicación pública a través de la radiodifusión.*

*2. Salvo estipulación en contrario, los autores podrán disponer de su aportación en forma aislada, siempre que no se perjudique la normal explotación de la obra audiovisual.”*

---

<sup>166</sup> VALDÉS A. Alberto. “Los Derechos de autor de los profesionales de los medios audiovisuales” Revista Comunicación y estudios universitarios, ISSN 1132-127X, N° 7, 1997,, p 24.

Para Valdés, esta presunción no es más que una forma de entender la cesión, pero en definitiva es una cesión legal que no admite prueba en contrario. Éste señala: “*Aun cuando de la defectuosa redacción del artículo parece que nos encontramos ante una presunción, lo cierto es que se trata de una cesión legal en la que nada hay que presumir.*”<sup>167</sup> Muy parecido a lo que ocurre en el caso del artículo 97.4, donde parte de la doctrina española señala que lo existe también es una cesión legal. Para las obras audiovisuales, el autor también lo entiende de la misma manera.

Entonces, la pregunta siguiente sería: ¿Cuál es la normativa que es correcta aplicar para entender la transferencia de titularidad de los derechos sobre las obras audiovisuales creadas? Para el autor, la respuesta sería simple de responder si aplicamos principio de especificidad de la norma, en la cual el artículo 88.1 sería una norma especial por sobre el artículo 51 que trata de forma general la relación laboral. Por lo tanto, a su parecer, en este caso específico de las obras audiovisuales, el autor da la siguiente respuesta que es su forma de entender o interpretar la aplicación de ambas normas. Éste señala: “*Pero lo cierto es que el TRLPI no ha querido que las cosas se desarrollen así: cuando existe una cierta posibilidad [o seguridad] de que una creación se desarrolle en virtud de un contrato laboral junto con otro determinado régimen contractual, el TRLPI lo ha previsto y regulado; tal es el caso de la creación de programas de ordenador y la actividad artística, intérpretes y ejecutantes.*”

De esta forma, el autor señala que, la norma especial de las obras audiovisuales no opera de la misma manera que la de los creadores de software (programas de ordenador). Por lo que, para el autor en este caso, la norma ha “guardado silencio”<sup>168</sup> con la que queda a interpretación, pues para él, las especiales relaciones que unen al trabajador con la empresa en virtud de un contrato de trabajo deben prevalecer sobre las particularidades de los contratos de producción de obras audiovisuales, señalando lo siguiente: “*La transmisión de derechos, en estos casos, no se califica por la obra creada sino por la configuración [laboral] de la relación jurídica establecida entre el productor y autor.*”<sup>169</sup>

---

<sup>167</sup> VALDÉS A. Alberto. “Los Derechos de autor de los profesionales de los medios audiovisuales” Revista Comunicación y estudios universitarios, ISSN 1132-127X, N° 7, 1997, p 24.

<sup>168</sup> VALDÉS A. Alberto. “Los Derechos de autor de los profesionales de los medios audiovisuales” Revista Comunicación y estudios universitarios, ISSN 1132-127X, N° 7, 1997, p 26.

<sup>169</sup> *Ibidem*.

Finalmente, respecto al registro de la obra audiovisual, la normativa española señala que la inscripción del audiovisual de un videojuego tiene un carácter facultativo. El numeral primero del artículo 140 de la TRLPI utiliza la palabra “podrán” ser objeto de inscripción, por lo que no es un prerequisite para la protección de la obra.

Con esto, damos por finalizado el estudio comparado a la legislación y doctrina española aplicable a los videojuegos.

## **2. Propuestas de Interpretación y Reforma del Sistema de Protección de Videojuegos Creados bajo una Relación Laboral en el Derecho chileno**

En consecuencia, nos encontramos con nuestra última sección de la presente tesis, la cual tendrá como objetivo, solucionar o tratar de solucionar todos los anteriores problemas planteados bajo la legislación vigente en Chile o, eventualmente, mediante su reforma.

Nuestra intención es, dar una solución al problema jurídico que tiene la protección de los videojuegos y su sistema de transferencia de derechos por parte de los trabajadores inmersos en una relación laboral. Esta es una cuestión que no acaba con la propuesta presentada aquí ni es exclusiva del derecho chileno, pues es un problema jurídico que aparece de manifiesto en las distintas legislaciones del mundo, especialmente en aquellos donde la industria de los videojuegos tiene mayor desarrollo. Se trata, entonces, de un desafío constante por regular adecuadamente o por brindar soluciones que se adapten al constante avance de esta área económica, que aseguren la adecuada protección de quienes participan de ella.

Para cumplir el propósito de esta sección, primero señalaremos una propuesta de interpretación sistemática bajo la legislación actual (*lege lata*), para luego continuar con una propuesta de solución al problema de la regulación de los videojuegos mediante la reforma al derecho vigente (*lege ferenda*).

### **2.1. Propuesta de Interpretación Sistemática de la Protección de Videojuegos Creadas en el Seno de una Relación Laboral en Chile (análisis de *lege lata*)**

Como mencionamos, el objetivo aquí es proponer una forma de solución al problema de los videojuegos creados en el marco de una relación laboral. Para comenzar, debemos mencionar

que, a la luz de este completo marco teórico y constante análisis, vamos a proponer tres formas de solución: la primera, tratar al videojuego como obra colectiva; la segunda, tratar al videojuego sólo como un programa computacional, o en su defecto, sólo como una obra audiovisual, y finalmente tratar al videojuego desde una mira distributiva o híbrida, como lo hace la doctrina española, o sea, regular el software por un parte y la obra audiovisual por otra

### 2.1.1. Como Obra Colectiva

El concepto de obra colectiva ha sido estudiado ya en capítulos anteriores por lo que nos enfocaremos en analizar la titularidad de los derechos.

Si pensamos que el videojuego es una obra colectiva, o sea que es producida por iniciativa y orientación de una persona que la coordine, divulgue y publique, en definitiva, es ella quien será titular de todos los derechos patrimoniales del conjunto de aportaciones de los distintos partícipes. Para nosotros, esta propuesta de solución no resulta adecuada, por las siguientes razones:

Primero, porque –como lo dice el profesor Schuster–, *“Es en las obras colectivas, donde el autor sucumbe ante la acumulación de esfuerzos creativos que no puede ser identificados.”*<sup>170</sup> Para el profesor Schuster, la obra colectiva es en sí misma una “derrota” para el autor en la cual no se puede identificar la identidad del autor que contribuyó en la obra.

