

EL DERECHO DE AUTOR EN LAS OBRAS CREADAS POR ENCARGO Y EN EL MARCO DE UNA RELACIÓN LABORAL

Por: María Carolina Uribe Corzo

1. OBRA CREADA POR ENCARGO

La obra creada por encargo es una figura jurídica, propia del derecho de autor, que surge como consecuencia de la celebración de un contrato de prestación de servicios entre una parte llamada *contratista*, quien se obliga a la elaboración de una obra según las instrucciones y especificaciones impuestas por la otra, denominada *contratante* o *comitente*. De acuerdo con la ley 23 de 1982, el comitente será el titular derivado de los derechos patrimoniales sobre la creación intelectual y se compromete por su parte a utilizarla de la forma estipulada en el contrato y al pago de la remuneración acordada en favor del autor o contratista.

El artículo 20 de la Ley 23 de 1982 tipifica la obra creada por encargo, señalando sus elementos esenciales y efectos de la siguiente manera *"Cuando uno o varios autores, mediante contrato de servicios, elaboren una obra según plan señalado por persona natural o jurídica y por cuenta y riesgo de ésta, solo percibirán, en la ejecución de ese plan, los honorarios pactados en el respectivo contrato. Por este solo acto, se entiende que el autor o autores transfieren los derechos sobre la obra, pero conservarán las prerrogativas consagradas en el artículo 30 de la presente Ley, en sus literales a) y b)."*

Para iniciar el estudio de la obra creada por encargo se debe señalar que el artículo 20 de la ley autoral exige que el acuerdo que celebran las partes, con el fin de elaborar la obra por encargo, se realice en virtud de un *contrato de servicios*. Al interpretar esta norma y siguiendo la posición de la doctrina y de la Dirección Nacional de Derecho de Autor se debe resaltar que *"...la nombrada disposición se refiere exclusivamente a las obras encargadas a través de un contrato de prestación de servicios..."*¹ y *"...aunque el texto es ambiguo al utilizar la expresión "contrato de servicios", al analizarlo en su integridad se concluye que únicamente se refiere al contrato de prestación de servicios..."*²

En efecto, el artículo 20 de la ley 23 de 1982 al establecer que la existencia de una obra por encargo, se determina por los efectos derivados de un contrato de prestación de servicios y no de uno de diferente naturaleza, excluye de su aplicación aquellas obras creadas en el marco de un contrato de trabajo³. La razón de tal exclusión, aparte de la consabida autonomía y discrecionalidad del legislador en la configuración del

¹ Concepto de la Dirección Nacional de Derecho de Autor. Régimen de Transferencias. Mayo 16 de 2005.

² Carlos Hernán Godoy Fajardo, El Contrato Laboral y de Prestación de Servicios: ¿Herramienta idónea para la transferencia de derechos? Seminario Internacional "El derecho de Autor en el ámbito Universitario" Bogotá, Agosto de 2004. Pág. 6.

³ Como regla general, toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, por medio del cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración denominada salario.

ordenamiento, puede explicarse en razón a que entre los elementos propios del contrato de trabajo se encuentra la continuada subordinación o dependencia del trabajador frente al empleador, situación que es ajena a la esencia del contrato de prestación de servicios. Por ende, la misma, también resulta extraña a la figura de la obra creada por encargo.

TITULARIDAD DE LA OBRA CREADA POR ENCARGO Y TRANSFERENCIA DE DERECHOS DE AUTOR

Como principio general del derecho autoral, cuando un autor realiza una creación intelectual le corresponde la titularidad originaria sobre la obra y en consecuencia puede ejercer plenamente las prerrogativas, tanto morales como patrimoniales, otorgadas por la ley. Sin embargo, la ley regula de manera diversa la titularidad sobre los derechos de autor cuando la obra es encargada por una persona natural o jurídica, quien le da al autor un plan específico para la creación y corre con los gastos y riesgos de ésta.

No obstante la existencia de un régimen común sobre derecho de autor para la Comunidad Andina, establecido en la decisión 351 de 1993, la obra creada por encargo puede ser objeto de diversas regulaciones, por cuanto para efectos de adjudicar su titularidad a quien la encarga, ya sea de forma originaria o derivada, el artículo 10 de la decisión remite a la legislación interna de cada país miembro.

En ese orden de ideas y al estudiar la Ley 23 de 1982 encontramos que, para efectos de señalar los titulares de los derechos de autor, el artículo 4 establece e incluye como titular a la persona natural o jurídica que, en virtud de un acuerdo de voluntades entre las partes, obtenga por su cuenta y riesgo la producción de una obra científica, literaria o artística realizada por uno o varios autores. De esa manera, la ley reconoce a quien realiza el encargo como titular de la creación intelectual; sin embargo, omite determinar la clase de titularidad que la persona ejercerá sobre la obra, es decir, no se señala si el comitente de la creación intelectual, ejercerá sus derechos en virtud de una titularidad originaria o derivada de la transferencia de derechos.

Para determinar la clase de titularidad ejercida por el comitente sobre la obra se hace necesario acudir al principio general de nuestro sistema del derecho de autor, según el cual existe una equivalencia o identidad entre los conceptos de autoría y titularidad originaria. En otras palabras, la titularidad originaria se encuentra en cabeza del creador intelectual, por cuanto la persona que encarga la creación, al no ser su autor, será considerada siempre titular derivado de los derechos patrimoniales sobre la obra.

Respecto al modo de adquirir los derechos patrimoniales sobre la obra creada por encargo, la jurisprudencia sobre la materia y destacada doctrina, hoy en día, aceptan que el comitente de la obra adquiere la titularidad derivada de los derechos patrimoniales en virtud de una **Presunción Legal de Cesión**. En la medida que se configuren los elementos descritos en el artículo 20 se presume, a menos que exista pacto en contrario, que el autor transfiere sus derechos patrimoniales a la persona que encarga la obra, quien en consecuencia ejerce sobre ésta una titularidad derivada. En cabeza del autor quedan radicados exclusivamente los derechos morales establecidos en los literales a) y b) del

artículo 30 de la ley, es decir, los relativos a la paternidad e integridad de la creación intelectual.

La Corte Constitucional en **sentencia C-276 de 1996**⁴, establece la existencia de dos vías viables para adquirir la titularidad derivada, una de ellas es la Cesión, que a su vez tiene dos modalidades, una convencional y otra denominada *Cessio legis*, o por disposición legal. La segunda vía es la presunción legal de cesión o presunción de cesión establecida en la ley salvo pacto en contrario o también llamada presunción de legitimación.

En cuanto al caso específico de la obra creada por encargo, en ese mismo pronunciamiento, la Corte Constitucional reconoció que la transferencia de los derechos patrimoniales de la obra encargada opera en virtud de una presunción legal de cesión, y señala que esta modalidad de cesión “(...) *antes que vulnerar el principio de libertad contractual de las personas, lo reivindica, pues radica, salvo acuerdo expreso en contrario, la capacidad de disposición sobre la obra en quien la impulsa, la financia, realiza las correspondientes inversiones y asume los riesgos, sin menoscabar con ello los derechos morales de cada uno de los colaboradores y sin restringir su capacidad para libremente acordar los términos de sus respectivos contratos. Es claro, que en cada caso particular primará la voluntad de las partes, las cuales podrán libre y autónomamente acordar los términos de contratación; sin embargo, en el evento de que no se estipule cosa distinta se aplicará la presunción legal de cesión de los derechos patrimoniales consignada en el artículo 20 de la ley 23 de 1982(...)*”⁵ Negrillas fuera de texto.

Así mismo, el Consejo de Estado señala “(...) *la transferencia de derechos de autor a través de contratos de prestación de servicios debe ser tratada como una forma especial de transmisión de los derechos patrimoniales, tanto así que el legislador la elevó al grado de presunción legal; sería un contrasentido exigir una solemnidad como el reconocimiento ante notario o la escritura pública para la validez del negocio jurídico y de otra reconocer la existencia del derecho del empresario o comitente aunque no hubiese pactado nada al respecto en el contrato de prestación de servicios respectivo (...)*”⁶ Negrillas fuera de texto.

En ese orden de ideas, se debe entender que en la obra por encargo se presume la transferencia total de los derechos patrimoniales sobre la obra, es decir, la transferencia comprende todos los derechos patrimoniales y modalidades de explotación, conocidas o por conocer, y sus efectos son ilimitados espacial y temporalmente.

