

# Buenas prácticas para la protección del *software*<sup>1</sup>

\* \* \* \*

**Carolina A. Canitrot**

Universidad Nacional de Cuyo

ccanitrot@estudioperezhualde.com

## Resumen

Ante la importancia que ha adquirido en los últimos tiempos el *software* como herramienta para el desarrollo de cualquier —sino de casi todas— las actividades comerciales y dada la complejidad que involucra su protección, en el presente trabajo se buscará brindar un profundo entendimiento de los distintos aspectos jurídicos implicados. El conocimiento de estos aspectos permitirá abordar el diseño de políticas empresariales o corporativas adecuadas para garantizar dicha protección. Por lo tanto, y aspirando a que el presente sirva como una guía práctica al momento de diseñar dichas políticas —las que deberán ajustarse a las particularidades de cada compañía tecnológica—, es que en una primera instancia se proporcionarán aquellas definiciones que caracterizan al *software*, como también un detalle pormenorizado de las distintas etapas que involucran su creación, diseño y programación.

Una vez desarrollados los tópicos anteriores, y a los efectos de tener una visión integral y detallada sobre la materia, el análisis se focalizará en el sistema normativo aplicable. En dicho momento se destacarán aquellas virtudes, así como deficiencias y vacíos legales que merecen especial atención. Todo ello con el fin de comprender la importancia que reviste la adopción de ciertas prácticas para una correcta protección y buscando en última instancia, eliminar o disminuir, las deficiencias o vacíos normativos.

De esta manera, se desarrollará un apartado especialmente enfocado en la importancia que revisten los contratos en la materia bajo estudio, detallando en cada oportunidad las cláusulas que deberían estar presentes a cada situación en particular.

Luego, se desarrollarán medidas adicionales que implicarán la formalización del

---

1 Trabajo final de Maestría en Propiedad Intelectual, Facultad de Derecho, Universidad Austral (2021). Director: Darío Veltani. El artículo está enfocado principalmente en la legislación y jurisprudencia de Argentina.

depósito del *software* como obra inédita, como también la elaboración de registros adicionales en el ámbito de la propiedad industrial. Medidas que podrán ser incluso complementadas por herramientas tecnológicas que, en ocasiones, fortalezcan y sirvan como refuerzo a las políticas de gestión adoptadas.

En resumen, el presente trabajo buscará arribar a un manual de buenas prácticas para diseñar una política de gestión de propiedad intelectual adecuada a cada empresa tecnológica cuyo principal activo sea el *software*.

**Palabras clave:** *software*, propiedad intelectual, derechos de autor, políticas corporativas, empresas tecnológicas, cláusulas contractuales, protección del *software*, propiedad industrial, licencias de *software*, gestión de derechos, innovación tecnológica.

## Best Practices for Software Protection

### Abstract

Considering the growing significance of software as a tool for the development of virtually all commercial activities and the complexity involved in its protection, this study aims to provide a comprehensive understanding of the various legal aspects involved. Familiarity with these aspects will facilitate the design of corporate strategies tailored to ensure effective protection.

Accordingly, and with the intention that this work serves as a practical guide for the design of such strategies — which must be adapted to the specific needs of each technology company — the initial section offers definitions that characterize software and provides a detailed breakdown of the stages involved in its creation, design, and programming.

Subsequently, in pursuit of a comprehensive and detailed understanding of the subject, the analysis will focus on the applicable legal framework. Particular emphasis will be placed on its strengths, as well as on deficiencies and legal gaps requiring attention. This will underscore the importance of adopting best practices to ensure proper protection and ultimately mitigate or eliminate regulatory shortcomings.

A dedicated section will explore the critical role of contracts in this context, detailing the clauses that should be included depending on the specific circumstances. Further measures will also be examined, including the formalization of software deposits as unpublished works and the registration of additional rights within the framework of industrial property. These measures may be complemented by technological tools that, in some cases, strengthen and support the adopted management strategies.

In conclusion, this study aims to establish a best-practices manual for designing intellectual property management strategies suited to technology companies whose primary asset is software.

**Key words:** software, intellectual property, copyright, corporate policies, technology companies, contractual clauses, software protection, industrial property, software licenses, rights management, technological innovation.

## Boas práticas para a proteção do *software*

### Resumo

Considerando a crescente relevância do software como ferramenta para o desenvolvimento de praticamente todas as atividades comerciais e a complexidade envolvida em sua proteção, este estudo busca oferecer uma compreensão abrangente dos diversos aspectos jurídicos relacionados. O conhecimento desses aspectos facilitará a elaboração de estratégias corporativas adequadas para garantir uma proteção eficaz.

Assim, com o objetivo de que este trabalho sirva como um guia prático para a formulação dessas estratégias — que devem ser adaptadas às necessidades específicas de cada empresa de tecnologia — a seção inicial apresenta definições que caracterizam o software, além de um detalhamento das etapas envolvidas em sua criação, concepção e programação.

Posteriormente, com a finalidade de oferecer uma visão ampla e detalhada do tema, a análise se concentrará no arcabouço jurídico aplicável. Serão destacados os aspectos positivos, bem como as deficiências e lacunas legais que merecem atenção. Isso evidenciará a importância da adoção de boas práticas para uma proteção adequada e, em última instância, para mitigar ou eliminar essas deficiências regulatórias.

Uma seção específica abordará o papel crucial dos contratos neste contexto, detalhando as cláusulas que devem ser incluídas em função das circunstâncias específicas.

Além disso, serão analisadas medidas complementares, como a formalização do depósito do software como obra inédita, bem como o registro de direitos adicionais no âmbito da propriedade industrial. Essas medidas poderão ser complementadas por ferramentas tecnológicas que, em determinados casos, reforcem e apoiem as estratégias de gestão adotadas.

Por fim, este estudo pretende estabelecer um manual de boas práticas para a formulação de estratégias de gestão de propriedade intelectual adaptadas às empresas de tecnologia cujo principal ativo seja o software.

**Palavras-chave:** software, propriedade intelectual, direito autoral, políticas corporativas, empresas de tecnologia, cláusulas contratuais, proteção de software, propriedade industrial, licenças de software, gestão de direitos, inovação tecnológica.

## 1. Introducción

El *software*, también conocido como “programa de computación”<sup>2</sup> o “programa de ordenador”<sup>3</sup>, desempeña un papel cada vez más relevante en la sociedad actual. Precisamente, en los últimos años, su uso se ha expandido de manera significativa, convirtiéndose en un componente indispensable de nuestra vida cotidiana. Su desarrollo ya no solo se limita a entornos empresariales destinados a aumentar la eficiencia y la productividad, sino que también se ha convertido en una herramienta esencial para la comunicación, el entretenimiento y el ocio.

En este contexto, cada vez son más las empresas que muestran interés en ofrecer soluciones relacionadas o que se retroalimentan con el *software*. La razón de ello no solo se justifica en la creciente demanda, sino también en los relativos bajos costos de desarrollo que implica este activo en comparación con otras industrias tradicionales.

En otras palabras, la combinación de una demanda en constante aumento y la accesibilidad en términos de costos han generado un auge en la oferta de *software* a nivel global. Como resultado de ello, este activo, junto con las bases de datos, nombres comerciales, marcas, dominios de internet y otros desarrollos protegidos por propiedad intelectual e industrial, han adquirido un valor exponencial,<sup>4</sup> siendo pilares fundamentales en el modelo de negocio de cualquier empresa tecnológica cuyo objeto principal, o su proyecto independiente (también denominado *spin-off*),<sup>5</sup> se encuentre vinculado a dicha materia.

---

2 Así lo receipta la Ley 11723 en su artículo 1.

3 Así lo receipta el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) en su artículo 10, al igual que el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) en su artículo 4.

4 Según la consultora PWC (2022), el ranking de las 100 empresas mejor valuadas ha sido liderado por firmas netamente tecnológicas, tales como Apple Inc. y Microsoft Corp.

5 Término anglosajón que refiere a una empresa derivada; es una empresa nacida a partir de otra mediante la separación de una división subsidiaria o departamento de la empresa para convertirse en una empresa por sí misma. En general, ello ocurre con empresas que parten de un modelo más tradicional, pero que buscan nuevos caminos para no quedar obsoletas.

Así las cosas, en el año 2022, el gasto mundial en tecnologías de la información y comunicaciones (TIC) alcanzó casi 4,7 billones de dólares, y se prevé que siga creciendo de manera constante hasta el año 2027, con una tasa de crecimiento anual compuesta (también conocida como CAGR, por sus siglas en inglés para *compound annual growth rate*) del 5,7%, por lo que entonces será la industria que más rápido crecimiento tenga durante el período de pronóstico 2023-2027 (Rentero, 2023).