Esto tiene importantes implicancias para el derecho de autor, incluso sobre los derechos morales. Como señala el profesor Schuster: *“[...] es claramente una forma disminuida de aplicación del derecho, donde incluso los derechos morales pierden vigor, ya que la personalidad del autor desaparece en el conjunto.”*<sup>171</sup>

Un segundo argumento para descartar dicha protección viene de la mano con la realidad práctica. Según el análisis del Estudio realizado por la OMPI, podemos inferir que no existen ningún país que considere el videojuego como una obra colectiva, pues hacerlo sería restar complejidad a lo que significa un videojuego como obra intelectual en sí misma, al esfuerzo creativo que hay

---

<sup>170</sup> SCHUSTER V, Santiago (2004). *“El autor: ¿Un Concepto en Crisis?”* Derecho de Autor. Un Desafío para la Creación y el Desarrollo. Simposio Internacional, sobre Derecho de Autor, Consejo Nacional de la Cultura y las Artes. Santiago. Ed. LOM Ediciones, p. 32.

<sup>171</sup> Ibidem.

detrás, que puede ser perfectamente equiparable al de una obra cinematográfica, y que solamente la evolución legislativa no ha sido capaz de equiparar y de regular oportunamente.<sup>172</sup>

El tercer argumento se basa en una cuestión de interpretación. A nuestro juicio, definir el videojuego como una obra colectiva es no apuntar a lo que la legislación nos está señalando.

Tal y como lo mencionamos en nuestro capítulo anterior, al existir una norma legal (artículo 3° letra f) de la Ley N° 19.981) se debe atender a esta y a su tenor literal. La norma es expresa al momento de definir al productor audiovisual señalando que le corresponde a éste la titularidad de los derechos de propiedad intelectual de la obra audiovisual en particular.

Por lo tanto, mi punto se basa en que, al existir normativa específica sobre la titularidad de los derechos, tanto de las obras audiovisuales como de los programas computacionales sería desentender el tenor literal de la ley, que ha buscado regular expresamente tales materias.

Es por estas razones que llegamos a la conclusión de que clasificar el videojuego como una obra colectiva no satisface las problemáticas planteadas por esta tesis.

#### 2.1.2. Como Programa Computacional o como Obra Audiovisual

Para esta la sección, queremos citar un comentario que hace la página web oficial de la OMPI respecto a los videojuegos, en una pequeña introducción que hace para mencionar el estudio que ya hemos señalado sobre la protección jurídica de los videojuegos en varios países del globo, la página web dice: *“En consecuencia, carecemos de respuestas claras para las cuestiones relativas al régimen jurídico aplicable a los videojuegos. Para algunos países, los videojuegos son predominantemente programas informáticos, debido a la naturaleza específica de las obras y a su dependencia del software. En cambio, en otras jurisdicciones la complejidad de los videojuegos implica el que se le otorgue una clasificación distributiva. Por último, un reducido número de países considera que los videojuegos son fundamentalmente obras audiovisuales.”*<sup>173</sup>

En consideración al comentario realizado por la OMPI, desde nuestro punto de vista, no nos

---

<sup>172</sup> RAMOS A, López L, RODRÍGUEZ A, MENG T, ABRAMS S. (2013) *“The Legal Status of Video Games”*. Ed. World Intellectual Property Organization. p. 88.

<sup>173</sup> Visto en: [https://www.wipo.int/copyright/es/activities/video\\_games.html](https://www.wipo.int/copyright/es/activities/video_games.html), 12 diciembre de 2020.

parece correcto que el videojuego sea entendido sólo como un programa computacional o sólo como una obra audiovisual, porque la complejidad de la obra no se agota en entenderlo desde solo una de dichas aristas. Una sin la otra no tiene ningún fundamento, sino que ambas son completamente dependientes a nuestros ojos.

Además, nos sumamos al sector de la doctrina española que lo entiende desde la clasificación distributiva, pues regular el videojuego sólo como una de las obras de la LPI sería opacar el trabajo que existe detrás del desarrollo de un videojuego.

Es por estas razones que no la consideramos la interpretación adecuada del derecho chileno vigente, sin perjuicio de que muchos países sí lo consideran como la mejor forma ya que, para éstos, la obra del software o la obra audiovisual prima por sobre la otra.<sup>174</sup>

### 2.1.3. Como Obra Híbrida

Para nosotros, la mejor forma de regular el videojuego, en virtud de todo el estudio ya analizado será, proteger al videojuego como una obra híbrida.

La principal y fundamental razón de regular la compleja obra que es un videojuego en dos partes, se basa principalmente en que cada uno de los elementos de estudio tiene protección jurídica bajo el derecho de autor, Así, la LPI regula la titularidad de los derechos sobre los programas computacionales y la Ley N° 19.981 para el caso de las obras audiovisuales. Y, desde esta base, es que entenderemos lo que ocurre con los trabajadores creativos que en el ejercicio de sus funciones realizan obras intelectuales para desarrollar el videojuego.

Por lo tanto, ahora nos queda estudiar cómo es posible conciliar ambos estatutos de protección, por lo que nos referimos específicamente al artículo 8 inciso segundo de la LPI, por una parte, y al artículo 3 letra f) de la Ley N° 19.981, por otra.

---

<sup>174</sup> En el sistema legal que tiene Estados Unidos, los videojuegos no se consideran automáticamente obras audiovisuales, pues se debe realizar un análisis caso por caso para determinar cuál de los elementos predominan en este tipo de trabajo de autoría. Un análisis que, preferentemente, es interpretativo del tribunal, con los antecedentes y elementos que tenga a la vista, algo que es muy común en el sistema jurídico norteamericano, sumado con el precedente de las resoluciones de los tribunales superiores de justicia. Ramos A, López L, Rodríguez A, Meng T, Abrams S. (2013) "*The Legal Status of Video Games*". Ed. World Intellectual Property Organization, p. 88.

Hemos señalado la importancia del artículo 8 inciso segundo de la LPI para esta tesis, por lo tanto, nuestra intención aquí será solamente establecer los parámetros de interpretación, y nuestra posición respecto de la norma. Como ya lo hemos desarrollado anteriormente, en la doctrina nacional se discute cuál es el alcance de esta norma, ya que un sector de la doctrina señala que esta excepción es una presunción legal por parte del legislador y que debe ser entendida como tal. En cambio, para el sector de la doctrina más laboralista, lo que existe en esta excepción es una titularidad originaria por parte del empleador.