Esta interpretación puede ser objeto de debate, por cuanto la decisión andina 351 de 1993 en su artículo 31 establece que la transferencia de derechos patrimoniales debe ser expresa y es limitada por lo pactado en el contrato. Además, el artículo 78 de la Ley 23 de 1982 consagra el *principio de interpretación restrictiva de los contratos*, según el cual no se

⁴ Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-276 de 1996, junio veinte (20) de mil novecientos noventa y seis (1996), exp. No. D – 1163.

⁵ *Ibíd.*

⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Susana Montes de Echeverri. Bogotá D.C. octubre veintitrés (23) de dos mil tres (2003). Rad. No. 1.538. Se levanta la reserva legal el 29 de octubre de 2007.

admite el reconocimiento de derechos más amplios de los expresamente concedidos por el autor.

Al respecto, se debe señalar que, pese a que esas normas contienen principios que se refieren a la transferencia de los derechos de autor y en consecuencia, la transferencia de la totalidad de los derechos no tendría validez, en el caso específico de la obra creada por encargo esas normas no resultan vulneradas, por cuanto es la misma ley la que establece y determina el alcance de la transferencia. Al respecto Juan Carlos Monroy señala "*...La presunción de transferencia en virtud de la existencia de un contrato de obra por encargo tiene un alcance global o general, esto significa que respecto de este contrato no puede predicarse la obligación o carga contractual de delimitar la transferencia de los derechos patrimoniales. (...) Por excepción, si el autor quiere reservarse algún(os) o todos los derechos patrimoniales, entonces dicha reserva o pacto en contrario sí tiene que ser expresa o delimitada.*"⁷

Es importante señalar que toda presunción legal puede ser desvirtuada y admite prueba en contra, lo que implica que no todo contrato de prestación de servicios que tenga como objeto la elaboración de una obra supone la transferencia de sus derechos. Las partes, con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad, pueden acordar libremente las cláusulas del contrato y excluir su relación de la aplicación del artículo 20 de la Ley 23 de 1982. En efecto, las partes pueden acordar que el autor sea el titular de los derechos patrimoniales y se reserve su ejercicio, es decir, *siempre que el autor disponga contractualmente con quien encarga la obra que algunos o la totalidad de sus derechos seguirán como parte de su acervo patrimonial, los efectos de la citada presunción no surgen a la vida jurídica.*⁸

Finalmente, debemos resaltar que pese a que la cesión de derechos opera en virtud de una presunción legal, no se puede desconocer que el autor es quien realiza efectivamente la creación intelectual, y como reconocimiento a su labor la ley establece que él conservará algunas prerrogativas morales. Éstas son: "*...a) Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta ley; b) A oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o causen perjuicios a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por éstos...*".

Aunque las prerrogativas morales se mantienen en cabeza del autor, la ley establece una limitación a los derechos del autor, por cuanto el creador intelectual no podrá ejercer sus derechos de modificación, de retracto y de ineditud, los cuales se caracterizan por ser perpetuos, inalienables, irrenunciables, inembargables e imprescriptibles. Lo que implica, entre otros aspectos, que "*la obra, desde que es objeto del encargo, tiene vocación de*

⁷ Juan Carlos Monroy. Transferencia de Derechos de Autor en virtud del Contrato de Obra por Encargo. Revista de Propiedad Inmaterial. Universidad Externado de Colombia N.8. Primer Semestre de 2004. Pág. 39.

⁸ Concepto de la Dirección Nacional de Derecho de Autor. Implementación del artículo 20 de la Ley 23 de 1982. No. de Radicación 1-2004-21716 de Diciembre 22 de 2004.

*divulgación o publicación, pues su autor carece del derecho a conservarla inédita y no le es posible ejercer el derecho de retracto."*⁹

REQUISITOS ESENCIALES PARA LA EXISTENCIA DE UNA OBRA CREADA POR ENCARGO.

El artículo 20 de la Ley 23 de 1982 señala los elementos esenciales para la existencia de la obra creada por encargo y en consecuencia, pueda operar validamente la presunción legal de cesión. Al momento de verificarse la existencia de todos y cada uno de los requisitos que emanan del artículo 20, la ley presume que los derechos de carácter patrimonial sobre la creación intelectual se radican en cabeza de quien encargó la obra.

Son considerados como requisitos esenciales los siguientes:

- *Un contrato de prestación de servicios celebrado entre el autor de la obra y quien la encarga.* Al respecto la Dirección Nacional de Derecho de Autor señala que "...la presunción establecida en la norma en comento, opera siempre que la obra se elabore en desarrollo de un contrato de prestación de servicios, quedando excluida cualquier otra forma de relación contractual como sería el caso del contrato de trabajo."¹⁰
- *Una persona natural o jurídica encargante.*
- *Uno o varios autores encargados.*
- *Un encargo.* Este es el objeto del contrato de prestación de servicios y consiste en la elaboración de una obra según plan señalado por una persona natural o jurídica y por su cuenta y riesgo.

Lo anterior nos lleva a resaltar que la obra creada por encargo, tal como lo señala la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, es una obra que no ha sido creada por el autor al momento del contrato de prestación de servicios, y sólo es creada en virtud de una serie de instrucciones dadas por el contratante, quien asume los riesgos y gastos de la obra intelectual. Así las cosas, se puede concluir que la obra por encargo se destaca por dos aspectos principalmente: 1. la obra no existe al momento de la celebración del acuerdo; y 2. la obra será creada por el autor siguiendo los parámetros e instrucciones otorgadas por el comitente. Estas características son ajenas a la creación intelectual fruto de la iniciativa exclusiva de su autor y así lo entiende el Consejo de Estado al señalar que la creación y transferencia de la obra creada por encargo son especiales y difieren del régimen general¹¹.

⁹ Guillermo Zea Fernández, El Contrato de Obra por Encargo: Fuente, Título y Modo de Adquirir los Derechos Patrimoniales. Revista La Propiedad Inmaterial, No. 2. Primer Semestre 2001. Pág. 126.

¹⁰ Concepto de la Dirección Nacional de Derecho de Autor. Régimen de Transferencias. Noviembre 21 de 2005.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Susana Montes de Echeverri. Bogotá D.C. octubre veintitrés (23) de dos mil tres (2003). Rad. No. 1.538. Se levanta la reserva legal el 29 de octubre de 2007.

Adicionalmente, resaltamos que si bien el artículo 129 de la Ley 23 de 1982 establece la nulidad de la estipulación en la que el autor compromete de modo general o indeterminadamente su producción futura, la contratación de una obra por encargo no se encuentra afectada de nulidad por cuanto las características esenciales de ésta son señaladas en el contrato. La prohibición legal de comprometer la obra futura no se debe aplicar de manera extensiva a todos los contratos de cesión, se debe tener en cuenta que en el caso de la obra creada por encargo es la misma ley la que estipula la forma y efectos de la cesión de derechos. No obstante lo anterior es importante que el contratante determine de la manera más precisa los elementos esenciales de la obra.

- Un plan señalado por la persona que encarga la obra. Para que la obra sea considerada creada por encargo, su autor, en el proceso de creación, debe acatar o sujetarse a una serie de instrucciones proporcionadas, ya sea previamente o en el transcurso del contrato, por el contratante, quien con éstas busca definir las características de la obra que pretende obtener con el encargo.

Resulta importante resaltar que la ausencia de ese plan, como de cualquier otro requisito esencial, dejaría sin efecto la presunción establecida en el artículo 20 de la ley y en consecuencia los derechos sobre la obra, tanto morales como patrimoniales, se radicarán en cabeza de su autor. Al respecto el profesor Guillermo Zea señala que *"...para que un contrato de obra por encargo sea herramienta jurídica idónea para garantizarle a una persona encargante la titularidad de los derechos patrimoniales de autor sobre una obra a crearse en el futuro, tendrá éste -el encargante- que indicarle al encargado las ideas y el contenido conceptual que determinarán la creación de la obra, pues de lo contrario estaríamos frente a un contrato ineficaz por ausencia de uno de sus elementos esenciales."*¹².

Si bien es cierto que el plan que señala el contratante es indispensable para efectos de determinar la titularidad de la obra creada por encargo, también lo es que la elaboración del plan no es razón suficiente para que el comitente sea considerado su autor; como se tuvo la oportunidad de mencionar, el comitente siempre será considerado titular derivado de los derechos sobre la creación. Recordemos que las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas no son objeto de protección del derecho de autor, por el contrario, se protege de manera exclusiva la forma como éstas son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras, labor que realiza esencialmente el autor.