Lo antes comentado no es ajeno para la República Argentina, cuya industria, denominada economía del conocimiento, no solo se encuentra en un especial auge, sino que también ha experimentado un crecimiento récord en sus últimos años. Lo anterior se puede extraer de las cifras publicadas por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), compiladas por Argencon para el estudio Argenconomics, las cuales indican que en el año 2022 el crecimiento fue equivalente al 19,4% en comparación con el año anterior. Más aún, este evento posicionó al país en el segundo lugar a nivel regional de mayor nivel de exportaciones de este tipo, justo detrás de Brasil, que se encuentra en el puesto número 38 según las cifras de la Organización Mundial del Comercio (OMC) (Selén, 2023).

A la par del crecimiento significativo en la industria del *software* y el ferviente interés por las empresas en ser partícipes de dichos beneficios, las amenazas contra este “activo digital” han aumentado significativamente. Estas amenazas abarcan desde el plagio, la reproducción y el uso no autorizado hasta la divulgación indebida de información confidencial, pasando por la piratería y la creación de virus o *malware*, entre otras formas de ciberdelitos; amenazas que no sólo ponen en riesgo a las empresas desarrolladoras de *software*, sino también a los usuarios que dependen de estos programas.

Es por todo ello que el propósito principal de este trabajo es brindar una comprensión más profunda de aquellas mejores prácticas que cualquier empresa interesada en crear *software* para comercializarlo mediante un esquema de licenciamiento tradicional o para prestar servicios bajo un esquema de tipo SaaS (siglas en inglés para *software as a service*)<sup>6</sup> debería implementar, buscando que sirva como

---

6 Los contratos de tipo SaaS implican la provisión de determinados servicios

una guía valiosa que fortalezca la seguridad legal y salvaguarde los derechos de propiedad intelectual involucrados.

## 2. El *software*

### 2.1 Definición de *software*

Antes de abordar el tema principal de este trabajo, es importante establecer una definición clara y precisa del término *software*.

En particular, la Real Academia Española (s.f.) ha dicho que es: “El conjunto de programas, instrucciones y reglas informáticas para ejecutar ciertas tareas en una computadora”.<sup>7</sup>

De manera coincidente, doctrina especializada ha señalado que el *software* es toda aquella “serie de instrucciones escritas que, traducidas en impulsos electrónicos interpretables por los circuitos de un computador, que indica a este las funciones que deben cumplir procesando informaciones” (Rengifo García, 1997, p. 199).

Por su parte, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), lo considera como un “conjunto de instrucciones expresadas mediante palabras, códigos, planes o cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada sea capaz de hacer que un ordenador ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado”.<sup>8</sup>

En definitiva, si bien existen diversas definiciones tanto en el ámbito académico y científico como en el jurídico, todas coinciden en que

---

mediante la utilización de un *software* el cual se encuentra alojado en la nube y se accede a través de internet, en lugar de instalarse localmente en el equipo del usuario. Dada su amplitud, se pueden ofrecer diversos servicios mediante contratos tipo SaaS, tales como: servicios educativos (denominados Edtech), financieros (Fintech), de seguros (Insurtech), y así sucesivamente.

7 De manera coincidente, la National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, creada por el Congreso de los Estados Unidos en 1974 a los efectos de estudiar la protección de los derechos de autor de los programas de ordenador, los definió en su Reporte Final de 1978 como “a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result”. Para mayor información ver: <https://repository.law.uic.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1573&context=jitpl>.

8 Artículo I del Proyecto de Disposiciones Tipo para Leyes en Materia de Derecho de autor. Documento OMPI CE/MPC/I/2-II del 11 de agosto de 1989.

el *software* consiste en un conjunto organizado de instrucciones en lenguaje natural o codificado, que tiene como objetivo principal hacer que un programa o dispositivo informático, como una computadora o *hardware*, procese dicha información a los efectos de que indique, realice u obtenga una función, tarea o un resultado en concreto.

### 2.1.1 Diferencia con el algoritmo

Antes de seguir explorando el significado del término *software* o “programa de ordenador”, es necesario distinguirlo del término “algoritmo”, pues este último es “un conjunto específico de reglas para resolver un problema, mientras que un programa de ordenador es un conjunto de instrucciones abierto a variaciones que se escribe en un lenguaje especialmente formulado para lograr el resultado deseado por el programador”<sup>9</sup> (Frates y Moldrup, 1980, pp. 427-428). Es que al final de cuentas, “un programa de ordenador puede estar compuesto por varios algoritmos” (p. 428).

En otras palabras, las diferencias clave entre el *software* y el algoritmo residen en su naturaleza y función. Mientras que un algoritmo se presenta como un conjunto de reglas precisas diseñadas para resolver un problema específico, siendo la esencia lógica detrás de cualquier tarea computacional, el *software* se manifiesta como un conjunto de instrucciones más amplio y versátil, escrito en un lenguaje de programación, con el objetivo de lograr un resultado deseado por el programador.

Tras haber ahondado en ciertas definiciones de *software* y haber diferenciado dicho concepto del algoritmo, corresponde explorar cómo interactúan los códigos o instrucciones antes aludidos. No obstante, debido al tecnicismo en la materia, resulta más oportuno realizar tal análisis en el siguiente apartado.

---

9 Traducción propia: “Do not confuse an algorithm with a program. An algorithm is a specific set of rules for solving a problem, while a program is a set of instructions open to variation which is written in a specially formulated language to achieve the programmer’s desired result. A computer program can be comprised of a variety of algorithms”.

### 2.1.2 Código fuente y código objeto: desarrollo iterativo y continuo

Al indagar en el desarrollo del *software*, resulta imposible no enfrentarse con dos conceptos: el código fuente y el código objeto. A pesar de que ambos términos pueden ser considerados similares por compartir un común denominador —esto es, la literalidad—, en efecto, presentan diferencias significativas concernientes a su naturaleza y objetivos, tal y como se desarrollará a continuación.

En cuanto a las similitudes antes destacadas, se puede afirmar que ambos tipos de código constan de un conjunto de instrucciones detalladas y concatenadas con el fin de proporcionar comandos a una computadora para que realice funciones o tareas específicas. Sin embargo, el código fuente se configura como un conjunto de instrucciones entendibles por el ser humano, escritas en un lenguaje de programación determinado, mientras que el código objeto, en contraste, constituye un lenguaje que únicamente es inteligible por la máquina.

La razón de que exista esta dualidad de códigos se justifica en que las instrucciones escritas en código fuente no pueden ser ejecutadas directamente por el procesador del ordenador, por lo que resulta necesario que sean compiladas en un código objeto. Por tanto, este constituye una representación codificada y/o traducción de las instrucciones antes escritas en código fuente, las cuales pasan a estar en código binario o máquina que consta de una secuencia de ceros y unos, capaz de ser ejecutado por la computadora u ordenador.

Sin embargo, el proceso de desarrollo del *software* no se detiene en ese punto, ya que el código objeto resultante no es singular, sino que se divide en múltiples archivos, cada uno correspondiente a una función específica del código fuente compilado.

En este sentido, para que el programa o *software* pueda ejecutarse y llevar a cabo las funciones para el cual fue diseñado, resulta necesario enlazar todos los archivos de código objeto con un programa conocido como “enlazador” (*linker*), el cual será la herramienta encargada de vincular todas las partes del código objeto o funcionalidades para generar un ejecutable final que cumpla de manera óptima con su propósito designado.

A pesar de ello, antes de llegar a la etapa de “enlazamiento” en el

proceso de desarrollo, se deben haber seguido varias etapas previas, a saber:

1) En primer lugar, se debe haber llevado a cabo una investigación y análisis profundo que permita definir los objetivos y las funcionalidades del *software*. Es decir, se trata de darle forma o estructura a la “idea” que motiva el proceso de creación e inversión.

2) Posteriormente, definido el propósito para el cual se desea invertir tiempo y dinero, corresponde pasar al estadio de diseño de la arquitectura del código que ejecutará en última instancia la “idea” proyectada, es decir, la estructura subyacente que permitirá visualizar mediante diagramas e interfaces cómo funcionará el *software*.

3) Finalmente, una vez concretada la etapa de diseño y arquitectura, se avanzará a la efectiva codificación. Fase que muy probablemente, sino casi seguro, implica la realización de exhaustivas pruebas, mejoras y adaptaciones para garantizar su correcto funcionamiento (Maida Pacienza, 2015), obligando a la empresa tecnológica a avanzar y retroceder un sinnúmero de veces hasta tanto el ejecutable final cumpla con los requerimientos proyectados.

Desde esta perspectiva, se puede observar que el proceso de desarrollo de un *software* es iterativo y continuo, en tanto se caracteriza por la realización de diversas pruebas o iteraciones, las que son sometidas a constantes evaluaciones para ver si cumplen o no con los resultados esperados. Consecuentemente, de detectarse un “error”, el proceso creativo se retoma, repitiendo los pasos para diseñar la iteración siguiente, todo ello, hasta obtener un cierto nivel de satisfacción respecto al resultado arribado (el que, en última instancia, dependerá del objetivo planteado primigeniamente al diseñar la “idea”) (Martins, 2022).