Creemos que esta disposición consagra una **cesión legal**, que hace inmediatamente titular a la persona natural o jurídica que tiene el carácter de empleador de un software o programa computacional creado por uno o más de sus trabajadores bajo una relación laboral. Lo anterior, se apoya por tres breves razones:

La primera dice relación con la forma en que está redactada la norma, pues ella señala expresamente *“Tratándose de programas computacionales serán titulares del derecho de autor...”*, si lo interpretamos de forma armónica con el inciso primero del artículo 8, en donde se expresa la presunción general sobre las obras intelectuales, lo que vemos en dicho supuesto es una presunción simplemente legal. Pero, lo que tenemos en el inciso segundo no se basa en una presunción, sino que una excepción de titularidad, donde el legislador cede la titularidad al empleador, es decir, a la empresa desarrolladora del software.

Un segundo argumento a lo planteado anteriormente se basa en lo que también señala la excelentísima Corte Suprema respecto de la norma. En esta sentencia que ya hemos mencionado, ha estimado:

*“Sin embargo, tratándose de la titularidad de los programas computacionales, la referida ley establece reglas especiales en los incisos 2 y 3 del artículo 8, distinguiendo si la producción se hace por sí o a través de terceros, recayendo, en el primer caso, en el sujeto mismo y, en el segundo, en el empleador sólo si en la relación de trabajo que se generó con el que realizó el encargo existió un vínculo de dependencia; pues, en caso contrario, se debe distinguir si la producción del software tiene por finalidad su posterior comercialización o no, ya que, si la tiene, quien realizó el encargo, por su cuenta y riesgo, adquiere la titularidad de los derechos en virtud*

de una cesión legal de los mismos, si no, recae en el tercero al que le hicieron el encargo.”<sup>175</sup> (Lo destacado es nuestro)

Aquí, la Corte Suprema establece claramente que la titularidad de los programas computacionales, cuando son producidos por terceros, recae en el empleador sólo si en la relación en que se generó la obra existió un vínculo o relación laboral, de subordinación y dependencia, es decir, un contrato de trabajo.

El tercer argumento, se basa en los planteado por los autores Rodríguez y Álvarez, a los cuales ya hemos mencionado anteriormente. Estos autores proponen que al momento de considerar y tomar en cuenta que, lo existe en el artículo 97.4 del TRLPI, es una cesión legal que opera *ope legis* (por el sólo ministerio de la ley) transfiriendo los derechos del autor al empleador como titular derivativo, en contraposición a la presunción que opera en el artículo 51 del TRLPI, pues ésta sólo hace alusión la transferencia de derecho a los trabajadores en general. Esto se traduce en que, si bien en ambas normas ninguna puede actuar si estamos en presencia de un acuerdo expreso entre el trabajador y el empleador, en ausencia de este pacto, el autor-trabajador “común” podrá intentar desvirtuar la presunción en su contra por diversos medios probatorios, en cambio el autor-trabajador de un software sólo acreditar la reserva de derechos por un acuerdo expreso.

Por lo tanto, estimamos que la actividad creativa del trabajador al interior de una empresa desarrolladora de videojuegos estará sumamente supedita a lo que diga el contrato de trabajo, si el contrato de trabajo no dice nada, existe una transferencia de derechos a la empresa que no podrá ser desvirtuada por simples pruebas, siendo la única forma de demostrar que no hubo una transferencia de derechos será: (i) que haya un pacto (acto jurídico) específico que lo señale, que conste en el contrato de trabajo mediante un cláusula específica que los exprese o (ii) que se acredite que no existe una relación laboral o que la obra en cuestión fue creada por el trabajador extramuros de ella, teniendo en consideración para ello si fue realizada durante el horario laboral de la empresa, con los recursos destinados a ella y/o que la función principal del trabajador sea la creación de elementos o del software mismo.

---

<sup>175</sup> Rol: 44.948-2019, 28.01.2018, CS, caratulada “Octavio Gómez Fuentes con Empresa Nacional de Minería” extraída de: <https://wipolex.wipo.int/es/text/1175>

Ahora, desde el punto de vista de la obra audiovisual, hemos señalado que la norma que ha de ser el pilar fundamental para entender la titularidad de derechos patrimoniales será el artículo 3 letra f) de la Ley N° 19.981, la cual hace mención expresa de la titularidad de derechos sobre la obra audiovisual por parte del productor audiovisual.

La ley ya mencionada vino a suplir, indirectamente, uno de los elementos fundamentales del videojuego, que no era regulado por la LPI. Para ello, nos gustaría volver a remitirnos a la argumentación respecto de la interpretación que hacemos de esta norma. La norma es expresa en señalar que la titularidad corresponde al productor audiovisual, y así también define lo que es el productor audiovisual, su tenor literal es claro. Si bien la transferencia de titularidad de las obras audiovisuales no está incorporada en la LPI, ya se sea regulada por esta o mencionada, sí lo menciona expresamente la Ley N° 19.981. Sea extensa o no a los ojos del profesor Urquieta, lo cierto es que la norma está y sirve para definir la titularidad de derechos de los trabajadores de obras audiovisuales.

Por lo tanto, es el productor quien organiza y financia la producción de una obra audiovisual, y quien organiza su explotación mediante la titularidad es concedida por la Ley N° 19.981.

Un punto importante para considerar aquí es que, la obra audiovisual debe ser entendida como una obra en colaboración, donde participan un grupo de profesionales cuyos aportes no pueden ser separados, pues la obra audiovisual de un videojuego es una sola y no puede ser dividida entre los distintos profesionales que participaron de ella. Pero, una cuestión distinta, puede ocurrir, con respecto al programa computacional. El programa podría, eventualmente o en un caso muy hipotético, ser realizada por sólo un trabajador, el cual pueda distinguir claramente su obra, su software creado, cuestión que es muy difícil que ocurra en una obra audiovisual. Es imposible que una obra audiovisual sea realizada por una sola persona, es ahí el por qué se entiende que la obra audiovisual constituye una obra en colaboración.