- La ejecución del contrato por cuenta y riesgo del contratante. Además de ser elaborada la obra según el plan señalado por el contratante, los costos corren por su cuenta y riesgo, lo que supone que quien encarga la obra debe suministrar todos los recursos necesarios para su producción.
- La fijación de los honorarios. La ley señala que el autor de la obra creada por encargo solo percibirá los honorarios pactados en el respectivo contrato. Al ser estos la única

¹² Guillermo Zea Fernández, *Obra Futura: Cesión de Derechos Patrimoniales. Vicisitudes.* Revista La Propiedad Inmaterial, No. 7. Segundo Semestre 2003. Universidad Externado de Colombia. Pág. 5.

contraprestación que recibirá el autor por su obra es importante que exista certeza sobre su monto y estipulación.

NATURALEZA CONSENSUAL O SOLEMNE DE LA TRANSFERENCIA DE DERECHOS EN LA OBRA POR ENCARGO

En cuanto a las formalidades exigidas por la ley para la transferencia o cesión de los derechos de la obra creada por encargo, la doctrina ha sostenido dos posiciones contrarias. Para un sector de la doctrina, una de las principales características de la transferencia de los derechos sobre la obra al contratante es la solemnidad, es decir, el contrato de prestación de servicios debe cumplir con las exigencias y formalidades establecidas en el artículo 183 de la Ley 23 de 1982 y en consecuencia la transferencia debe constar en escritura pública o documento privado reconocido ante notario y registrarse ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor.

Por el contrario, para otro sector de la doctrina la cesión de derechos a favor del comitente de la obra encargada constituye una excepción a la regla general establecida en el artículo 183 de la ley y su naturaleza es meramente consensual. Esta posición tiene como fundamento legal el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, el cual determina que por el solo acto del contrato de prestación de servicios la presunción de cesión se hace efectiva y en consecuencia, sin exigencias adicionales, opera la transferencia de los derechos sobre la obra realizada por encargo.

Respecto al tema, la Dirección Nacional de Derecho de Autor, en un principio, consideraba que la cesión de los derechos patrimoniales de la obra por encargo era un acto solemne. La entidad interpretaba la norma afirmando que ese acto debía atenerse a las formalidades prescritas en la ley. Esa posición se reitera en diferentes conceptos dados por la entidad en donde se resalta, entre otros aspectos, los siguientes:

- "La norma es una condición *ad substantiam actus*: Como requisito de existencia del negocio; trátase de un contrato de cesión, laboral, prestación de servicios, ect., por tanto su omisión conlleva a la inexistencia del contrato. La presunción no implica la transferencia legal automática y por lo tanto se debe cumplir con la formalidad como cualquier otra transferencia."¹³.
- El artículo 183 prevalece y debe aplicarse, por que consagra una disposición clara y suficiente. "El presente contrato se realizará sin desconocer la obligación de la Ley 23 de 1982 en su artículo 183 cuando consagra "*Todo acto de enajenación del derecho de autor sea parcial o total, debe constar en escritura pública, o en documento privado reconocido ante notario, instrumentos que, para tener validez ante terceros, deberán ser*

¹³ ZAPATA LÓPEZ, Fernando y ALVARADO BAENA, Vivian (Directores de Investigación). El Régimen de Transferencia de los Derechos Patrimoniales de Autor. Línea de Investigación. Universidad Externado de Colombia (sin publicar). Bogotá, Febrero de 2002. Pág. 154.

*registrados en la oficina de registros de derechos de autor, con las formalidades que se establecen en la presente Ley*¹⁴.

Aproximadamente a partir del año 2004, la Dirección Nacional de Derecho de Autor replantea su posición y entiende dos puntos fundamentales:

1. El artículo 20 de la Ley 23 de 1982 es una norma especial, la cual rige sobre la norma general establecida en el artículo 183 de la misma ley, lo que implica que *"Al ser el artículo en comento una norma especial, se aplica de manera preferente respecto de cualquier otra norma de carácter general. Así las cosas el contrato de prestación de servicios por medio del cual se encarga la elaboración de una obra, no necesita cumplir con las formalidades establecidas en el artículo 183 de la Ley 23 de 1982"*¹⁵.
2. La ley autoral de manera expresa o a través de presunciones legales establece situaciones especiales donde personas distintas del autor, disfrutarán de los derechos patrimoniales sobre las creaciones. Uno de esos casos es el descrito por el artículo 20 de la Ley 23 de 1982 (...). Esta figura, que se conoce como la obra por encargo, estableció una presunción (iuris tantum) la cual implica la transferencia del derecho patrimonial, siempre que se presenten los elementos descritos en la norma enunciada¹⁶.

Así las cosas, la Dirección Nacional de Derecho de Autor es clara al determinar que la presunción de transferencia de los derechos patrimoniales de la creación a favor de quien encargó la obra opera tan sólo al momento de verificarse el cumplimiento de los elementos del contrato. De lo contrario, la transferencia deberá regirse por las normas generales de transmisión de derechos de autor, es decir, *"en ausencia de alguno de estos elementos no opera la figura de la presunción y será necesario recurrir a la forma convencional de transferencia de los derechos patrimoniales acorde con el artículo 183 de la Ley 23 de 1982"*¹⁷.

ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO

Cada legislación contempla y desarrolla la obra creada por encargo según los preceptos básicos y fundamentales que se derivan del sistema que cada una acoge; por lo que podemos encontrar, diferentes normas respecto al tema, tanto en el Sistema del Copyright como en el Sistema del Derecho de Autor.

A continuación serán analizados los efectos y características de la obra creada por encargo en los dos principales sistemas del derecho de autor y las diversas consideraciones legales que contemplan las legislaciones de mayor trascendencia:

¹⁴ Concepto de la Dirección Nacional de Derecho de Autor. Contrato de obra por encargo. Octubre de 2004. www.derautor.gov.co.

¹⁵ Concepto de la Dirección Nacional de Derecho de Autor. Régimen de Transferencias. No. de Radicación 1-2005-23251 del 21 de Noviembre de 2005. Pág. 4.

¹⁶ Concepto de la Dirección Nacional de Derecho de Autor. Transferencia de Derechos Patrimoniales. No. de Radicación 1-2005-14246 del 18 de Julio de 2005. Pág. 4.

¹⁷ *Ibíd.* Pág. 6.

1. SISTEMA DEL DERECHO DE AUTOR

A nivel internacional es posible encontrar los siguientes planteamientos respecto a la obra creada por encargo:

- **El titular exclusivo de la obra creada por encargo es su autor.** A diferencia de las legislaciones de España, Argentina, Italia, Suiza, Panamá y Honduras, entre otras que no consagran una regulación específica para esta figura, la legislación Francesa establece de manera expresa la titularidad de la obra creada por encargo en cabeza de su autor o creador intelectual. Dicha titularidad se refiere a un derecho exclusivo de propiedad, el cual comprende tanto los derechos morales como patrimoniales sobre la obra.

El inciso 3 del artículo L111-1 del Código de Propiedad Intelectual Francés determina que la existencia de un contrato de alquiler de obra o de servicio por parte del autor intelectual no implica la vulneración o menoscabo de los derechos morales o patrimoniales que le reconoce la ley por el hecho de su creación intelectual. Dicha disposición implica que no opera ninguna presunción de cesión en favor del comitente de la obra y no será considerado en ningún caso titular de la obra encargada.

En consecuencia, se afirma que para radicar los derechos sobre la obra creada en virtud de un contrato de alquiler o de servicio en cabeza de la persona que encargó la creación, es necesario cumplir con los requerimientos formales exigidos por la ley para el perfeccionamiento de una cesión de derechos (Art. 131-3). La transferencia debe formalizarse por escrito y en el contrato de cesión se deben determinar de manera específica los derechos objeto de cesión.

- **Salvo acuerdo entre las partes, los derechos sobre la obra creada por encargo se transfieren en virtud de una presunción legal de cesión.** De manera similar al régimen Colombiano, las legislaciones de Paraguay, Chile y México consideran que el encargo realizado por una persona natural o jurídica de la creación de una obra, salvo si existe acuerdo en contrario, hace presumir la transferencia de los derechos al comitente. En consecuencia, la cesión de derechos de la obra por encargo es un acto consensual; la solemnidad se excluye a razón de la presunción. No obstante la similitud normativa, cada una de dichas legislaciones establece aspectos particulares, a saber:

› **Paraguay.** La ley Paraguaya de Derecho de Autor y Derechos Conexos –Ley 1328 de 1998– en el artículo 14 del Título III, reconoce la presunción legal de cesión de los derechos, salvo que exista pacto en contrario. Así mismo, no exige ningún requisito formal para que el comitente de la obra pueda ejercer sus prerrogativas patrimoniales – Art. 91–.