Por consiguiente, y ya contando con un sólido entendimiento de lo que abarca el concepto de *software* y tras haber explorado la complejidad inherente a su desarrollo, resulta oportuno adentrarse en el análisis del marco regulatorio aplicable. Mediante tal análisis, se evaluará su efectiva pertinencia y también se destacarán ciertas deficiencias, las cuales serán utilizadas como puntapié para diseñar o proyectar soluciones, esto es, las mejores prácticas.

### 3. Sistema de protección

#### 3.1 A nivel internacional: el derecho de autor

El *software* como una creación humana, expresada de manera escrita a través de un lenguaje especializado, con el fin de expresar y materializar ideas de forma clara y concisa es precisamente lo que ha llevado a la mayoría de los países a considerarlo como una obra intelectual y, como tal, protegido por el sistema legal del derecho de autor.

En esta línea, ciertos autores describen al *software* como aquel lenguaje natural creado artificialmente por el hombre para una comunicación especializada (Erdozain, 2002, p. 187), lo que enfatiza aún más la importancia de su consideración como una obra intelectual.

Esta asimilación del *software* como obra intelectual ha demostrado ser ventajosa en muchos aspectos. Es que, al considerarse una obra protegida por el derecho de autor, goza de los niveles de protección mínima que confiere el Convenio de Berna<sup>10</sup> a nivel internacional. Lo que implica, entre otras cosas: (i) la dotación de un plazo de protección mayor que en otras ramas de la propiedad intelectual; (ii) la exclusividad de la obra respecto al autor, dotando a este último del derecho a controlar su reproducción, distribución y comunicación pública; y (iii) la protección automática sin subordinación al cumplimiento de formalidades, en tanto desde su nacimiento se le concede la protección al autor sobre su obra;<sup>11</sup> entre otras.

En similar sentido, el artículo 10 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la OMC, del año 1994, confirma esta protección, estableciendo que “Los programas de ordenador, sean programas

---

10 Primer acuerdo internacional suscripto en 1886, con una gran adhesión por parte de los Estados, cuyo objeto es constituir una unión que promueva la protección de los derechos de autor y conexos en términos transfronterizos, estableciendo una protección mínima, sin perjuicio de que esta pueda ser ampliada por los Estados parte.

11 El Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas de 1886 establece la protección automática de las obras literarias, científicas y artísticas sin que sea necesario para el creador de la obra el cumplimiento de formalidad alguna, como puede ser su registro.

fuente o programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna (1971)”<sup>12</sup>.

La única salvedad que establece el instrumento internacional antes citado es que “ningún Miembro tendrá derechos ni obligaciones respecto de los derechos conferidos por el artículo 6 bis de dicho Convenio (referido al Convenio de Berna) ni respecto de los derechos que se derivan del mismo”. Esta excepción excluye expresamente los derechos morales<sup>13</sup> con el fin de conciliar las diferencias filosóficas y de naturaleza existentes entre los países signatarios. Sabido es que el sistema continental se fundamenta en una concepción personalista de los derechos de autor, mientras que el sistema de *common law* prefiere una visión más bien económica y utilitarista que no reconoce en absoluto los derechos morales.

En este sentido, el Acuerdo ADPIC, en aras de proteger el *software*, reafirma la idoneidad y conveniencia de hacer uso del sistema de protección del derecho de autor, abarcando tanto su forma comprensible por el ser humano como también la legible únicamente por una computadora.

Sin embargo, es importante destacar que el artículo 9 de dicho cuerpo normativo, en su último párrafo, establece una excepción a la protección del derecho de autor en relación con ciertos elementos del *software*, tales como las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos que hubieren sido utilizados, pues son “ideas o conceptos” no exteriorizados —es decir, no constituyen en sí obras— y, por tanto, no son merecedores de dicha tutela.<sup>14</sup>

---

12 En el mismo artículo se incorporan las bases de datos, bajo el siguiente texto: “Las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, serán protegidas como tales. Esa protección, que no abarcará los datos o materiales en sí mismos, se entenderá sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales en sí mismos”.

13 Esta norma fue motivo de reserva por los países del *Common Law*, quienes no aprobaban la teoría según la cual la obra es una extensión de la personalidad del autor y en virtud de ello, los titulares contaban con derechos irrenunciables, imprescriptibles e inalienables. Para un tratamiento más profundizado del tema puede verse J. P. Sala Mercado. *El derecho de autor en el nuevo milenio*. Córdoba. Ediciones Lerner SRL. 2017.

14 “La exclusión de las ideas y demás conceptos afines del dominio del Derecho

En un mismo sentido, dos años más tarde, el Tratado de la OMPI sobre derechos de autor (TODA),<sup>15</sup> de 1996, en su artículo 4 reiteró la aclaración contenida en el Acuerdo ADPIC en relación con la protección de los programas de ordenador, con algunas diferencias de redacción, en los siguientes términos:

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.

Por otro lado, remarcó en su artículo 2 la exclusión de que “La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”. Sin perjuicio de ello, y al igual que lo establecido en el ADPIC, nada de lo dispuesto en el TODA deroga las obligaciones que los miembros de la Convención de Berna hayan asumido entre sí (artículo 1.2 del TODA).<sup>16</sup>

---

de Autor se funda en promover un balance justo y adecuado en los derechos que otorga esta propiedad intelectual. Si el derecho amparara las ideas, se estaría dando al titular de una obra un derecho mucho mayor que la obra en sí: se impediría el desarrollo de obras ulteriores que podrían ser fruto de la propia expresión del nuevo autor, elaboradas en forma independiente, pero con base en una idea similar” (Palazzi, 2009, p. 22).

- 15 Corresponde inferir que el TODA, junto con el Tratado de la OMPI sobre la Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF) —ambos del año 1996—, llamados “Tratados Internet”, tuvieron como objeto principal la actualización del Convenio de Berna para que autores, artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas encuentren una protección acorde a la sociedad de la información. Particularmente, en el TODA se establece un conjunto de normas relativas a los programas de ordenador y a las bases de datos como materia objeto del derecho de autor; bajo una premisa, dicho articulado actúa como un adicional de protección a la ya prevista en convenios anteriores, sin resultar derogatoria de estos, pues debe interpretarse en conjunto.
- 16 Si bien no es necesario ser miembro de la Convención de Berna para formar parte del TODA, se deben cumplir con los artículos 1 a 21 de esta y su apéndice (artículo 1.4 del TODA). Por lo tanto, el TODA debe contemplar las obras protegidas en los artículos 2 y 2 bis de la Convención de Berna,

Es importante destacar que este reconocimiento del *software* como una obra intelectual y la consecuente protección por el derecho de autor, no es una idea que se originó como consecuencia de los documentos antes señalados (Correa, 1998, p. 60). En efecto, la legislación de Estados Unidos del Software Copyright Law, de 1980, y la Directiva 91/250/CEE sobre Programas de Ordenador de la Unión Europea, del año 1991, son antecedentes legislativos que fueron sancionados con anterioridad y ya contenían este tipo de previsiones.

Sin embargo, a pesar de que tanto el Acuerdo ADPIC como el TODA no fueron los pioneros en abordar la materia, han logrado consolidarse como elementos fundamentales en la regulación de los derechos de propiedad intelectual a nivel mundial, gracias a su amplia aceptación y adhesión<sup>17</sup> por parte de numerosos países, representando una protección de *minimis*<sup>18</sup> a la cual todos los estados parte, incluida la República Argentina, deben respetar y garantizar.

### 3.2 A nivel nacional: Ley 11723 y sus modificatorias

En lo que refiere al marco regulatorio de la República Argentina, si bien es bastante similar al antes analizado, es importante destacar la evolución histórica que ha experimentado en relación con la protección del *software*.

En el año 1933, Argentina promulgó la Ley 11723 (LPI),<sup>19</sup> la cual evidentemente —por razones de temporalidad— no pudo pre-

---

como también aplicar *mutatis mutandi* los criterios establecidos en el artículo 3 a 6 de esta (artículo 3 del TODA) (Sala Mercado, 2017, p. 80).

17 Ver el listado de países adheridos al Acuerdo ADPIC en: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/amendment\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/amendment_s.htm) y al TODA en: <https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/docs/pdf/wct.pdf>.

18 En particular, el Acuerdo ADPIC establece dentro del apartado “Disposiciones Generales y Principios Básicos” que los Estados miembros podrán prever en sus legislaciones domésticas, aunque no estén obligados a ello, una protección más amplia que la incorporada al texto de dicho tratado, a condición de que tal protección no infrinja las disposiciones de este. Lo que significa que dicho cuerpo normativo otorga cierta flexibilidad a los Estados para adaptar su normativa interna a sus necesidades y realidades específicas, siempre y cuando se respeten los límites mínimos establecidos por el Acuerdo.

19 “Régimen Legal de la Propiedad Intelectual”, del año 1933 y su Decreto

ver de manera específica al *software*. Sin embargo, ya proyectaba una expresión genérica para definir a las obras intelectuales comprendidas dentro de su ámbito de aplicación que permitía realizar una interpretación afirmativa respecto a la incorporación del *software*. En efecto, luego de una enunciación de las obras protegidas, la LPI indicaba expresamente que sería considerada como tal “toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción”.