Finalmente, luego de la propuesta híbrida que hemos realizado, sólo nos queda mencionar que cuando hablamos de una protección jurídica híbrida hablamos de que el ámbito de protección es dual, que la titularidad de derechos se da de forma dual igualmente, para dos conjuntos de trabajadores, para los creadores y desarrolladores del software por uno, y por otro, los profesionales que aportan con sus creaciones a la obra audiovisual. Por lo tanto, para efectos de aplicar la normativa nacional completa tal cual está, sólo nos queda mencionar que la empresa

desarrolladora que actúa como empleador, será considerada la persona jurídica a la que hace mención el artículo 8 inciso segundo de la LPI, así como también, será el “productor audiovisual” que señala en el artículo 3° letra f) de la Ley N° 19.981.

## 2.2. Propuestas de Reforma al Sistema de Protección de Videojuegos Creados bajo una Relación Laboral (análisis de *lege ferenda*).

Como primer acercamiento a una propuesta de solución ideal, o sea, una propuesta que ya no viene a responder la hipótesis desde la mirada de la legislación vigente, sino más bien desde una mirada hipotética, una mirada pensada al legislador.

A continuación, se propondrán dos soluciones que ayudaran de sobre manera el problema planteado en esta tesis como cualquier problema derivado, ya sea en la obra compleja que es un videojuego, sino que cualquier obra enmarcada en el plano de una relación laboral. Es por esto que, proponemos dos soluciones, una norma o sección específica que sea contemplada por la LPI que trate en específico las situaciones problema de todo trabajador creativo dentro de las relaciones de subordinación y dependencia con el empleador, normando todos los vacíos de que puedan suscitar en los contratos de trabajo, por una parte, y una regulación específica al videojuego que sea incorporada al capítulo V, párrafo II, donde se mencionan las Normas Especiales, agregando la obra del videojuego como una excepción a las normas generales del derecho de autor que merece una regulación especializada en el tema.

### 2.2.1. Incorporación de una Norma General sobre Titularidad de las Creaciones Intelectuales Desarrolladas bajo una Relación Laboral

Para hablar de una norma que venga a responder una incertidumbre jurídica generalizada en nuestra regulación es que recurrimos nuevamente al TRLPI español para responder de mejor manera una propuesta de solución que contemple una cuestión hasta hoy sin respuesta. El Título V que habla de la Transmisión de Derechos, en su Capítulo I establece las normas generales, consagrando en el artículo 51 la trasmisión de derechos del autor asalariado. La importancia de la norma, como ya lo hemos señalado anteriormente, amerita mencionarla nuevamente para entenderla y analizarla como una posible solución a un vacío de nuestra LPI.

Lo que tenemos en este artículo 51 es una norma residual que viene a suplir los vacíos que se

generen en las relaciones laborales respecto de la transmisión de derechos del trabajador al empleador, en cuyo caso, de no existir un contrato que regule de forma privada la transmisión, el TRLPI lo hace de forma subsidiaria. Así, la norma establece que la transmisión de derechos se regirá por el pacto que las partes acuerden, debiendo realizarse por escrito. A simple vista, el que sea por escrito es un requisito esencial para la transmisión. Luego, a falta de pacto escrito, se presumen que los derechos han sido transmitidos al empleador, siempre que sea en el ejercicio habitual del empresario, estableciendo este como límite de explotación de los derechos cedidos, y que no podrá utilizar la obra para fines distintos a lo que fueron pactados.

Los demás requisitos y formas de interpretación de la norma serán lo que ya hemos señalado en capítulos anteriores.

Ahora, para efectos de entender de mejor manera una posible norma similar, es que queremos plantear una última interrogante que genera la mención amplia que señala el artículo 51, respecto de la transmisión de derechos, al señalar “por lo pactado en el contrato”. A propósito de esto, Elena García señala lo siguiente: *“El precepto señalado no identifica el tipo de contrato en que debe contenerse el pacto, esto es, no señala si el contrato de trabajo el que habrá de contener la transmisión de los derechos de explotación de la obra o si, por el contrario, será un contrato autónomo y adicional al contrato de trabajo...”*<sup>176</sup> Esta es una cuestión relevante a la hora de crear una norma similar para nuestra LPI. Para la autora, la norma puede ser interpretada de ambas formas, pero desde su apreciación no se descarta la idea de que el pacto pueda consistir en un acto jurídico ajeno al contrato e incluso posterior, de hecho, admite y da como ejemplo que la transmisión de derechos pueda ser especificada en un convenio colectivo, o por un pacto posterior a la celebración del contrato.

De nuestra propuesta, siguiendo la tesis planteada de la autora, proponemos una norma similar a la del artículo 51, estableciendo una interpretación amplia al concepto de “pacto”, pudiendo ser acordada la transferencia de derechos en el contrato de trabajo mismo, como en actos posteriores o colectivos.

Por lo tanto, proponemos una modificación a la LPI, en la cual se incorpore una norma, ya sea

---

<sup>176</sup> GARCIA T, Elena. 2012. *“Relación Laboral y propiedad intelectual: La especial configuración de la prestación de servicios de los autores asalariados”*. Estudio elaborado en el marco del Proyecto de Investigación I+D del Ministerio de Educación., p. 63

una sección específica para el caso de los trabajadores sujetos a un contrato de trabajo y qué pasa con sus derechos patrimoniales en la creación de las obras enmarcadas en esta relación de subordinación y dependencia, o una norma que venga a operar de forma subsidiaria a la interpretación del artículo 8 de la LPI. Establecer un artículo 8 bis, que exprese lo que pasaría en aquellos casos estableciendo que, como premisa general, la transferencia de derechos sea como las partes en razón de su autonomía de la voluntad establezcan, y que en subsidio exista una presunción legal a favor del empleado, sólo en aquellos casos de ausencia de ley, y con los límites que la misma norma del artículo 51 del TRLPI establece.

#### 2.2.2. Incorporación de una Norma Especial de Titularidad de los Videojuegos Creados bajo una Relación Laboral

Como segunda propuesta, será importante recordar lo ya mencionado por las obras cinematográficas. Ya hemos señalado que constituyen una excepción de titularidad, y son consideradas obras especiales, pues tiene un tratamiento distinto, como lo tienen las enciclopedias, las antologías y los diarios, revistas y demás publicaciones periódicas. La propuesta que queremos señalar es crear una normativa que, de cierta forma sea muy similar a lo que ya se ha hecho con la obra cinematográfica.