La normatividad paraguaya tiene una particularidad especial respecto al ejercicio de los derechos morales sobre la obra por parte del autor intelectual. No obstante el objeto de la transferencia son los derechos patrimoniales sobre la obra, el creador intelectual encuentra en la ley una gran limitación a sus derechos morales, por cuanto la norma autoriza expresamente al comitente el ejercicio de estos, en la medida necesaria para la explotación de los derechos patrimoniales sobre la creación.

Además, es importante señalar que esta legislación equipara a las obras creadas por encargo y a las realizadas en virtud de una relación laboral, lo que supone una misma regulación en los eventos en los que se comisiona la creación de la obra, ya sea por contrato de prestación de servicios o por contrato laboral.

› **Chile.** De manera excepcional la legislación Chilena establece la titularidad de una obra en cabeza de una persona diferente a su autor. La ley señala que en el caso de los programas de computador, las enciclopedias, diccionarios, compilaciones análogas, diarios, revistas y publicaciones periódicas realizadas por encargo, su titularidad radica en cabeza del tercero que las encarga y sin exigirse algún requisito formal para su perfeccionamiento. Este efecto tiene lugar siempre que no exista un acuerdo en contrario.

Como se puede observar, la legislación Chilena clasifica de manera minuciosa los eventos en los cuales la titularidad de una obra recae en cabeza de una persona diferente a su autor quien será titular secundario de la obra y tendrá el derecho de utilizar y aprovechar la obra como lo requiera.

› **México.** El artículo 83 de la Ley Federal del Derecho de Autor establece una presunción de cesión a favor de la persona física o moral que comisiona la elaboración o producción de una obra. El autor sólo mantiene su derecho moral de paternidad, por cuanto el de integridad, que según nuestra legislación pertenece al creador intelectual, hace parte del objeto de la transferencia de derechos.

2. SISTEMA DEL COPYRIGHT

De acuerdo con el Sistema del Copyright los derechos morales y patrimoniales sobre una obra pertenecen a su autor. No obstante lo anterior, en determinadas ocasiones este sistema reconoce como autor a una persona (natural o jurídica) diferente al verdadero creador intelectual y en consecuencia es quien ejercerá efectiva y legalmente los derechos sobre la obra.

Esta es una de las principales características del sistema del copyright y representa a su vez una gran diferencia con el sistema de tradición jurídica continental o latina. Recordemos que éste último, además de sólo considerar como autor a personas naturales, para efectos de adjudicar la titularidad de la obra a una persona diferente a su autor exige la transferencia de los derechos patrimoniales.

La obra creada por encargo es objeto de una normativa diferente entre las dos legislaciones más representativas de este sistema, las cuales serán analizadas a continuación por su gran incidencia en el tema.

› **Reino Unido.** A diferencia de la legislación anterior sobre la materia –Copyright Act of 1956- según la cual la titularidad pertenecía al comitente de la obra, el **Copyright, Designs and Patent Act of 1988**, no se refiere específicamente a la obra creada por encargo, es

decir, no contempla una norma especial respecto a la figura y tampoco se refiere a los efectos de la comisión.

La ausencia de regulación expresa implica que para el ejercicio de los derechos sobre la obra por parte comitente, entre las partes se debe celebrar un contrato de cesión y aplicar el régimen general de transferencias consagrado en el numeral 3 de la Sección 90, el cual exige para el perfeccionamiento y eficacia de la asignación, la existencia de un documento firmado por o a nombre del autor de la obra quien cede sus derechos al comitente.

› **Estados Unidos.** La figura de la obra creada por encargo ha sido objeto de una particular evolución en los Estados Unidos, hasta el punto de crearse una doctrina especial para estos eventos, la cual se denomina "**Works made for hire**".

Tal como se establece en el literal b de la sección 201 del Copyright Act de 1976, el efecto principal de la doctrina del *Works made for hire* es otorgar la titularidad originaria de todos los derechos comprendidos en el Copyright sobre la obra a la persona que la encarga, salvo si existe un acuerdo escrito entre las partes que estipule lo contrario. "*La palabra "autor" incluye en la actualidad a un grupo importante de individuos que no son en realidad los creadores, sino los patrones en el caso de obras por encargo quienes se consideran autores y, por lo tanto, titulares originales del Copyright.*"¹⁸

El fundamento principal de la doctrina del *Works made for hire* es la intervención del empresario o empleador en el proceso de creación, él cubre los costos y asume los riesgos que puedan generarse en dicho proceso y, además, ejerce un control sobre la persona que realiza la obra, quien es remunerada por su labor.

■ ¿Que se entiende por *Works made for hire*?

El capítulo primero del Copyright Act de 1976 en su sección 101, referente a las definiciones para efectos de la legislación del Copyright, señala el concepto de *Works made for hire*, de la siguiente manera:

Sección 101. (...) *Obra creada por encargo es:*

- (1) Una obra creada por un empleado en el contexto de su empleo, o
- (2) Una obra encargada expresamente para ser utilizada como contribución en una obra colectiva, como parte de una película u otra obra audiovisual, como traducción, como obra suplementaria, como compilación, como texto educacional, como prueba o test, como material de respuesta para una prueba o test, o como atlas, si las partes de manera expresa acuerdan en un documento escrito y firmado por ellas que la obra será considerada *Works made for hire*.

¹⁸ Alejandro Loredó A. Derecho Comparado: Derecho de Autor y Copyright. Dos caminos que se encuentran. N. 091- Febrero 2006. www.alfa-redi.com.

La norma además de dar una definición de *Works made for hire*, implícitamente establece ciertos requisitos o condiciones para considerar una creación intelectual como una obra hecha por encargo, a saber:

1. La obra sea realizada por un contratista independiente. El Tribunal Supremo de 1989 determinó que para saber si una creación intelectual es una obra hecha por encargo se debe identificar la calidad de la persona que la realiza, es decir, puede ser un empleado o puede ser un contratista independiente, caso en el cual será aplicable la segunda parte de la norma. *"That definition was the focus of a 1989 Supreme Court decision (Community for Creative Non-Violence v. Reid, 490 U.S. 730 [1989]). The court held that to determine whether a work is made for hire, one must first ascertain whether the work was prepared by (1) an employee or (2) an independent contractor."*¹⁹
2. La obra corresponda a una de las nueve categorías señaladas en la norma. Esas nueve categorías son:
 - Contribución en una obra colectiva
 - Parte de una película u otra obra audiovisual
 - Traducción
 - Obra suplementaria
 - Compilación
 - Texto educacional
 - Prueba o test
 - Material de respuesta para una prueba o test
 - Atlas
3. Exista un acuerdo entre las partes donde específicamente se determine que la obra es una obra por encargo "Works made for hire". La ley de Copyright exige que dicho acuerdo debe realizarse por escrito y contener las firmas de las partes para poder considerar una obra como *work made for hire* y en consecuencia, aplicar los efectos correspondientes, es decir, darle la titularidad de los derechos sobre la obra al comitente o empresario.

¹⁹ Circular 9. Work made for hire under the 1976 Copyright Act. www.copyright.gov

2. OBRA CREADA EN EL MARCO DE UNA RELACIÓN LABORAL

La obra creada en el marco de una relación laboral es una figura que, al igual que la obra creada por encargo, ha tenido una evolución y desarrollo marcado en las últimas décadas. Éste se debe, entre otros eventos, al desarrollo de la actividad empresarial en los campos de la cultura y el entretenimiento.

Dicha utilización frecuente pero reciente de la obra creada en virtud de una relación laboral ha generado, tal como lo señala Eduardo Gutiérrez, *una nueva categoría de trabajadores, los creadores intelectuales, y una figura: el trabajador-creador*²⁰, quien, junto con su empleador, debe regir su relación tanto por los principios y normas del derecho de autor como por la normatividad de carácter laboral. Entre dichos principios se encuentra el principio de la autonomía de la voluntad, el cual se considera uno de los más representativos e influyentes en el tratamiento de estas obras, por cuanto para su regulación resulta de gran importancia la voluntad de las partes y su facultad de discutir y adoptar las condiciones contractuales adecuadas para los dos extremos de la relación laboral.