En diciembre de 1994, Argentina adhirió al Acuerdo ADPIC mediante la Ley 24425, y en agosto de 1999, al TODA, mediante la Ley 25140. Adhesiones que vinieron a significar un *aggiornamento* del sistema normativo local. A partir de dicho momento se incorporaron de manera explícita al listado de obras amparadas por el derecho de autor, el código fuente y objeto.

A pesar de que el sistema constitucional argentino no exigía la modificación de la LPI para la implementación de estos tratados, ya que el artículo 75, incisos 22 y 23 de la Constitución Nacional dispone que los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes y son aplicables sin requerir de la sanción de una ley posterior a los efectos de su oportuna implementación. El legislador, en aras de dar mayor coherencia al sistema normativo vigente y evitar interpretaciones jurisprudenciales que pudieran dar a entender que se trataba de una obra *sui generis* —la cual no resultaba merecedora de la tutela penal prevista por la Ley 11723—,<sup>20</sup> entendió oportuno modernizar la LPI en el año 1998 mediante la sanción de la Ley 25036.

---

reglamentario 41233/34.

20 Al efecto, corresponde traer a colación que en el año 1994 la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en los Criminal y Correccional, consideró que si bien la reproducción no autorizada de una obra intelectual se encuentra reprimida por el art. 72 de la Ley 11723, en el caso particular del *software* no es suficiente el texto del Decreto 165/94 para extender dicho tipo penal, pues va en contra del principio de legalidad. A consecuencia de ello, los querrelantes en representación de “Autodesk Inc.”, “World Perfect Corporation”, “Microsoft Corporation” y “Lotus Development Corporation” interpusieron un recurso de casación. Dicho recurso fue rechazado en tanto se concluyó que no había una mala aplicación de la ley procesal ni sustantiva. No obstante el rechazo, se advirtió expresamente “*la necesidad de una ley específica que permita el aprovechamiento racional y legítimo del software, y que contemple la situación del productor, del usuario y del interés público. Solo una legislación*”

En consecuencia de ello, esta ley, bajo el título “Propiedad Intelectual”, incorporó la definición de obra del artículo 1 de la LPI a “los programas de computación fuente y objeto”. Acto legislativo que reflejó un cierto compromiso de la República Argentina en la promoción y fomento de las nuevas tecnologías, la innovación y la creatividad, así como la protección de la propiedad intelectual en un entorno cada vez más digitalizado merecedor de una efectiva tutela jurídica civil y penal.

A mayor abundamiento, corresponde resaltar que el Decreto 165/94 ya había determinado qué se protegía en el ámbito del *software* por la LPI de una forma más extensa. No obstante, y siguiendo la obra de J. P. Sala Mercado (2017, p. 140), se coincide en que al ser la Ley 25036 posterior a dicha normativa, y al no reproducir literalmente su texto, la protección se ha visto reducida a lo que es específicamente el código fuente y objeto, dejando por fuera a la documentación preparatoria y los manuales de uso prevista en el texto del decreto antes citado, a excepción de que estos últimos documentos, por la singularidad y originalidad en su forma de expresión, justifiquen ser protegidos como una obra literaria *per se*.

Como se puede observar de la lectura del artículo 1 de la LPI en su actual redacción, este evita incorporar una definición de programas de computación fuente y objeto; ello, con el objetivo de no quedar obsoleta en el corto plazo, pues es de notorio conocimiento que en este ámbito de la tecnología, su evolución y desarrollo se dan a pasos agigantados, repercutiendo ello en el modo o forma de expresión, por lo que toda definición de estos quedaría pronto desactualizada.

---

*especial —como se hizo en el tema de los fonogramas (ley 23.741)— podría eliminar las dudas sobre el alcance de la norma penal”. CNCCrimCo-CF, Sala I. Causa 400 Autodesk Inc. 19/07/1995. Contra el pronunciamiento de la Cámara, la parte querellante inició un recurso federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Al efecto, la Corte resolvió no dar lugar a la queja, confirmando la sentencia apelada en virtud de que la aprobación legislativa del Acuerdo ADPIC fue posterior al momento del hecho, siendo aplicable el principio de irretroactividad de la ley penal. CSJN, 23/12/97, “Recurso de hecho deducido por Autodesk Inc. en la causa Pellicori, Oscar A y otros s/ denuncia por defraudación (causa n. 34609)”.*

Por último, siguiendo con el articulado de la Ley 25036, corresponde traer a colación que esta incorpora a la LPI dentro de su artículo 4 una protección al esfuerzo inversor, tema que será abordado en detenimiento en los siguientes apartados. Al solo efecto enunciativo, también incorpora ciertas previsiones afines vinculadas a la copia de salvaguardia (artículo 9), a las licencias de uso reproducción del *software* (artículo 55 bis) ya la necesidad del depósito de la obra —so pena de multa (artículo 57 *in fine*)—, último tópico que será tratado oportunamente.

### 3.3 Complejidades en la protección legal del *software*

La protección del *software* por derecho de autor es un tema complejo que ha generado una amplia discusión en el ámbito jurídico. Si bien la mayoría de los países han optado de manera uniforme por protegerlo como una obra intelectual, esta solución no termina de abordar el asunto por completo.

Esto se debe principalmente a que, a la luz de los conceptos establecidos por el derecho de autor, en el proceso creativo de desarrollo y concreción del *software* existen ciertos elementos que, pese a su alto valor intrínseco, no merecen dicha tutela.

En particular, la originalidad y creatividad requeridas por el derecho de autor repercuten de manera directa en la materia. Un ejemplo ilustrativo de esta cuestión se encuentra en el caso icónico de *Apple Computer Inc. v. Microsoft Corp.* Aquí, la Corte Suprema de los Estados Unidos determinó que Microsoft no había infringido los derechos de autor de Apple con respecto a la interfaz gráfica de usuario (GUI, por sus siglas en inglés para *graphical user interface*) de Macintosh, ya que esta no era lo suficientemente original o creativa como para ser protegida por derechos de autor.<sup>21</sup>

Por otra parte, otra de las razones por las que se excluye la protección como obra es por carecer de expresión. Ello, porque el derecho de autor no protege ideas, conceptos o funciones que no estén materializados. Esto último se justifica en que la protección de las ideas en abstracto inhibe la capacidad creativa, en tanto su admisión

---

21 Para mayor información ver: *Apple Computer Inc. v. Microsoft Corp.*, 759 F.

implicaría a la larga un monopolio sobre una idea, que terminaría agotando las fuentes de inspiración disponibles.

Trasladando este principio al *software*, resulta importante destacar que aquellas ideas o funciones que hubieran motivado su creación, en idéntico sentido a lo antes expuesto, quedan a libre disposición. En consecuencia, terceros podrán utilizarlas y crear, con base en ellas, otros desarrollos compuestos por líneas de código o instrucciones diferentes a las primeras, pero que arriben al mismo o similar resultado. En concreto, “la solución de un problema puede tener múltiples expresiones algorítmicas, así como cada algoritmo puede tener múltiples expresiones en código que en ocasiones dependen incluso de decisiones estéticas, pero que al fin y al cabo, realizarán la misma función” (Busaniche, s.f., p. 2).

Ello pone de manifiesto el mayor inconveniente de atenerse únicamente a los lineamientos del derecho de autor, ya que la protección concedida por dicho marco normativo se limita a la expresión materializada de las ideas. Esto implica que la idea subyacente, que en el caso del *software* sería su funcionalidad, no puede ser objeto de protección. Así lo ha expresado Millé y Moyano (1990), quien sostuvo que los siguientes elementos quedarían relegados del marco normativo: “(i) El algoritmo o encadenamiento lógico que guió al autor en el desarrollo del proyecto; (ii) La estructura interna de los programas; (iii) El texto de la codificación en lenguaje superior de programación; (iv) Las interfases del programa con otros programas” (p. 4).

En relación con el tópico en tratamiento, también puede citarse un caso resuelto en el año 1880 en Estados Unidos, conocido como *Baker vs. Selden*.<sup>22</sup> En dicho caso se buscaba reclamar la protección por derechos de autor para una idea que se encontraba en un libro, en particular, un sistema de contabilidad. La Corte Suprema determinó que la protección de los derechos de autor (*copyright*) no se extiende a las ideas contenidas en una obra, sino únicamente a su ex-

---

Supp. 1444 (U.S. District Court for the Northern District of California - 759 F. Supp. 1444. March 6, 1991).

22 *Baker v. Selden*, 101 U.S. 99, 25 L Ed 841 (1880).

presión concreta,<sup>23</sup> rechazando por tanto la pretendida apropiación de dicho concepto abstracto.