Si pensamos el videojuego como lo hemos hecho desde el inicio, cualquier obra intelectual tiene protección en el derecho de autor, razón por la cual, los videojuegos también deben y son protegidos por el derecho de autor. Así, la norma del artículo 3° de la LPI no es taxativa y, por tanto, al señalar que “*Quedan especialmente protegidos [...]*” implica que cualquier obra por el sólo hecho de la creación goza de protección jurídica. Esto es una premisa fundamental que no merece discusión. El problema radica al momento de pensar en quién o quiénes serán los titulares del derecho de autor de un videojuego.

Como hemos señalado, nuestra propuesta es crear una norma específica para el videojuego que venga a regular lo que pasaría con la titularidad de la obra, siendo en parte transferida a la empresa desarrolladora. Por lo tanto, proponemos una norma similar a la del artículo 25 de la LPI, mencionando que la titularidad de los derechos del videojuego corresponderá a la “empresa desarrolladora”. Así también, elaborar un concepto para “empresa desarrolladora” que comprenda la obra como un todo, empresa encargada de realizar el programa computacional como la obra audiovisual en su conjunto.

Lo importante para esta propuesta de *lege ferenda*, será entender el porqué es importante incorporarla como una obra específica, que esté consagrada específicamente dentro de las obras protegidas por el artículo 3° de la LPI, incorporando un numeral 19 en lista: “Los videojuegos.”, y elaborar una extensión que exprese lo que ocurre con la obra, de la misma manera que la ley lo hace con las obras cinematográficas.

Uno de los temas fundamentales a regular será la transferencia de derechos de los trabajadores a la empresa desarrolladora, que para el caso serán los derechos patrimoniales de los trabajadores creadores de obras intelectuales, pero un tema no menor será lo que ocurre con los derechos morales. Como sabemos, los derechos morales no pueden ser transferidos por pacto entre vivos, razón por la cual un tema muy importante será saber qué ocurre con los derechos morales de los trabajadores de la empresa desarrolladora. Proponemos una norma similar a la del artículo 30 de la LPI<sup>177</sup>, que establezca los derechos de paternidad de las obras de los trabajadores como una obligación de la empresa desarrolladora hacia sus trabajadores, existiendo o no pacto que haga de cesión.

Siguiendo la idea de esta norma, también, será importante contemplar el inciso segundo del artículo 27<sup>178</sup>, la cual señala lo que ocurre en una obra cinematográfica en colaboración, salvo pacto en contrario, donde se presumen autores a demás sujetos que no son el productor.

Esta norma viene de cierta forma a ayudar a comprender la complejidad de la obra cinematográfica, como lo es también el videojuego, y a su vez, nos ayuda para la argumentación de descartar una regulación analógica de la obra cinematográfica al videojuego.

A nuestro parecer, comprender el videojuego como una obra cinematográfica si bien puede ayudar en muchos ámbitos, es también un límite respecto de la obra en sí misma. El artículo 27 inciso segundo establece una presunción de sujetos que podrían ser considerados en una obra

---

<sup>177</sup> Artículo 30, Ley N° 17.336.- “El productor cinematográfico está obligado a consignar en la película para que aparezcan proyectados, su propio nombre o razón social, y los nombres del director, de los autores de la escenificación, de la obra originaria, de la adaptación, del guión, de la música y de la letra de las canciones, y de los principales intérpretes y ejecutantes”.

<sup>178</sup> Artículo 27, inciso segundo, de la Ley N° 17.336: “Salvo prueba en contrario, se presumen coautores de la obra cinematográfica hecha en colaboración, los autores del argumento, de la escenificación, de la adaptación, del guión y de la música especialmente compuesta para la obra, y el director.”

audiovisual perfectamente, pero deja de lado a todos los trabajadores que comprende el área de desarrollo del software. Tal norma no podría ser análoga a una situación que no regula un aspecto de la obra, que es fundamental y que no puede ser excluida.

Es por esta razón que, a nuestro parecer, descartamos una regulación analógica del videojuego con la normativa de la obra cinematográfica. No cabe duda de que nos ayuda enormemente, pero debemos ser precisos en que los videojuegos, son obras en constante movimiento, razón por la cual no cabe y no cabría encasillarlas, pues la ininterrumpida evolución del videojuego hace que un día puedan ser entendida de esta manera y análoga, pero mañana ya no sea una solución suficiente.

## CONCLUSIONES

Comprender y definir el concepto de videojuego fue fundamental, como primer acercamiento, para entender el videojuego como obra intelectual. El videojuego es un concepto que se encuentra en constante evolución y tiene directa relación con la modernización de la tecnología. Lo que se entiende por videojuegos en los años setenta no es ni será lo mismo que se entiende hoy o en unos años más. Por lo tanto, tal y como lo expusimos, la definición planteada responde a un concepto lo suficientemente amplio (para hoy) que permite abarcar a los videojuegos independiente del soporte visual en que se desarrolle, sin perjuicio de que será siempre un concepto que se verá supeditado a la evolución tecnológica de la misma.

De la mano con lo anterior, expusimos que existía consenso al concepto en un sentido técnico, entendiendo que los elementos de un videojuego son dos: el *software* y el *hardware*. El primero, se encuentra regulado por el derecho de autor nacional como “programas computacionales”, siendo un concepto símil entre ambos para doctrina mayoritaria como para nosotros. En cambio, el segundo elemento sólo puede ser protegido por la propiedad industrial y, por tanto, escapa de la problemática planteada.

Por otra parte, logramos dilucidar que la unidad productiva que presta los medios necesarios para la creación y el desarrollo de un videojuego es lo que consideramos como “empresa desarrolladora”. Ésta es un grupo interdisciplinario que se forma con un equipo de profesionales de distintas ramas cuyo propósito es el diseño creativo de la idea, la que puede ser propia o propuesta por terceros, que busca desarrollar tanto la línea argumental y diseño estético, como la tecnología aplicada en el motor de cualquier dispositivo electrónico. Esta empresa desarrolladora es, a su vez, el empleador de este equipo profesional, encargada de guiar y dirigir el proyecto mismo. Su importancia radicó en comprender que esta unidad es sujeto de derechos de autor y que sobre ésta serán cedidos o transferidos los derechos de sus dependientes.

Así, la titularidad del derecho de autor se encuentra supeditada a una presunción general en beneficio del autor mismo de la obra, o sea, que por el sólo hecho de la creación de la obra, el autor goza de una protección jurídica, que a su vez es presumida como suya. Esta presunción es desvirtuada por las excepciones que contempla la LPI como obras específicas. Por lo anterior es que propusimos un análisis de algunas de estas excepciones, teniendo un especial cuidado con los programas computacionales regulados en el artículo 8 inciso segundo y tercero, como

las obras cinematográficas reguladas los artículos 25 y siguientes, todos de la LPI.