CONTRATO DE TRABAJO

Según el artículo 22 del Código Sustantivo de Trabajo el *contrato de trabajo* es un acto jurídico celebrado entre una persona natural, quien recibe el nombre de *trabajador* y una persona jurídica o natural denominada *empleador* o *patrono*, con el objeto de que el primero preste sus servicios personales bajo la continuada subordinación y dependencia del segundo, quien, como contraprestación del servicio prestado, tiene la obligación de remunerar su labor, remuneración que recibe el nombre de salario.

La ley laboral determina que para la existencia efectiva del contrato de trabajo deben concurrir en su ejecución tres elementos esenciales. Estos son propios del régimen laboral y diferencian el contrato de trabajo de cualquier otra relación contractual civil o comercial, como lo es el contrato de prestación de servicios, elemento esencial para la existencia de la obra por encargo. Esos elementos son los siguientes:

1. *La actividad personal del trabajador.*
2. *La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador.*
3. *Un salario como retribución al servicio.*

TITULARIDAD Y TRANSFERENCIA DE LA OBRA CREADA EN EL MARCO DE UNA RELACIÓN LABORAL

El Régimen Comunitario -Decisión Andina 351 de 1993- en su artículo 10 da la potestad a los países miembros de otorgar la titularidad originaria o derivada de los derechos

²⁰ GUTIERREZ, Eduardo y Solar Bragado. Transmisión de los derechos de explotación de la obra del creador asalariado. [Consultado julio 15 de 2006] Disponible en: <<http://premium.vlex.com/Revista-General-legislacion-Jurisprudencia/transmision-derechos-explotacion-obra-creador-asalariado/2100-193556,01.html>>

patrimoniales de las obras creadas bajo una relación laboral como lo consideren conveniente, ya sea a una persona natural o a una persona jurídica, en este caso particular al empleador o al trabajador asalariado. Esta disposición implica que se debe acudir al régimen interno -Ley 23 de 1982- para determinar el tratamiento que se aplica a las obras creadas bajo el marco de una relación laboral en nuestro país.

Al acudir a la Ley 23 de 1982 se encuentra que, primero, el artículo 4 referente a los titulares de los derechos reconocidos por la ley autoral colombiana no considera al empleador como titular de los derechos sobre la obra creada en virtud de la relación laboral; y segundo, a diferencia de la obra creada por encargo, no existe una norma clara que determine los efectos de las obras creadas bajo el marco de una relación laboral.

En ese orden de ideas, se debe entender que la existencia de un contrato laboral entre las partes no es suficiente para que las prerrogativas patrimoniales sobre la obra se radiquen en cabeza del empleador o patrono y se transfieran de manera efectiva los derechos de autor.

Lo anterior permite concluir que para otorgar la titularidad derivada de la obra a favor del empleador se debe acudir a las normas generales de transmisión. Estas influyen tanto en los derechos objeto de transmisión como en la forma requerida para la transferencia, es decir, la obra hecha en el marco de una relación laboral pertenece al trabajador (autor) tanto en la esfera moral como patrimonial y en el evento de querer transmitirse los derechos al empleador, se deben seguir los parámetros generales de transmisión mediante la modalidad de Cesión Convencional.

La Cesión Convencional es la modalidad de cesión que se realiza por medio del acuerdo de las partes con el objeto de transferir los derechos patrimoniales a una persona diferente a su autor, quien se convierte en el titular derivado. Esta modalidad supone dos aspectos fundamentales, en primera medida, los derechos morales se reconocen en su totalidad al autor de la obra; en ningún momento se puede desconocer que él es quien produce la obra de manera autónoma y da forma al plan preconcebido por su empleador. La transferencia de los derechos de autor se limita a los derechos patrimoniales sobre la obra, en otras palabras, debido al carácter inalienable de los derechos morales, la cesión de los derechos sobre la obra creada bajo el marco de una relación laboral a favor del empleador tiene como objeto tan sólo los derechos patrimoniales sobre ésta.

En segunda medida, la cesión de los derechos, al ser un acto de enajenación, debe cumplir con los requisitos de forma exigidos por el artículo 183 de la Ley 23 de 1982. Entonces, se requiere que la cesión conste en escritura pública o en documento privado reconocido ante notario y, con el fin de oponibilidad frente a terceros, el acto sea registrado en la Dirección Nacional de Derecho de Autor.

Así las cosas, para efecto de la cesión de los derechos patrimoniales sobre la obra creada por asalariados a favor del empleador, se requiere de la existencia de un acuerdo específico entre las partes, el cual puede ser estipulado en diferentes momentos de la relación contractual y de diversas maneras, a saber:

- *Cuando el contrato de trabajo es celebrado por el tiempo que dure la obra o labor determinada o a término fijo.* Con el fin de radicar los derechos sobre la obra en cabeza del empleador se requiere que, al celebrar el contrato de trabajo, se determine claramente la obra a realizar y se acuerde la transferencia de los derechos por parte del trabajador. El contrato se debe formalizar según el artículo 183 de la ley autoral. Si bien es cierto que en este evento se está disponiendo de una producción futura, el acto tiene menos probabilidades de resultar nulo por cuanto la obra puede ser determinada con bastante claridad y basta que entre las obligaciones del trabajador se estipule la cesión de los derechos de la respectiva obra.
- *Cuando la obra se crea durante la vigencia de un contrato de trabajo y no existe pacto expreso respecto a la transferencia de los derechos sobre la obra.* En estos casos, las partes deben optar por alguna de las siguientes medidas:
 - Pactar una cláusula adicional al contrato de trabajo: El trabajador va a realizar una obra y para transferir sus derechos patrimoniales al empleador se realiza una cláusula adicional al contrato de trabajo con el objeto de, primero, imponer la obligación al trabajador de realizar la cesión de la obra y segundo, determinar la obra objeto de cesión. Sheila Montoya Mora señala que en estos casos sería conveniente para determinar el objeto de cesión, que las obras estén *directamente relacionadas con las funciones del cargo desempeñado y preferiblemente descritas en el manual de funciones de cada empresa*²¹.
 - Celebrar un contrato para la transmisión de derechos: El trabajador realiza la labor creativa y posteriormente se celebra entre las partes un contrato concurrente con el objeto de transferir los derechos sobre la obra creada. En este evento la obra ya existe y en consecuencia no se presentará ningún inconveniente respecto a la transferencia de la obra, por cuanto no nos referimos a una obra futura y basta para la efectividad de la cesión que el contrato se formalice según el artículo 183 como lo exige la ley.

ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO

A nivel internacional la obra creada bajo el marco de una relación laboral es objeto de diversas regulaciones y tratamientos. En primer lugar, por que ninguno de los dos sistemas sigue un mismo planteamiento respecto a la autoría y titularidad de las creaciones intelectuales y en segundo lugar, como lo señala Cristina Busch, no existe una norma de carácter internacional que regule la materia de manera uniforme, en sus palabras:

“...autor es el empleado y no el empresario. Es en la persona del empleado donde nacen los derechos de autor en su vertiente económica y moral. Este principio no es el común en el ámbito internacional. Especialmente en el “Copyright” (sistema anglosajón y

²¹ MONTROYA MORA, Sheila. Derecho de Autor: ¿Del empleado que crea o de la empresa que contrata? Disponible en: <http://www.cecolda.org.co/index.php?option=com_content&task=view&id=41&Itemid=40> [Consultado febrero 20 de 2006] *Op. cit.*, p. 3.

americano), así como en Holanda, Japón y Turquía, los derechos de autor nacen en la persona del empresario, lo que se determinó mediante Ley. Tales diferencias en el ámbito internacional son consecuencia del hecho de que los Convenios Internacionales para la protección de las obras literarias y artísticas han omitido regular la posición del creador empleado, por lo que cualquier país, aunque puede haber ratificado tales Convenios, es libre de considerar directamente al empresario como autor de las obras creadas por el empleado.”²².

Así mismo y aunque de manera general se sigue la tendencia de reconocer y otorgar la titularidad de los derechos patrimoniales al empleador, cada país incluye, de manera heterogénea, en su regulación características propias en cuanto a la titularidad originaria o derivada de la obra en cabeza del empleador y sobre las diferentes circunstancias y limitantes bajo las cuales el autor podrá ejercer los derechos, tanto morales como patrimoniales, que le pertenecen por su creación.