Por tanto, tal como concluye el Tribunal de Apelación de los Estados Unidos, Tercer Circuito en el fallo *Whelan Associates Inc. v. Jaslow*, constituirá una infracción si se copian partes del código fuente u objeto de un programa para incorporarlas a otro, incluso si la copia no es exacta, pero tiene como fin que sea adaptable a otro sistema operativo.<sup>24</sup> Con relación a la función que cumple el código, como el titular de los derechos de autor sobre el código no tiene un monopolio sobre ella, esta podrá ser desarrollada por una línea de códigos totalmente diferente sin que se vea afectada la protección del derecho de autor.<sup>25</sup>

---

23 Para mayor información del caso, ver: Samuelson (2005, p. 159).

24 “The expression of the idea embodied in a computer program is protected by the copyright laws even though it must be altered and refined to be made adaptable to different types of computers that have different methods of responding to command controls and therefore require different source codes. See generally *Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp.*, 714 F.2d 1240 (3d Cir.1983). The mere fact that the IBM-PC source code is written in BASIC rather than EDL, (as is the IBM-Series 1 source code) does not preclude the possibility of copying or copyright infringement. The idea of a computerized system to control the operations of a dental lab is not subject to copyright. The particular expression of that idea created and fixed in the plaintiff’s IBM-Series 1 Dentalab system, however, is copyrightable, and the evidence demonstrates that defendants actually did copy that expression in writing the source and object codes for their IBM-PC Dentcom system” (*Whelan Associates v. Jaslow Dental Labor*, 609 F. Supp. 1307 (E.D. Pa. 1985), District Court, E.D. Pennsylvania, de 1986. Página web: <https://www.courtlistener.com/opinion/1887159/whelan-associates-v-jaslow-dental-labor/>).

25 Respecto a este asunto, se puede citar al caso *Lotus v. Borland* en Estados Unidos. Fue un litigio de derechos de autor entre dos compañías de *software* por la interfaz de usuario de una hoja de cálculo. La Corte Suprema dictaminó que la interfaz de usuario no era elegible para la protección de derechos de autor porque era un método de operación funcional necesario para el uso del *software*, no una expresión creativa protegida (*Lotus Development Corporation V. Borland International, Inc.*, United States Court of Appeals, First Circuit. 49 F.3d 807 (1995). Ver: [https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/cx/1995\\_Lotus.pdf](https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/cx/1995_Lotus.pdf)).

### 3.4 El *software* libre y el movimiento de código abierto: implicancias legales y comerciales

En el estudio del marco normativo a nivel local y comparado del desarrollo de *software*, resulta imperativo hacer alusión a dos movimientos que buscan forjar ciertas identidades respecto a las prerrogativas establecidas por el derecho de autor: el *software* libre y código abierto, conocidos como *free software/copyleft* y *open source*, respectivamente.

El primero en surgir fue el movimiento del *software* libre, a mediados de 1985. Liderado por Richard Stallman mediante la creación de la Free Software Foundation,<sup>26</sup> este movimiento tuvo como principal propósito promover ciertas “libertades” a los usuarios. En este contexto, se buscaba habilitar a los usuarios a ejecutar, copiar, distribuir, estudiar, modificar cualquier línea de código que se encontrara bajo estas premisas, para luego poder redistribuir sus copias modificadas de igual forma. La única condición que se le imponía al usuario era que éste no podría introducir restricciones propias a las versiones modificadas.

En particular, este movimiento busca promover que todo código que se encuentre en formato *software* libre quede en idéntica manera, prohibiendo condicionar el uso posterior a alguna pauta limitativa o restrictiva, aún cuando las modificaciones fueran propias del usuario (Stallman, 2004, p. 24).

Avanzando en el análisis, resulta relevante destacar que el término *free* o “libre” no refiere a la gratuidad en su sentido económico, sino exclusivamente a las libertades antes descriptas. En consecuencia, ciertas funcionalidades o servicios, pese estar el código del *software* en formato *software* libre, podrían ser ofrecidas en ambas versiones, esto es, de manera onerosa o gratuita.

Realizada la aclaración en términos económicos, resulta oportuno destacar que las libertades que propone el movimiento del *software* libre, excluyen las limitaciones impuestas por el derecho de autor.

Como es sabido, el derecho de autor es un sistema tuitivo de protección diseñado para salvaguardar a los autores que desean crear obras intelectuales como fuente de ingresos. En consecuencia, pre-

---

26 Ver: <https://www.gnu.org/licenses/copyleft.es.html>.

supone la aplicabilidad de interpretaciones restrictivas para todo tipo de licencias o cesiones, entendiendo que la excepción sería la gratuidad, la cual debería surgir de manera expresa y limitada a las cláusulas contractuales, pues no resulta lógico que los autores puedan subsistir (por ser su medio de vida) (De Couto, 2002) sin ser retribuidos por sus creaciones (Vicent López, 2015, p. 164).

De esta manera, se observa con claridad que el *software* libre hace caso omiso a los derechos inherentes al autor, exigiendo a todo aquel desarrollador de *software* que haya tomado como base y/o complemento ciertas líneas de código en ese formato la obligación —pues aquí no hay tal “libertad”— de publicar dicha obra y dejarla a libre disposición de los demás, incluso de la competencia.

Por otra parte, en el año 1998 surgió el movimiento de *open source*, creado por Eric S. Raymond y Bruce Perens, como una alternativa “superadora” al *software* libre, la cual resultaba más tentadora para el sector empresarial que deseaba generar réditos económicos con la comercialización del *software* sin necesidad de liberar completamente sus desarrollos a terceros competidores.

Si bien la filosofía detrás del movimiento de código abierto resulta coincidente con la del *software* libre, pues entiende que el conocimiento y la tecnología deben ser accesibles para todos y que la colaboración y el intercambio de ideas son fundamentales para el progreso tecnológico, su enfoque podría considerarse más técnico, pues se basa en la eficiencia y calidad del *software* desarrollado a través de la colaboración de la comunidad, permitiendo aceptar licencias que el primer movimiento rechazaría.

Precisamente, la gran desventaja que se observaba en el movimiento del *software* libre es que no permitía comercializar como *software* privado, es decir, atado a las licencias que el propietario deseara incluir si este estaba compuesto por líneas de códigos de base libre. Es por ello que esta nueva iniciativa no se centra tanto en el hecho de que los programas derivados mantengan las características de “libre” respecto a los usuarios, sino en fomentar la apertura del código de cara a los desarrolladores. Bajo este tipo de esquema, encontramos los desarrollos Apache<sup>27</sup> (servidor web), Li-

---

27 Véase: <https://www.apache.org/>.

breOffice<sup>28</sup> (*suite* de aplicaciones de escritorio), MySQL<sup>29</sup> (sistema de gestión de bases de datos), Android<sup>30</sup> (sistema operativo móvil), entre otros.

Analizadas las diferencias inherentes a cada uno de estos movimientos, si bien a simple vista podría parecer que ofrecen ventajas significativas al proporcionar acceso a tecnología de manera más económica, es crucial destacar que tales beneficios pueden venir acompañados de desafíos considerables, especialmente para los autores y desarrolladores que buscan generar ingresos a través de la comercialización de su *software* mientras mantienen un control absoluto —o al menos parcial, como se verá adelante— sobre este.

Además, el uso de estos tipos de *software* a menudo implica una mayor dependencia de la comunidad de desarrolladores y una mayor exposición a la competencia, ya que otros pueden modificar y mejorar el código libremente. Esto puede representar una oportunidad, como también un desafío, ya que, si bien estimula la innovación, además puede socavar la ventaja competitiva del creador original.

En consecuencia, se podría decir que la noción de innovación se vuelve relativa, ya que si se limita la competencia y se reduce la posibilidad de obtener ganancias significativas, puede dejar de ser atractivo para las empresas y desarrolladores invertir tiempo y dinero en el desarrollo de nuevos programas, dado que, en última instancia, todo queda al menos accesible o “abierto”.

Por lo tanto, y volviendo al tema central de esta tesis, resulta esencial que cualquier empresa que decida utilizar este tipo de códigos adopte una precavida y cautelosa política de propiedad intelectual, la cual haya sido analizada en profundidad en términos de las posibles repercusiones económicas y legales que su utilización podría implicar, tema que será abordado en el próximo apartado de manera particular.

---

28 Véase: <https://www.libreoffice.org/discover/libreoffice/>.

29 Véase: <https://www.mysql.com/>.

30 Véase: <https://source.android.com/?hl=es-419>.

#### 4. Buenas prácticas para la protección del *software*

Tal como se ha ido desarrollando, el entorno tecnológico ha experimentado en los últimos años un crecimiento exponencial, generando innumerables ventajas económicas y oportunidades de desarrollo. Sin embargo, este crecimiento acelerado ha llevado a que muchas empresas que no están familiarizadas con las complejidades de la propiedad intelectual tomen decisiones erróneas, las cuales, en última instancia, acarrearán consecuencias legales y económicas significativas.