De esta manera, lo que expresa la norma en el artículo 8 inciso segundo de la LPI es una cesión legal, en la cual el empleador obtiene los derechos de las obras que sus “dependientes” crean en el desempeño de sus funciones.

Entendemos que estos dependientes se encuentran inmersos en una relación laboral, entendiendo por ésta última un vínculo donde el trabajador traslada la “utilidad patrimonial” de la que se beneficia el empleador, a cambio de una prestación pecuniaria que este último le entrega a cambio. Todo, desde una relación de subordinación y dependencia entre el trabajador y el empleador. En este sentido, podemos exponer que lo que busca el empleador es y será que la actividad del trabajador siempre vaya acompañada de una cesión de esta utilidad patrimonial a su favor.

Sabemos que esta cesión se encuentra aparejada con una transferencia de derechos por parte de un trabajador-autor hacia su empleador, en el contexto de una relación laboral, como ya expusimos. No obstante, concluimos que dicha cesión respondía a una premisa netamente excepcional, pues en base a las normas supletorias y generales contenidas en la LPI, podemos evidenciar que no existe, en la legislación nacional, una norma de general aplicación que regule o se haga cargo de la titularidad de los derechos del autor en las obras creadas por éste en el contexto de una relación laboral.

Entonces, el problema que se generó estaba basado en la comprensión acerca del cómo se resguardaba la obra intelectual del videojuego a la luz de la LPI. Encontramos cinco formas de entender el videojuego como obra en el derecho de autor nacional: como programa computacional; como obra audiovisual; como obra colaborativa; como obra colectiva; o como obra cinematográfica, donde distinguir por una u otra influyó a la hora de discriminar si es que en cada una de ellas opera la presunción de titularidad u operaban las excepciones ya comentadas.

Ahora, creemos que en Chile los videojuegos deben ser entendidos, al igual como lo hace la doctrina española, como dos obras intelectuales distintas. El videojuego debe ser protegido por el derecho de autor bajo dos regímenes independientes entre sí, donde por un lado encontramos el programa computacional o software, y por otro, la obra audiovisual que representa al videojuego mismo.

En este sentido, desde una mirada híbrida al videojuego, señalamos que las normas aplicables a ambas obras intelectuales, por el derecho de autor y demás leyes, para explicar su titularidad, son:

1.- Para el programa computacional, lo que existe en el **artículo 8 inciso segundo de nuestra LPI** no es precisamente una presunción de transferencia de derechos, sino más bien, conceptualmente hablando, una “cesión legal”, donde el derecho no supe o subsidia la norma, sino que existe un mandato legal de hacer cumplir lo señalado en la regla, salvo que la autonomía de las partes, en virtud de su derecho de libertad contractual, estipulen de forma expresa lo contrario. Descartando de esta manera, una transferencia originaria por parte del empleador, como lo hacía la tesis laboral planteada en nuestra investigación.

2.- Para la obra audiovisual, la norma que define al “productor audiovisual”, o sea, el **artículo 3 letra f) de la Ley N° 19.981**, es la solución al problema de la titularidad de la obra, teniendo en cuenta una interpretación gramatical de la ley, como una interpretación lógica semántica de la misma. En respuesta al vacío legal de la LPI sobre la titularidad de las obras audiovisuales, es que la Ley N° 19.981 en su artículo 3 letra f) viene a responder de forma clara y expresa esta problemática de titularidad.

Con el propósito de definir una posición clara y fundamentada a la problemática, es que recurrimos al derecho comparado, en específico, a la legislación y doctrina española. De este estudio pudimos descubrir que el derecho de autor español contempla una norma específica para todos aquellos casos en que hay autores creadores inmersos en una relación laboral. El artículo 51 del TRLPI es un precepto que era fundamental entender, ya que marca una clara diferenciación con respecto a muchas otras legislaciones en materia de derechos de autor del sistema continental y en América Latina, estableciendo una presunción general de transferencia de titularidad al empleador para todos aquellos casos en que no existe un pacto que lo regule.

No obstante, el mismo artículo 51.5 establece una distinción, apartándose completamente de la titularidad de los programas computacionales y señala una remisión a otra norma del mismo cuerpo legal, mucho más importante para el estudio.

A mayor abundamiento, los programas computacionales en España tienen una normativa

específica para ellos, llegando incluso a regular de forma expresa lo que ocurre cuando un trabajador asalariado crea un programa computacional (artículo 97.4 del TRLPI). Esta norma señala muy cuidadosamente que la titularidad de los derechos de explotación de los programas de ordenador corresponde al empresario.

Parte de la doctrina española señalaba que, como el TRLPI en su artículo 51 regula la transferencia de derechos de autor asalariado en forma general y presumiendo la transferencia de titularidad al empleador, hacen la distinción con respecto a que, en el caso de los programas computacionales, no existe una presunción, sino más bien una cesión legal que establece el artículo 97.4, donde el trabajador no puede acreditar, con ninguna prueba o forma, su reserva de derechos económicos (como sí podría hacerlo en virtud de su artículo 51) y sólo puede ser desvirtuada por pacto en contrario.

Por lo tanto, la clara distinción entre ambas normas es una cuestión que no existe en la legislación nacional. Si bien lo que tenemos en la LPI es una presunción general de titularidad, y las ya estudiadas excepciones, no existe una norma que establezca una presunción de titularidad a nombre de los empleadores, respecto de la creación de una obra intelectual en el contexto de una relación laboral, y que, a la vez, nos ayude a responder y aplicar en todos aquellos casos donde existe ausencia de norma específica.

Ahora, desde el punto de vista de las obras audiovisuales, el TRLPI sí define lo que son, lo que la hace mucho más especial a la hora de tomarla en consideración como elemento del videojuego. Respecto a la titularidad de estas obras, concluimos que el legislador español adoptó una concepción pluralista de autoría, en una clara contraposición a una teoría monista que promueva la existencia de un solo autor de la obra audiovisual, es decir, o bien el productor o bien el director-realizador, tal y como lo hace la Ley N° 19.981 al definir al productor audiovisual. Al igual que en el programa de ordenador, el TRLPI establece una cesión legal al productor, en palabras muchos más interpretables, pero llegando a la misma conclusión.