1. SISTEMA DEL DERECHO DE AUTOR

Gran parte de las legislaciones que siguen la doctrina jurídica latina del Derecho de Autor otorgan en su regulación una notable importancia al principio de la autonomía de la voluntad cuando se trata de las obras creadas por asalariados. Pese al elemento de dependencia y subordinación que existe entre trabajador y empleador en virtud del contrato de trabajo, las diferentes legislaciones permiten que las partes lleguen a un acuerdo respecto a la titularidad y transferencia de la obra y solo a falta de acuerdo se presume legalmente la cesión de los derechos patrimoniales de autor a favor del empleador.

Bajo dicho supuesto, entre otras legislaciones, se encuentran las leyes de Guatemala -Decreto 33 de 1998-, Honduras -Decreto 4-99-E-, Panamá -Ley 15 de 1994-, Venezuela -Disposición Legal G.O 4.638 de 1993-, Ecuador -Ley de Propiedad Intelectual de 1998-, Perú -Decreto Legislativo 822 de 1996-. Estas leyes establecen una presunción legal de cesión de los derechos patrimoniales sobre las obras creadas por autores asalariados, la cual al ser legal admiten prueba en contra.

También se encuentran bajo el sistema del derecho de autor, legislaciones que no consagran esta figura y no se establece ninguna presunción de cesión a favor del patrono. En ese sentido, reconocen en cabeza de la persona física que crea la obra (trabajador) la calidad de autor y único titular de los derechos patrimoniales y morales de la creación intelectual. Entre éstas se encuentra Argentina -Ley 11.723 de 1933-, Irlanda -Ley del 8 de Abril de 1963, Suecia -Ley 729 de 1960- y como se tuvo la oportunidad de exponer, Colombia -Ley 23 de 1982-.

Por otra parte, existen legislaciones que consagran la figura de la obra realizada en virtud de una relación laboral de una manera diversa y con características propias, razón por la cual a continuación se realizará un análisis de sus principales características.

²² GUTIÉRREZ VICÉN, Javier; BUSCH, Cristina y SARDÁ, Mariona. Quien paga no es el Autor. Los creadores de imágenes y sus contratos. Madrid, Edit. Trama, 2003. Pág. 58-59.

› **España.** La Legislación Española -Real Decreto Legislativo de 1996- al regular las obras creadas por asalariados sigue los planteamientos generales del Sistema del Derecho de Autor, según los cuales la autoría y titularidad originaria de la obra recae en cabeza de la persona física que realiza la creación. La ley otorga al trabajador asalariado los derechos sobre la obra y, tal como lo establece el artículo 51 del TRLPI, para efectos de la transferencia de los derechos patrimoniales sobre la obra a favor del empleador se tiene en cuenta lo acordado por las partes en el contrato de trabajo.

Esta legislación establece, en primera medida, que la obra creada por asalariados requiere de la existencia de una relación laboral, la cual debe tener como características la subordinación y la dependencia por parte del trabajador. En segunda medida, la obra debe ser creada por el trabajador en cumplimiento de sus funciones, es decir, para considerar una obra creada por un asalariado se requiere que éste la haya realizado en desarrollo de la labor para la cual fue contratado y no por su mera liberalidad.

Además de estos requerimientos, la ley exige que el contrato de trabajo celebrado entre las partes se realice por escrito, lo que implica que el contrato laboral, que tenga por objeto transmitir la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la obra, es un acto solemne.

Por otra parte, en el evento de no existir acuerdo expreso sobre la titularidad de la obra en el contrato de trabajo, la ley, en virtud de una presunción de cesión, otorga la titularidad sobre la obra al empleador. Dicha presunción de cesión tiene las siguientes características:

- *La cesión tiene por objeto solo los derechos de explotación o de carácter patrimonial sobre la obra.* Sin embargo, el ejercicio de los derechos morales por parte del trabajador puede ser objeto de restricciones, por cuanto el empleador puede ejercer los derechos morales cuando resulte necesario para ejercer alguno de sus derechos patrimoniales; como por ejemplo, realizar alguna modificación a la obra debido al surgimiento de nuevas necesidades de la empresa.
- *El ejercicio de los derechos de explotación está limitado por la actividad que desarrolla habitualmente el empresario.* Esta disposición hace concluir que el ejercicio de los derechos patrimoniales está limitado tanto por las condiciones establecidas en el contrato de trabajo como por las actividades que desarrolla el empleador. El uso y disposición de la obra no puede exceder el ámbito empresarial a menos que se suscriba entre las partes un acuerdo específico.
- *Los derechos de explotación son cedidos en exclusiva al empleador.* El empleador tiene la facultad, entre otros aspectos, de explotar la obra con exclusión de cualquier otra persona.

La presunción que se establece a favor del empleador tiene como fundamento que el trabajador no podría desarrollar su labor sin la cooperación del empleador, en quien recae

el mayor interés por la creación y actúa como parte fundamental en la labor creativa a pesar de no ser el creador intelectual de la obra.

Por último, es importante referirse al tema de la remuneración que recibe el autor por su creación intelectual. Al respecto, tanto la jurisprudencia como la doctrina consideran que el salario que recibe el trabajador como contraprestación directa por su labor constituye también la remuneración por la cesión de los derechos sobre la obra. Pese a ello, existe la posibilidad de que las partes acuerden, con base en el principio de la autonomía contractual, un pago extra por la cesión de los derechos o que, en virtud del artículo 47 de la ley, el trabajador pueda solicitar la revisión del contrato cuando la remuneración no resulte ser proporcional con los beneficios obtenidos por la explotación de la obra por parte del empleador.

› **Francia.** A diferencia del Real Decreto Legislativo Español, en el Código de Propiedad Intelectual de Francia no se consagra de manera expresa y detallada el tratamiento de las obras creadas en virtud de una relación laboral y en consecuencia, salvo en el caso preciso de los programas de ordenador, se configura un vacío legal respecto a la titularidad de las obras creadas por asalariados.

La jurisprudencia se ha encargado de cubrir ese vacío y ha sostenido que el contrato de trabajo convenido entre trabajador y empleador incorpora la cesión de los derechos patrimoniales sobre la obra. En cuanto a los derechos morales, se señala, siguiendo la doctrina del Sistema del Derecho de Autor, que éstos se radican siempre en cabeza de la persona física que crea la obra, es decir, en el autor asalariado.

En este orden de ideas y al admitir que el contrato de trabajo conlleva una presunción de cesión de los derechos patrimoniales sobre la obra, resulta importante señalar que para que la presunción opere efectivamente se requiere que el trabajador asalariado realice la obra en razón de sus funciones, es decir, en virtud de sus obligaciones contractuales. Además, el empleador debe limitar el uso de la creación al objeto social de la empresa. Dando cumplimiento a estos supuestos y sin ninguna exigencia formal adicional los derechos sobre la obra se transfieren al empleador. Si alguno de esos elementos no se configura en la relación, se tendrá que evaluar la dimensión de la cesión y acudir a las reglas generales de transmisión.

Por otra parte, respecto a los programas de ordenador creados por asalariados la ley en su artículo 113-9 determina, de manera similar al artículo 2 de la Directiva Europea 91/250/CEE de 1991, que salvo disposición estatutaria o estipulaciones en contrario los derechos patrimoniales sobre los programas de ordenador y su documentación creados por uno o varios trabajadores asalariados en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones del empresario, se atribuyen al empleador, quien será el único facultado para ejercerlos como considere necesario para la efectiva explotación de la obra.

› **Portugal.** El Código del Derecho de Autor y Derechos Conexos de Portugal al regular las obras creadas en cumplimiento de un contrato laboral da primacía al principio de la autonomía de la voluntad, por cuanto la titularidad del derecho de autor de la obra realizada por asalariados se regirá por lo acordado entre las partes. En el evento de

ausencia de pacto expreso será el creador intelectual, es decir, el trabajador asalariado el titular de la obra. Se entiende entonces que, en principio, no se establece ninguna presunción de cesión a favor del empleador.

Esta regulación resulta inusual o poco común en comparación con las demás legislaciones analizadas, puesto que sólo reconoce una titularidad en cabeza del empleador de manera excepcional y en dos eventos específicos, cuando existe pacto entre las partes y cuando el nombre del creador no se encuentra en el lugar apropiado para tal efecto.