En este contexto, el presente apartado buscará dotar al lector de una serie de prácticas que, a criterio personal, resultan fundamentales para la toma de decisiones informadas y el armado de estrategias en torno a la propiedad intelectual, todo ello en pos de mitigar riesgos legales y maximizar el valor del *software* que pretende desarrollar y/o comercializar (tanto en instancias de licencias como también de servicios SaaS).

En particular, la necesidad de contar con una política clara y bien definida de propiedad intelectual en este sector de la industria encuentra su sustento en razón a la intangibilidad y ubicuidad del *software*, imposibilitando su aprehensión y control en comparación con los objetos corpóreos. Por ello, y si bien es innegable que cada empresa es única y posee necesidades y objetivos específicos, no deja de ser imperativa la necesidad de que se encuentren capacitadas e informadas en lo que respecta a la materia.

Por consiguiente, en las siguientes secciones se ahondará en la notable importancia que reviste la implementación de un contrato que delimite las reglas del desarrollo de dicho activo tecnológico, examinando aquellas cláusulas contractuales que suelen surgir en este contexto, evaluando sus pros y sus desventajas.

Posteriormente, se explorarán las medidas registrales, administrativas y tecnológicas que pueden ser implementadas en aras de complementar la protección pretendida. Todo ello, con el objetivo de ofrecer una visión completa de las mejores prácticas que pueden ser adoptadas para la protección del *software*, con el propósito de orientar en la formulación de políticas de protección claras, robustas y adecuadas a las necesidades específicas de cada empresa.

##### 4.1 Razones para implementar un contrato

Habiendo visto que en la actualidad el sistema propicio de pro-

tección del *software* es el de derecho de autor, ya que brinda a sus creadores una protección legal inmediata, de alcance mundial y por un extenso período sin necesidad de incurrir en formalidades adicionales, se torna imperioso regular el traspaso de dicha titularidad a la empresa tecnológica que paga por su desarrollo.

Aquí es donde la instrumentación contractual se convierte en un pilar fundamental para garantizar la seguridad jurídica y salvaguardar los derechos de propiedad intelectual involucrados, independientemente de si el desarrollo se realiza en el contexto de una relación de dependencia o de manera autónoma.

Es por ello que a continuación se abordará como primera medida y buena práctica la redacción de aquel contrato por el cual se le concede la titularidad del *software* a la empresa tecnológica, junto a otras condiciones particulares que buscarán robustecer aún más dicha relación jurídica.

Esto se debe principalmente a que la normativa del derecho de autor parte de la base de que, en ausencia de una transferencia efectiva de la titularidad, el autor original —en este caso, el desarrollador o programador autónomo— conservará para sí la plena titularidad del *software* creado. Por ende, retendrá en su persona la totalidad de los derechos morales y económicos asociados a ella. Incluso, similar situación podría darse en el caso de que el desarrollador se encuentre en relación de dependencia, pues, como se abordará más adelante, el derecho argentino no ha resuelto este tópico con la claridad suficiente.

Precisamente, y a mayor abundamiento, la LPI parte de la premisa básica y fundamental de que el legítimo propietario de la obra es el autor que la ha creado, beneficiándose de un derecho moral irrenunciable e imprescriptible (artículos 4, 51 y 52 de la LPI) y de los derechos económicos que implican su explotación.

Incluso, para el caso de las obras en colaboración, en las cuales han participado más de un autor con distintos aportes que resultan totalmente identificables, la LPI sienta en su artículo 16, primera parte que, salvo pacto en contrario, los colaboradores tendrán idénticos derechos sobre ella. De manera excepcional para las obras colectivas, en las cuales —a diferencia de las primeras— los aportes se funden y confunden no pudiendo identificarse el de cada autor, la normativa resuelve ello otorgando la titularidad a aquella persona

que tuvo la iniciativa y arriesgó parte de su patrimonio para solventar los gastos de creación y dirección, asignando en consecuencia la titularidad de los derechos económicos sin hacer mención respecto a los derechos morales implicados.<sup>31</sup>

En esta misma línea, y tal como se adelantó al comienzo del presente trabajo, en el año 1998, con la Ley 25036, se incorporó en el artículo 4, inc. d. de la LPI la disposición por la cual toda persona que cuente con dependientes contratados para “elaborar un programa de computación” y que “hubiesen producido un programa de computación en el desempeño de sus funciones laborales” será titular de dichas obras, “salvo estipulación en contrario”.

La falta de claridad en la normativa antes citada es evidente, en particular debido a que el desarrollo de *software* no se reduce exclusivamente a la creación de código, puesto que también puede involucrar —tal y como se detalló anteriormente— la elaboración y el diseño de documentación preparatoria, como manuales de usuario, arquitecturas, interfaces gráficas, recursos multimedia y otros elementos que pueden resultar intrínsecamente creativos. No obstante, aquellos elementos, al no calificar como “programadas de computación *per se*”, quedarían relegados de dicha presunción de titularidad.

La alegada insuficiencia del artículo 4, inc. d) de la LPI es también advertida por Millé (1998, p. 9), autor que detalla de una forma muy precisa los requerimientos que deben darse necesariamente para invocar la presunción a favor del esfuerzo inversor, a saber: (i) la existencia de una relación de trabajo; (ii) que el desarrollo de la obra se encuentre motivada en las obligaciones laborales encomendadas, esto es, que no haya sido creada de manera accidental o accesorio a su trabajo; y (iii) que se trate específicamente de un programa de computación, excluyendo así cualquier otra obra intelectual.

Por tanto, de atenerse estrictamente a lo establecido por el artículo 4 de la LPI, si el desarrollo de *software* se verifica en el marco de una relación no laboral (por ejemplo, en el contexto de una prestación de servicios), o si, tratándose de una relación laboral, el desarrollo

---

31 Claro está que la LPI parte de la premisa por la cual la paternidad intelectual de cada autor respecto a su aporte es irrenunciable, pues es inseparable de la personalidad humana.

de *software* no resultase el objeto propio de contratación, o si, conjuntamente con el desarrollo de *software*, se crean otras obras complementarias (por ejemplo, los manuales de uso o diversos recursos multimedia), estamos ante supuestos que no quedan comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la norma. En consecuencia, a menos que contractualmente se haya establecido otra cosa, dichas creaciones permanecerán en cabeza de la persona que las hizo, sea empleado o no, pese haber recibido una contraprestación por el desarrollo realizado.

A colación, se puede citar el caso que se tramitó en el año 2008 ante la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala III, *Barrea, Osvaldo Rubén c. Bco. de Santa Fe S.A. y otro*, por el cual el Sr. Barrea, al finalizar la relación laboral con el Banco de Santa Fe, demandó a la institución bancaria por la utilización no autorizada de un programa de computación que él había desarrollado de manera simultánea a su empleo en dicha entidad. Oportunamente, el juez *a quo* hizo lugar a la demanda y condenó a la entidad bancaria, argumentando principalmente en que el Banco de Santa Fe no había contratado al actor para el desarrollo del *software* de marras y, en consecuencia, mal podía haber adquirido la titularidad derivada de los derechos de autor sobre este.

Dicho caso tampoco podría haber sido resuelto de manera diferente haciendo uso del articulado de la Ley de Contrato de Trabajo 20744 (en adelante, LCT), pues si bien dicho cuerpo normativo en su artículo 82<sup>32</sup> recepta la titularidad de las invenciones creadas por los empleados en cabeza del empleador, no incorpora de manera particular a aquellas que se encuentran amparadas por el derecho de autor. Ello provoca que, al limitarse terminológicamente a las “invenciones”, tal y como señala el artículo 6 de la Ley 24481, Ley de Patentes de Invenciones y Modelos de Utilidades (en adelante, LP), queden excluidas de manera categórica todas aquellas que encuadren

---

32 “Art. 82. —Invenciones del trabajador. Las invenciones o descubrimientos personales del trabajador son propiedad de éste, aun cuando se haya valido de instrumentos que no le pertenecen. Las invenciones o descubrimientos que se deriven de los procedimientos industriales, métodos o instalaciones del establecimiento o de experimentaciones, investigaciones, mejoras o perfeccionamiento de los ya empleados, son propiedad del empleador. Son

en el concepto de obra bajo los siguientes términos: “No se considerarán invenciones para los efectos de esta ley: [...] b) Las obras literarias o artísticas o cualquier otra creación estética, así como las obras científicas...”.

Incluso bajo el hipotético escenario de aplicar el artículo 82 por analogía (Emery, 1999, p. 89 y sus citas),<sup>33</sup> contraviniendo de manera absoluta con las interpretaciones *in dubio pro autor* promovidas por dicho cuerpo normativo, bajo el entendimiento de que la Ley 25036 vino a ratificar el criterio de que la invención u obra realizada en el marco de una relación laboral es de la empresa contratante<sup>34</sup>, se plantea una premisa ulterior y es que, por la LCT, si dicha obra (invento, según su texto) no se encuentra dentro del objeto del contrato y/o lo excede, deberá asignarse una compensación indemnizatoria extraordinaria a quien la realizó. Por tanto, sigue siendo necesario que exista un documento que pruebe de forma explícita dicha encomienda.