Finalmente, realizamos una propuesta de interpretación sistemática bajo la legislación actual (*Lege Lata*), y continuamos con una propuesta de solución al problema mediante la reforma al derecho vigente (*Lege Ferenda*). Todo, con el propósito de llegar a una “posible” alternativa de solución.

Desde la perspectiva de *lege lata*, consideramos que la mejor forma de proteger al videojuego era entenderlo como una obra híbrida. De esta forma, cuando hablamos de una protección jurídica híbrida nos referimos a que el ámbito de protección es dual, que la titularidad de derechos se da de forma diferenciada, para dos conjuntos de trabajadores: para los creadores y desarrolladores del software<sup>179</sup>; y lo profesionales que aportan con sus creaciones a la obra audiovisual, según la titularidad cedida al productor audiovisual<sup>180</sup>

Desde una mirada de *lege ferenda*, propusimos dos soluciones: la primera, consistente en una norma o sección específica que sea contemplada por la LPI que trate en específico las situaciones problema de todo trabajador creativo dentro de las relaciones de subordinación y dependencia con el empleador; la segunda, correspondiente a una regulación específica al videojuego a ser incorporada al capítulo V, párrafo II, agregando la obra del videojuego como una excepción a las normas generales del derecho de autor.

En el primer caso, propusimos y llegamos a la conclusión de que es necesaria la introducción de una norma que venga a operar de forma subsidiaria a la interpretación del artículo 8 de la LPI. En términos concretos, crear un **artículo 8 bis**, estableciendo que, como premisa general, la transferencia de derechos sea tal como las partes lo acuerden, en razón de su autonomía de la voluntad y, en subsidio, la existencia de una presunción legal a favor del empleador, pero sólo en aquellos casos de ausencia de ley, y con los límites que la misma norma del artículo 51 del TRLPI establece.

En el segundo caso, propusimos crear una normativa que de cierta forma sea muy similar a lo que ya se ha hecho con la obra cinematográfica y, por tanto, propusimos una símil a la del artículo 25 de la LPI, en la que se mencionará que la titularidad de los derechos del videojuego corresponderá a la “empresa desarrolladora”. También es importante cubrir la necesidad de elaborar un concepto para empresa desarrolladora que comprenda la obra como un todo, empresa encargada de realizar el programa computacional como la obra audiovisual en su conjunto.

Para finalizar, hemos comprendido que la hipótesis planteada si bien fue acorde a lo previsto y este estudio nos ayudó a confirmar nuestra teoría principal, es también cierto que sólo pudimos

---

<sup>179</sup> En virtud del artículo 8 inciso segundo de la LPI.

<sup>180</sup> En virtud del artículo 3° letra f) de la Ley N° 19.981.

dar respuesta con la legislación actual escapando de la legislación del derecho de autor. En efecto, tuvimos que recurrir a otras leyes para complementar la idea de la transferencia de titularidad.

En conclusión, la presente tesis nos ayudó a comprender que lo que existe realmente, según las dos normas que ya planteamos, es una cesión de derechos a favor del empleador en ambos casos, tanto en el programa computacional como en la obra audiovisual, o sea que, en ambos lo que tenemos es un mandato expreso del legislador, donde el autor-trabajador se encuentra en la obligación de transferir sus derechos sobre la obra, a menos que un pacto diga lo contrario.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABRAGAMES (Asociación Brasileña de Desarrolladores de Videojuegos), “*Plan Director de la Promoción de la Industria de Desarrollo de Juegos Electrónicos en Brasil*”, Diciembre 2004.
- AEVI, Asociación Española de Videojuegos. Documentación, 2014, disponible en: <http://www.aevi.org.es/documentacion/el-codigo-pegil/>
- BLANCH R. Josep M, ESPUNY T. María J, GALA D. Carolina, ARTILES Antonio (2003). “*Teoría de las Relaciones Laborales. Fundamentos*”. Barcelona. Ed. UOC.
- BOUZA L. MIGUEL A: “*La protección jurídica de los videojuegos*”. (1997) Editorial Marcial Pons, Madrid.
- BRAVO, S. Daniel, (2005). *Aproximación a la Validez y Obligatoriedad de las licencias de software libre ante el Derecho Chileno*. v. 0.21, febrero de 2005.
- CALVO, A. M. (1996): “*Los videojuegos: del juego al medio didáctico*”. En J. Salinas (coord.) *Educat 95: Redes de comunicación, redes de aprendizaje*, pp. 331-340, Mallorca: Servicios de Publicación de la Universidad de las Islas Baleares.
- CID B. Judit G. y MERELLO G. Andrea A; “*Patentes de Invención y Software*”. (Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales) Santiago, Universidad Chile, Facultad de Derecho, 2007.
- COLIL O, Mauricio. “BOUZA L. MIGUEL A: “*La protección jurídica de los videojuegos*”. (1997) Editorial Marcial Pons, Madrid.
- GARFIAS F, José Angel. “*La industria del videojuego a través de las consolas*”. *Revista Mexicana de ciencia Política y social* [online]. 2010, Vol.52, N°209, pp.161-179.
- GARCÍA T. Elena. “*Relación laboral y propiedad intelectual: La especial configuración de la prestación de servicios de los autores asalariados*” Estudio realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D del Ministerio de Educación. *Revista Justicia Laboral* (2012).
- GLEZ M, Yasmina. “Videojuegos, no sólo una cuestión de propiedad intelectual”. *A Definitivas* (2020). Disponible en: <https://adefinitivas.com/arbol-del-derecho/videojuegos-no-solo-una-cuestion-de-propiedad-intelectual-a-cargo-de-yasmina-i-glez-muller/>
- GOZÁLEZ I, GONZÁLEZ J. y GOMÉZ-ARRIBAS F. “Hardware libre: Clasificación y desarrollo de hardware reconfigurable entorno GNU/Linux” (2003) Artículo de la Universidad Autónoma de Madrid, consultado en línea con fecha 05.01.2018.