› **México.** La ley Federal del Derecho de Autor Mexicana consagra en su artículo 84 el tratamiento legal de las obras creadas como consecuencia de una relación laboral de la siguiente manera:

- Cuando la relación se desarrolla en virtud de un contrato individual de trabajo que conste por escrito, se presume legalmente que los derechos patrimoniales sobre la obra se dividen por partes iguales entre empleador y trabajador. Esta presunción puede ser desvirtuada si se demuestra la existencia de un acuerdo que establezca la titularidad de los derechos de una manera diversa.
- Cuando la relación laboral no está regida por un contrato individual de trabajo celebrado por escrito, la ley no establece ninguna presunción de cesión. Los derechos de autor, tanto en su esfera moral como patrimonial, se radican en cabeza de su creador intelectual y para que éstos puedan ser ejercidos por su empleador se tendrá que pactar su transferencia siguiendo los planteamientos generales.

2. SISTEMA DEL COPYRIGHT

De manera general, las legislaciones que siguen el Sistema del Copyright consideran al empleador como autor y titular originario de la obra creada en virtud de una relación laboral, salvo si existe un pacto que señale lo contrario²³.

El fundamento de la postura del Sistema del Copyright es la perspectiva utilitaria y comercialista del derecho de autor. En este caso resulta preciso dar prioridad a los intereses económicos de la persona natural o jurídica para la cual se trabaja y se presta un servicio conforme a las condiciones contractuales acordadas por las partes, a cambio de una retribución económica.

› **Reino Unido.** La Ley Inglesa de Copyright -Copyright Designs and Patents Act 1988- de manera excepcional atribuye la titularidad de la obra a una persona diferente a quien desarrolla personalmente la labor creativa, es decir, a su verdadero creador. La sección 11 de la ley establece que cuando una obra literaria, dramática, musical o artística, o una película es realizada por un empleado en el curso de su empleo o en el desarrollo de sus

²³ De acuerdo con este sistema, la persona jurídica puede considerarse autor de una obra y a diferencia de los países que siguen la doctrina del Sistema del Derecho de Autor no solo el autor o persona física que crea la obra es el titular originario de ésta.

funciones laborales, el empleador será considerado, sin ningún requerimiento formal o sustancial adicional, el primer propietario de los derechos sobre la obra, a menos que exista un acuerdo entre las partes en contra.

Como se puede observar, esta disposición priva al trabajador de cualquier derecho sobre su obra, la ley no le reconoce siquiera los derechos morales sobre la producción. Si bien es cierto que el reconocimiento de los derechos morales bajo el Sistema del Copyright es bastante discreto, la ley británica se caracteriza por la protección de los derechos de paternidad e integridad, sin embargo en este caso no los radica en cabeza del creador de la obra. El particular tratamiento de las obras creadas por asalariados se configura como la principal diferencia con el sistema de tradición jurídica latina y europea.

Para efectos de calificar una creación intelectual como una obra hecha por asalariados, jurisprudencialmente se exige que la obra sea creada por el empleado en virtud de las obligaciones y funciones específicas de su cargo o labor en la empresa. Si la obra fue creada por el empleado por su mera liberalidad, así haya sido creada durante el desarrollo del trabajo, los derechos hacen parte del patrimonio inmaterial del trabajador.

Finalmente, es importante señalar que la ley, no obstante es clara al radicar la titularidad exclusiva en cabeza del empleador sobre las obras creadas por asalariados, también da la posibilidad a las partes de celebrar un acuerdo estipulando diferentes condiciones respecto a su titularidad. El trabajador pueda conservar alguna de las prerrogativas reconocidas por la ley mediante la celebración de un acuerdo con el empleador. Dicho acuerdo tendrá validez independientemente de la forma que tenga, es decir, puede realizarse de manera oral o escrita e incluso puede estar implícito en la costumbre o en las prácticas de un determinado sector de la actividad.

› **Estados Unidos.** Como se mencionó anteriormente, la doctrina del *Work made for hire* no sólo abarca las obras hechas por encargo sino que también se extiende a las obras realizadas en virtud de una relación laboral. Cuando una obra es creada por un empleado en el contexto de su empleo, se considera al empleador el autor de la obra y propietario de los derechos reconocidos por el Copyright, a menos que las partes hayan acordado expresamente lo contrario.

Como se puede observar, la ley otorga la autoría y titularidad originaria y exclusiva a una persona diferente a la que materialmente realiza la creación intelectual y en consecuencia el empleador (persona jurídica o natural) podrá ejercer los derechos reconocidos por la ley sobre la producción, sin necesidad de realizar alguna transferencia por parte del trabajador. Los tribunales Federales al desarrollar la figura del *work made for hire* y al incluir en ésta a las obras creadas por asalariados explicaron que dicho tratamiento se debía a que de manera implícita en la relación laboral el trabajador consiente en transferir los derechos sobre las obras creadas en cumplimiento de sus funciones a favor del empleador.

El Tribunal Supremo en 1989 al decidir el caso “*Community for Creative Non-Violence (CCNV) v. Reid*” y con el fin de dar claridad a la figura describió diferentes factores

determinantes para establecer cuando un autor es empleado y desarrolla su labor en el contexto o ámbito laboral.

La Corte señaló que, a pesar de no ser absolutos, entre los factores que caracterizan la relación *empleador - empleado* se encuentran:

- *El control que posee el empleador sobre la obra.* El empleador determina las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que se realiza la obra y además suministra las herramientas, equipos y medios necesarios para su labor creativa.
- *El control por parte del empleador sobre el empleado.* Con fundamento en la subordinación y dependencia debida al empleador, éste tiene la facultad de controlar la relación laboral y en consecuencia puede asignar diferentes tareas y labores a sus trabajadores, contratar asistentes y entre otros aspectos, puede determinar la forma de pago, la duración del contrato, etc.
- *La conducta empresarial del empleador.* Para que efectivamente los derechos sobre las obras desarrolladas en virtud de una relación laboral o en el contexto del empleo se radiquen en cabeza del empleador se requiere que la creación intelectual haga parte del objeto del negocio del empleador.

Estos factores nos llevan a concluir que cuanto más cerca se esté de una relación contractual laboral, con sus características propias como salario, dependencia y subordinación, más probable es que la obra sea considerada como *work made for hire*.

3. DIFERENCIAS ENTRE LA OBRA CREADA POR ASALARIADOS Y LA OBRA CREADA POR ENCARGO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

Hace unos años se consideraba que la obra por encargo era tanto la obra creada en virtud de una relación laboral como la creada en virtud de un contrato de prestación de servicios civil o comercial. Las dos obras correspondían a una misma categoría y en consecuencia no existía diferencia entre sus principales características y tratamiento.

Hoy en día se entiende, sin lugar a dudas, que las dos obras corresponden a figuras totalmente diversas y sus principales diferencias radican en los siguientes aspectos:

1. Contrato por medio del cual se crea la obra

La obra por encargo tiene como requisito esencial que la creación intelectual se acuerde entre las partes mediante un contrato de prestación de servicios de carácter civil o comercial. Por el contrario, la obra creada por asalariados se crea en virtud de un contrato de carácter laboral, el cual se caracteriza por la dependencia y subordinación que existe por parte del trabajador.

2. Modalidad de cesión que opera para la transferencia de los derechos

La autoría y titularidad originaria de la obra creada por encargo se atribuye a la persona natural que realiza la creación intelectual, es decir, los derechos sobre la obra, tanto en su carácter moral como patrimonial, nacen en cabeza del creador intelectual. Sin embargo, al comitente (persona natural o jurídica) que encarga la creación de la obra se le atribuye la titularidad derivada de la obra en virtud de una Presunción Legal de Cesión.

En el caso de la obra creada por asalariados, la autoría y titularidad sobre los derechos de la obra se reconoce al trabajador. Para que el empleador pueda ejercer los derechos patrimoniales sobre la obra en virtud de una titularidad derivada, las partes deben acudir a la modalidad de Cesión Convencional, la cual tan sólo tiene por objeto los derechos patrimoniales sobre la obra.

3. Exigencia del cumplimiento de requisitos formales para la transferencia

No obstante las diferentes posiciones respecto a la naturaleza consensual o solemne de la obra creada por encargo, se considera que el contrato celebrado entre las partes es consensual. La ley no establece requisitos formales para que opere efectivamente la presunción de cesión y a menos que exista un pacto entre las partes que estipule lo contrario, el comitente podrá ejercer los derechos sobre la obra sin ninguna limitante formal.