En particular, y vinculado al último tópico, no puede dejarse de traer a colación las palabras de Villalba y Lipszyc (2016), quienes comprenden que

en materia de derecho de autor, en la legislación argentina no hay una disposición genérica sobre la transmisión de la titularidad de las obras intelectuales como consecuencia de la relación laboral, a diferencia de lo que sucede en el campo de la invención. (ap. 3.1.2.3)

---

igualmente de su propiedad las invenciones o descubrimientos, fórmulas, diseños, materiales y combinaciones que se obtengan habiendo sido el trabajador contratado con tal objeto” (el subrayado me pertenece).

33 Ver también, en el mismo sentido, Vibes (2014, p. 70, ap. 2.4.2, 2004, p. 221) y Fernández Delpech (2011, p. 88), entre otros.

34 En este orden de ideas, parte de la doctrina —entre ellos, Satanowsky (1954, pp. 269 y 270)— supone que la titularidad corresponderá al empleador si el empleado la creó siguiendo órdenes e instrucciones de su patrón, mientras que, si la desarrolló impregnando su personalidad de manera tal que no haya sido posible la intervención y/o dirección en su desarrollo, la creación le corresponderá al empleado, situación que requerirá, por tanto, el consentimiento expreso del autor para efectuar la cesión de la obra a la empresa empleadora.

En el campo del derecho laboral no existe una disposición específica con respecto a los derechos de autor. Sin embargo, resulta claro que en la tutela del creador de la obra en relación de dependencia se aplica una doble protección: la que le corresponde por ser autor y la L.C.T., por cuyo mandato expreso también se aplican los principios de normas más favorables para el trabajador, la equidad y la buena fe [...]. Ambos regímenes (el de la L.P.I. y la L.C.T.) están estructurados sobre la base de que el derecho debe compensar la situación de desprotección o desigualdad en que se encuentran el autor y el trabajador asalariado. (ap. 3.1.2.2 a)

En este contexto, se evidencia una clara confrontación entre los dos sistemas legales. Por un lado, el derecho laboral, en virtud del cual el fruto del trabajo del empleado corresponde al empleador, y, por el otro, el de derecho de autor, que confiere la titularidad de la obra al creador (Lipszyc, 2017, p. 147). Esta tensión también se refleja en los principios interpretativos de cada cuerpo normativo, el principio *in dubio pro operario*, el cual establece que, ante la duda, se debe interpretar la normativa de manera más favorable al trabajador, y el principio *in dubio pro autore*, que sugiere que, ante la misma situación de incertidumbre, se interprete la normativa de manera que beneficie al autor. Sin embargo, la determinación de cuál de estos principios tiene mayor peso cuando ambas posiciones se confunden en una misma persona resulta una tarea compleja, lo que subraya la necesidad de que la ley establezca previamente una solución en estos casos, la cual a la fecha no existe.

Por consiguiente, lo anteriormente expuesto ha llevado a gran parte de la doctrina a sostener que el artículo 82 LCT únicamente se aplica para las invenciones (Millé, 1998, p. 9), siendo la única excepción por la cual se puede asignar la titularidad de una obra a una persona jurídica sin necesidad de que se demuestre una cesión el caso de las obras colectivas realizadas por encargo cuyos aportantes resultan “anónimos” (artículo 8 y 16 de la LPI),<sup>35</sup> o bien el caso del programa de ordenador siempre y cuando se cumplan con la totalidad de los requerimientos de la LPI.

---

35 Para mayor información ver Sáenz (2018).

Por todo lo antes dicho, habiendo advertido la deficiencia en su regulación y los principios que promueven la materia, se concluye que resulta fundamental e imperioso contar con sólidos contratos que establezcan con claridad los términos y condiciones que rijan la relación entre las partes involucradas, declarando de manera expresa en cabeza de quién quedará la titularidad del *software* creado. De lo contrario, se deberá realizar un profundo esfuerzo para determinar y/o demostrar judicialmente la verdadera intención de las partes, tarea que significará una gran complejidad probatoria para quien pretenda hacer tal afirmación.

#### **4.1.1 Contrato de desarrollo de obra vs. contrato de prestación de servicios**

Habiendo comprendido la importancia que merece la existencia de un instrumento jurídico que detalle con precisión el desarrollo de *software* que se busca realizar, el cual determinará a quién le pertenece su titularidad a final de cuentas, resulta oportuno analizar qué tipo de contrato será el más adecuado desde una perspectiva legal como también práctica.

En primer lugar, para el caso de las relaciones autónomas que resultan por fuera de la LCT,<sup>36</sup> en las cuales el desarrollador presta servicios y/o desarrolla obras de manera independiente y factura por ello, surge el interrogante de qué es más propicio: el contrato de desarrollo de obra o el contrato de prestación de servicios.

Dichas figuras contractuales cuentan con naturalezas jurídicas muy disímiles que merecen especial atención: en los contratos de obra, se encuentra la obligación del contratista siempre de resultado, bajo una responsabilidad objetiva, mientras que en los contratos de servicios, como regla general, la obligación asumida es de medios y la responsabilidad resulta subjetiva, excepto que se haya

---

36 El Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 1252, excluye de manera categórica la aplicación de la normativa del contrato de obras o de servicios a aquellos que sean prestados en relación de dependencia, residiendo la “distinción del contrato de trabajo con el contrato de prestación de servicios” (...) “en la acreditación de la subordinación jurídica” (Oziomek, 2019, p. 66).

comprometido a la obtención de un resultado específico (Oziomek, 2019).

En consecuencia, pareciera que la figura del contrato de desarrollo de obra es la que mejor resuelve el conflicto de titularidad de los derechos de autor, en la medida en que el “resultado objetivo” —en este caso, el desarrollo y cesión de la titularidad del *software*— se acredite mediante ciertas cláusulas que garantizan la efectiva cesión de todos los derechos económicos que pudiere ostentar el desarrollador sobre su creación.

De esta manera, este tipo de contrato le permite a la empresa que invirtió por dicho desarrollo beneficiarse de la explotación exclusiva, esto es, con facultades para reproducirlo, modificarlo, distribuirlo y/o comunicarlo públicamente, siempre y cuando dichas prerrogativas se hayan expuesto con la claridad suficiente en el documento.

A *contrario sensu*, y en uso de los principios interpretativos promovidos por el derecho de autor, dichas prerrogativas podrían estar en duda de haberse optado por otra figura contractual que no implique la efectiva entrega de titularidad *per se*, sino la mera asistencia o prestación de ciertos servicios de mantenimiento, los cuales no implicarían un resultado específico, a menos que se haya dispuesto expresamente lo contrario.

Así lo dispone el artículo 1252 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), el cual trae un mecanismo de resolución de conflictos ante la incertidumbre respecto a si se está ante un contrato de servicios o de obra, distinguiéndolos con ciertos elementos esenciales. Así las cosas, el CCyCN aclara que, de tratarse de un contrato de servicios, “la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia”, omitiendo así cualquier posible entrega, mientras que para el segundo, “se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega”, en el caso en concreto, el *software*.<sup>37</sup>

No obstante, la utilidad que puede presentar el contrato de desarrollo en lo que merece a la titularidad, en ciertas ocasiones puede resultar insuficiente o imposible de llevar a la práctica, pues, tal como

---

37 “A diferencia del servicio que es intangible y desaparece al primer consumo, la obra debe contar con la posibilidad de ser reproducida con independencia de

se detalló en el apartado 2.1.2, dicho procedimiento de creación es caracterizado por ser iterativo y continuo, el cual no se limita a un momento único, sino que, en razón de la inminente presencia de fallas y/o actualizaciones, dicho procedimiento avanza y retrocede tantas veces como resulte necesario. En consecuencia, difícilmente un desarrollador con experiencia y conocimiento en la materia esté dispuesto a consentir o garantizar que tales eventos no ocurran bajo una obligación de resultado.

A mayor abundamiento, rara vez se pueda garantizar la ejecución de un proyecto de esta índole de manera precisa y sin la necesidad de modificaciones posteriores. Por consiguiente, no sería oportuno suscribir un contrato que garantice un resultado libre de fallas cuando pueden suceder numerosos factores, como cambios en el entorno tecnológico, actualizaciones de sistemas operativos, modificaciones en los requisitos del proyecto o las propias interacciones imprevisibles que realicen los usuarios.

Por lo tanto, la rigidez de los contratos basados en resultados objetivos podría llevar a disputas legales y resultados adversos, originados en el desconocimiento total de este sector de la industria.

En consecuencia, en lugar de buscar garantías de perfección impracticables, resultaría más razonable adoptar un contrato de prestación de servicios que recepte la cesión total de los derechos económicos de la obra que se produzca, así como la posibilidad de detectar y corregir errores, con pruebas exhaustivas, actualizaciones y eventuales mantenimientos.