- GREENSPAN, David. BOYD, Gregory. PUREWAL, Jas. “Videojuegos y la P.I.: perspectiva mundial”. Revista de la OMPI. (abril 2014). Disponible en: [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/es/2014/02/article\\_0002.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2014/02/article_0002.html)
- GUIDI M, Caterina. “Principio de la Titularidad Autoral Laboral. Obras Creadas en Relación de Dependencia”. *Revista de Derecho de la Empresa*. Octubre-Diciembre (2008). pp. 123-150.
- MONTOYA M. Alfredo (1978). “*Derecho y Trabajo*”. Madrid. Ed: Civitas S.A.
- MOYA G, Marie Claude. “*Informática Jurídica*”. Editorial Jurídica de Chile (1991).
- NEWMAN, James. (2004). “*Videogames*.” Londres: Routledge Taylor & Francis Group.
- RAMOS A, LÓPEZ L, RODRÍGUEZ A, MENG T, ABRAMS S. (2013) “*The Legal Status of Video Games*”. Ed. World Intellectual Property Organization.
- RAPOSO M. “Estructura y Evolución Reciente de la Industria del Videojuego”. *Palermo Business Review*, Volumen N°1, abril 2008. pp. 61-72.
- RODRÍGUEZ H, José, ÁLVAREZ C. Henar (2004). “*La Siempre Conflictiva Relación Laboral del Trabajador Intelectual y un Apunte Específico para el Creador de Software*”. León, España: Ed. Universidad de León.
- RODRÍGUEZ T, José M. (1992) “*La Cesión en Exclusiva de Derechos de autor*”. Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces.
- ROJAS M. Irene (2015). “*Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo*”. Santiago, Chile. Legal Publishing Chile.
- SIERRA H, ALFREDO. y BERNET P, MANUEL ANTONIO. (2020). “*Régimen jurídico de los programas computacionales elaborados por trabajadores en Chile*”. *Revista Ius et Praxis* [online], 26(2), pp. 254-273.
- SCHUSTER V, Santiago (2004). “*El autor: ¿Un Concepto en Crisis?*” *Derecho de Autor. Un Desafío para la Creación y el Desarrollo*. Simposio Internacional, sobre Derecho de Autor, Consejo Nacional de la Cultura y las Artes. Santiago. Ed. LOM Ediciones.
- SCHUSTER V, Santiago. “*Derechos de autor en las relaciones laborales y su vínculo con el tratado de libre comercio entre Chile y Estados Unidos*”. *Estudio de Derecho y Propiedad Intelectual. Colección de Trabajos en Homenaje a Arturo Alessandri Besa*. Abril 2011, pp. 369-384.
- SCHUSTER V, Santiago. “*Regulación de los Programas de Computación en el Orden Jurídico Interno e Internacional*”.
- TEJEIRO, R. y PELEGRINA M. “*Los videojuegos: Qué son y cómo nos afectan*”. (2003)

Editorial Ariel, Barcelona.

- THAYER A. William y NOVOA F (1989) “*Manual de Derecho del Trabajo, Tomo I*” Santiago. Editorial Jurídica.
- TRIPP, Simon. GRUEBER, Martin. SIMKINS, Joseph. And YETTER, Dylan. *Video Games in The Century: The 2020 Economic Impact Report*. Entertainment Software Asociation. (2020) EE.UU, pp. 1-60.
- URQUIETA C. 2007. La obra audiovisual: autoría y titularidad a la luz de la ley de propiedad intelectual y la ley de fomento audiovisual. *Revista de Magister y Doctorado en Derecho* N°1, 2007, pp. 201 – 218.
- VALDÉS A. Alberto. “*Contenido y límites de la cesión de derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual a través de contrato de trabajo [Comentario a la sentencia 219/2007 de 7 de mayo, del Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona]*” [Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento, N° 22, 2008](#). pp. 371-385.
- VALDÉS A. Alberto. “*Los Derechos de autor de los profesionales de los medios audiovisuales*” *Revista Comunicación y estudios universitarios*, ISSN 1132-127X, N° 7, 1997, pp. 15-32.
- VG Chile, 2010, disponible en: <http://videogameschile.com/vgchile>
- WALKER E, Elisa (2004). “*Manual de Propiedad Intelectual*”. Santiago: Ed. Thomson Reuters.
- WIPO Glossary of terms of the law of Copyright and neighboring rights [Fecha de consulta 5 de diciembre de 2021] Disponible en: [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo\\_pub\\_816.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_816.pdf)
- World Intellectual Property Organization. Temas de Actualidad. *Videojuegos*. Disponible en: [https://www.wipo.int/copyright/es/activities/video\\_games.html](https://www.wipo.int/copyright/es/activities/video_games.html)
- ZUÑIGA A, Cristián. “*El trabajador Creativo, la Innovación y la Competencia*”. (Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2009.

#### **Jurisprudencia:**

- Rol N° 2240-1997, 16.09.1999, CS, LexisNesis Chile, [Consulta: 01.07.18].
- Rol: 44.948-2019, 28.01.2018, CS, caratulada “*Octavio Gómez Fuentes con Empresa Nacional de Minería,*” extraída de: <https://wipolex.wipo.int/es/text/1175>

- Riot Games, Inc. v. Shanghai Moonton Technology Co., Ltd. et al, Docket Number: 2:17-cv-04986, date case file 2017-07-06, Central District of California.

**Otros:**

- BARRUETO, Carmen. BARRUETO, Mario (2010). *Derechos de autor en general y derechos morales y patrimoniales de los intérpretes y ejecutantes de las obras plasmadas en formato audiovisual en especial*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Chile.
- BORJAS, Sydney (2013) Los derechos de autor en la obra audiovisual. Universitat Oberta de Catalunya, España.
- CID, Judith. MERELLO, Andrea. (2007). Patentes de Invención y Software. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Chile.
- DE LA FUENTE M, Mónica, REVECO G. Rodrigo. “*Contrato de Trabajo y Titularidad de Derechos de Autor. Régimen Jurídico de los Derechos de Explotación sobre Obras Intelectuales Creadas en el Marco de una Relación Laboral en Chile*”. (Tesis para optar al grado de Linceado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2009.
- HERRERA, Dina (1999) Propiedad intelectual. Derecho de autor. Ley 17.336 y sus modificaciones. Editorial Jurídica, Chile.
- OMPI (1961) Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. Roma, 26 de octubre de 1961.
- Decreto 277. “Reglamento ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual”. Diario Oficial del Estado, 28 de octubre de 2013.
- Ley 19.889. “Regula las condiciones de trabajo y contratación de los trabajadores de artes y espectáculos”. Diario Oficial del Estado, Chile, 24 de septiembre de 2003.
- Ley 20.243. “Establece normas sobre los derechos morales y patrimoniales de los intérpretes de las ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual”. Diario Oficial del Estado. 5 de febrero de 2008.