De manera contraria, la cesión de los derechos patrimoniales de una obra creada bajo el marco de una relación laboral es un acto de carácter solemne, es decir, para que la transferencia por parte del trabajador sea válida y eficaz se requiere del cumplimiento de los requisitos formales establecidos en el artículo 183 de la Ley 23 de 1982. El acto de cesión, sea el contrato de trabajo, la cláusula adicional al contrato o el contrato concurrente, debe elevarse a escritura pública o realizarse mediante documento privado reconocido ante notario y, además, debe registrarse en la oficina competente.

CONCLUSIONES

■ OBRA CREADA POR ENCARGO

1. Habida cuenta que el artículo 20 de la Ley 23 de 1982 otorga los derechos morales de paternidad e integridad al autor de la obra, se debe concluir que la norma establece una limitación clara al autor respecto a los derechos morales, en lo que se refiere específicamente a los derechos de ineditud, modificación y retracto. Estos, pese a ser considerados de rango fundamental por ser innatos a la personalidad del creador intelectual y ser irrenunciables e inalienables, no pueden ser ejercidos por el autor de la obra, lo que nos lleva a concluir que en el caso de las obras creadas por encargo no se da una protección efectiva de los derechos morales de autor.

Si bien es cierto que se limita al autor en el ejercicio de esos derechos morales en contravía de sus principales características, también lo es que el reconocimiento de esas prerrogativas en cabeza del autor afectaría el ejercicio de los derechos del comitente y titular pleno de los derechos patrimoniales, puesto que no es conveniente que el autor pueda modificar la obra, retractar su publicación o decidir mantenerla inédita sin tener en cuenta los derechos e intereses del empresario. En consecuencia, en pro de la protección efectiva y el ejercicio ilimitado de los derechos patrimoniales sobre la creación por parte de su titular, resulta acertada la limitación de los derechos morales del autor.

2. En virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden acordar un efecto diferente respecto a la transferencia de los derechos patrimoniales sobre la obra creada por encargo y en consecuencia regir su relación en virtud de condiciones diversas a las establecidas legalmente para tal evento. En la práctica *¿qué tan probable resulta ser la existencia de pactos que establezcan condiciones contrarias a la presunción de cesión y en consecuencia puedan desvirtuarla?* En muy pocas ocasiones la persona que crea la obra por encargo tiene el poder suficiente para desvirtuar la presunción de cesión acordando *pactos en contra* con el comitente y más hoy en día cuando la oferta se superpone a la demanda. Lo anterior lleva a concluir que aunque la ley permite modificar los efectos de la obra creada por encargo y, en teoría, el autor puede limitar la cesión a determinados derechos patrimoniales, en la práctica no resultan tan comunes estos acuerdos.

3. Existe la necesidad de adoptar medidas que ayuden a contrarrestar los efectos nocivos que las presunciones de cesión producen a los autores de las obras creadas por encargo. Es posible establecer legalmente un mecanismo de retribución adicional para los creadores intelectuales cuando se logra con la explotación de la obra un provecho o utilidad mayor a la proyectada por el comitente y así establecer un mecanismo que, de manera similar a la acción de revisión por remuneración no equitativa establecida en el artículo 47 del Real Decreto Legislativo Español, pueda mejorar las condiciones contractuales del autor sin vulnerar los derechos del empresario.

4. Como se tuvo la oportunidad de analizar, respecto a las obras creadas por encargo la tendencia internacional es la solemnidad del contrato mediante el cual se otorga la titularidad derivada de sus derechos patrimoniales. De manera contraria al derecho

Colombiano, la cesión se realiza en virtud del régimen general de transferencia que cada legislación maneja, que por lo general exige la formalización por escrito del contrato.

■ OBRAS CREADAS EN EL MARCO DE UNA RELACIÓN LABORAL

1. En el derecho Colombiano, para que el empleador pueda explotar la obra y aprovecharla en su actividad económica debe celebrar con el trabajador (autor y titular originario) un contrato de cesión de derechos solemne. La existencia del contrato de trabajo no es suficiente para que las prerrogativas patrimoniales sobre la obra se radiquen en cabeza del empleador.

Así las cosas, actualmente se requiere que el acto de cesión cumpla con las solemnidades del artículo 183 de la Ley 23 de 1982, *¿Qué tan conveniente y práctico resulta ser para las partes que cada vez que se crea una obra se deba realizar un contrato de cesión, formalizarlo mediante escritura pública o documento privado y registrarlo posteriormente ante la entidad competente?* Sin lugar a dudas la exigencia formal resulta más conveniente y beneficiosa para el trabajador. Por el contrario, para el empleador, convenir la cesión de una obra que se hizo en cumplimiento de la labor para la cual el autor fue contratado y en uso de las herramientas otorgadas por la empresa resulta engorroso y para nada conveniente, es más puede no llegar a tener fundamento y parecer indebido. No obstante la inconveniencia de una cesión en esos términos, ésta no se constituye en razón suficiente para que, de manera contraria a la ley y sin fundamento legal alguno, se extiendan los efectos consagrados en el artículo 20 de la ley 23 de 1982 a supuestos fácticos que la norma no cubre, como lo es la obra creada por asalariados.

2. Las conclusiones realizadas acerca de la obra creada por asalariados y su importancia en la economía y mercado actual denotan la necesidad de regular específicamente la figura y no tener que llenar el vacío legal acudiendo al artículo 20 de la ley autoral, que sólo se refiere a la obra creada en virtud de un contrato de prestación de servicios, o a la norma general de transmisión, es decir, exigir al acto de cesión con las solemnidades establecidas en la ley. La realidad económica actual y el fenómeno de la globalización, de gran importancia para la propiedad intelectual, supone la necesidad de impedir la existencia de obstáculos formales injustificados y así encaminarnos hacia un derecho libre de solemnidades.

3. En ese orden de ideas, resulta conveniente atribuir los derechos patrimoniales sobre la obra al empleador mediante una presunción legal de cesión salvo que las partes acuerden un efecto diferente y sin ninguna exigencia formal. Los derechos patrimoniales sobre la obra serán ejercidos por el empleador y el trabajador podría ejercer los derechos morales sin perjuicio de la actividad económica de la empresa para la cual trabaja. Si bien con este planteamiento, el trabajador no queda en una posición favorable, no existe un fundamento legal para otorgar beneficios a quien realmente no le corresponden en pro de una protección que puede generarse mediante otros mecanismos, por ejemplo, estipulando un reconocimiento económico adicional por su labor creativa o con bonificaciones adicionales al trabajador.

4. Para contrarrestar los efectos nocivos que la presunción de cesión pueda generar al trabajador, hoy en día existe la tendencia, entre los países que siguen el Sistema del Derecho de Autor, de restringir el alcance de la transferencia de los derechos patrimoniales a los tipos de utilización y explotación relacionados con el giro normal de las actividades de la empresa, es decir, se limita la cesión a los derechos necesarios para desarrollar el proyecto empresarial. El uso excesivo de los derechos patrimoniales generaría al empleador la obligación de reconocer económicamente al autor-trabajador.
5. La relevancia jurídica que han alcanzado recientemente las obras creadas por encargo y las obras creadas por asalariados hacen necesario que las normas de carácter internacional del Derecho de Autor (Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, Convención Universal sobre Derecho de Autor, entre otras) sean revisadas y complementadas con una regulación específica sobre la materia.
6. Es innegable el papel fundamental que representa Estados Unidos en las industrias culturales y de entretenimiento a nivel mundial, lo que influye radicalmente en las políticas que pueden ser instauradas a nivel internacional. Sin embargo, ratificar un convenio que establezca la autoría y titularidad originaria en cabeza de una persona diferente a quien realizó la creación intelectual y no se limitó simplemente a desarrollar una labor meramente material, no solo iría en contra de principios fundamentales expuestos por la doctrina del derecho de autor, sino que se perdería el fin último y objetivo de esta regulación, la protección de los derechos morales y patrimoniales de los autores y titulares de las creaciones intelectuales.
7. Una futura legislación de carácter internacional debe seguir un modelo similar al que se propone por el Sistema del Derecho de Autor, sin dejar de lado el reconocimiento de los intereses económicos de los empleadores o empresarios. De tal manera no sólo se logra fortalecer las industrias que con mayor frecuencia utilizan estas figuras para aumentar y desarrollar su actividad económica como en el caso de los Estados Unidos, sino que también se lograría apoyar e incentivar la labor de la persona que individualmente realiza la creación y que ayuda al desarrollo cultural de toda una sociedad.