Es que lo anterior no es imposible de proyectar bajo la figura del contrato de prestación de servicios, en la medida en que lo dispuesto por el artículo 1252 es al solo efecto de establecer una pauta interpretativa, mas no una condición de existencia del contrato.

En consecuencia, las partes pueden acordar la prestación de cierto servicio (desarrollo de *software*) que, en última instancia, procure del contratista un resultado concreto (la entrega), sin que ello implique

---

su autor. Asimismo, conforme la definición contenida en el art. 1251 CCyC la obra puede ser material —y se regula en la Sección 2ª de este Capítulo— o intelectual —regulada por la ley 11723 y en subsidio por este capítulo” (Herrera et al., 2015, p. 3).

la aplicación del resto del articulado del contrato de desarrollo de obra, en específico, las garantías de funcionamiento de dicho activo.<sup>38</sup> Más aún, y al solo efecto de evitar malas interpretaciones del objeto acordado, podrá indicarse en los considerandos del instrumento que se suscriba al efecto las razones por las cuales se ha optado por un contrato de tal naturaleza.

Siguiendo con el análisis, en lo que respecta a la efectiva cesión de los derechos de autor, además de que debe resultar de manera expresa en el texto del contrato de servicios, deberá traer a colación un minucioso detalle de lo que esta implica, pues no solo será la titularidad del código en sí, sino también la posibilidad de reproducirlo en todas sus formas, así como de modificarlo, traducirlo, ejecutarlo, comunicarlo, distribuirlo, licenciarlo, comercializarlo y realizar cualquier otra acción legalmente posible en la explotación económica de dicha obra.

Adicionalmente, y tal como se infirió más arriba, dicho contrato podrá incorporar cláusulas que contemplen servicios de mantenimiento, tanto evolutivo como correctivo, así como la posibilidad de llevar a cabo actualizaciones. De esta manera, se podrá garantizar que el desarrollo no quede obsoleto en el corto y mediano plazo, así como que pueda seguir satisfaciendo las necesidades cambiantes de la empresa, aspecto que será analizado con mayor detalle en los siguientes apartados.

Este enfoque contractual simplifica incluso la gestión legal de dichos desarrollos, pues permite evitar la tediosa tarea de tener que redactar un nuevo contrato por cada ajuste y/o actualización que sean necesarios. Si bien este último será visto en el apartado 4.1.2.1.3, se puede adelantar que, en la medida que el contrato disponga la posibilidad de actualizar la obra encomendada, dichas modificaciones serán consideradas obras derivadas de la primigenia, ostentando la empresa contratante los mismos derechos que sobre las primeras.

---

38 Así lo dispone el artículo 774 del CCyC, el cual expresa que la prestación de un servicio puede consistir en: a) realizar cierta actividad con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito; b) procurarle al acreedor cierto resultado concreto con independencia de su eficacia; c) procurarle al acreedor el resultado eficaz prometido (el subrayado me pertenece).

A la luz de lo expuesto, en el próximo apartado se analizarán detenidamente cada una de las cláusulas que podrían ser objeto de consideración en el armado de este tipo de contratos, destacando incluso aquellas situaciones que pueden darse en la particularidad de cada empresa. Todo ello, a los efectos de servir como una guía práctica que ofrezca una visión completa y comprensiva del tema y que ayude a tomar decisiones eficientes y fundamentadas en cada contexto.

#### **4.1.2 Cláusulas esenciales**

Al reconocer la importancia que reviste la existencia de un sólido contrato que salvaguarde los derechos de explotación de la empresa sobre su activo principal, en la medida en que ayuda a garantizar la plena titularidad y elimina las contingencias de que los colaboradores que hayan trabajado en este aleguen derechos de pertenencia, es que a continuación se tratarán en detalle las principales cláusulas que deberían estar presentes en este tipo de instrumentos.

##### **4.1.2.1 Descripción del desarrollo de *software* encomendado**

En primer lugar, resulta esencial definir con claridad el alcance del objeto para el cual se contrata a una persona. Esto les permitirá a las partes involucradas comprender con precisión los requerimientos del desarrollo.

Precisamente, la forma y contenido con que se exponga el objeto determinará su naturaleza jurídica y, en consecuencia, las obligaciones asumidas. Esto es, si se está ante la presencia de un contrato de desarrollo de obra o de prestación de servicios, el contratista asume en el primero una obligación de resultado (conf. artículo 774 del CCyCN), mientras que en el segundo será “palmaria mente de medios, habida cuenta que este no asegura la obtención del resultado sino la efectiva diligencia y prudencia tendiente a la concreción del mismo” (Jalil, 2019, p. 3), a excepción de que ello surja del texto mismo del documento.

Por lo tanto, en oportunidad de su redacción, resulta imperiosa la necesidad de especificar de manera detallada el desarrollo encomendado, especificando las funcionalidades, características, requisitos y

estándares de calidad o seguridad que deberá cumplir, así como cualquier otro aspecto relevante que les permita a las partes tener una comprensión clara y precisa del alcance del proyecto, los resultados esperados y la naturaleza jurídica de la obligación.

Es que la falta de especificidad en su redacción podría dar lugar a incertidumbres o ambigüedades en su comprensión, evento que obligaría al juez interviniente a hacer uso del principio *in dubio pro auctore*. En consecuencia, dicho magistrado deberá optar por la interpretación que resulte más favorable a la posición del autor, esto es, a la que en menor medida comprometa sus derechos y obligaciones (en total detrimento a los derechos de la empresa).

Por tanto, será muy importante que la redacción de la cláusula cuente con la mayor precisión posible, máxime si el contrato se estructura bajo una relación de servicios, a los efectos de que no existan dudas de que el desarrollador (autor) cederá la totalidad de sus derechos de explotación a la empresa contratante o comitente, como también respecto al alcance que la obra tendrá desde un punto de vista técnico y tecnológico.

Incluso, para desarrollos de *software* sofisticados, pueden disponerse anexos por separado a los efectos de cuidar la extensión del documento, o establecer por escrito distintas etapas de entregas por las cuales el contratante podrá evaluar si cumple o, al menos, se aproxima a los requerimientos esperados y, con ello, “aceptar la entrega del mismo” —de manera total o parcial—, tal y como lo establece el artículo 747 del CCyCN<sup>39</sup> (tema que será visto más adelante).

#### 4.1.2.1.1 Autorización y/o prohibición de uso de librerías

En segundo término, es importante prestar especial atención en la redacción que se utilice al proyectar la encomienda que se realice al desarrollador de *software*, pues no resultará lo mismo que una perso-

---

39 “ARTÍCULO 747.- Entrega. Cualquiera de las partes tiene derecho a requerir la inspección de la cosa en el acto de su entrega. La recepción de la cosa por el acreedor hace presumir la inexistencia de vicios aparentes y la calidad adecuada de la cosa, sin perjuicio de lo dispuesto sobre la obligación de saneamiento en la Sección 4ª, Capítulo 9, Título II del Libro Tercero”.

na tenga el encargo de escribir el código desde cero, de manera autónoma y creativa demostrando su independencia y originalidad en el desarrollo a realizar, que, por el contrario, pueda valerse de bibliotecas y/o librerías alojadas en internet, las cuales se caracterizan por poseer distinto código fuente/objeto ya desarrollado y compartido públicamente para ser reutilizado bajo determinadas condiciones.

Desde el punto de vista del derecho de autor, la diferencia radica en que, en el primer caso, se estará ante la presencia de una obra original por la cual la empresa comitente tendrá un amplio margen de discreción, mientras que en el segundo podría entenderse que se trata de una obra derivada, la cual podrá estar condicionada a los términos y condiciones establecidos por la biblioteca utilizada.

Por lo mencionado anteriormente, resulta imprescindible determinar contractualmente las facultades que tendrá el desarrollador en la ejecución de la obra, especificando si podrá hacer uso o no de dichas librerías.

Más aún, para el caso de estar permitido, será aconsejable especificar qué funcionalidades o partes del *software* podrán ser creadas a partir de las líneas de código alojadas en este tipo de sitios web. Ello se debe a que, por necesidades de tiempo y costos de la empresa comitente, puede que no se encuentre interesada en desarrollar ciertas líneas que no reúnan las cualidades de originalidad y creatividad suficientes para merecer dicha inversión en tiempo y dinero.

Ahondado en la eventual autorización de utilizar ciertas librerías, será conveniente definir qué tipos de licencias son admisibles, por ejemplo, permitiendo aquellas de tipo *open source* para ciertas funcionalidades de la obra y prohibiendo totalmente aquellas que se basen en *software* libre o *copyleft*.

El código del *software* suele ser tan extenso que no todas las líneas que lo componen cumplen con los requisitos necesarios para ser considerado “obra”. Así pueden enumerarse ciertas funciones comunes o rutinarias que todo código suele tener y que su protección no resulta crucial para la empresa, pues pueden ser obtenidas de una manera sencilla en una librería *online*. Sin embargo, otras líneas de código sí permitirán su expresa diferenciación en el mercado y en específico de la competencia, requiriendo por tanto de una protección legal integral y más robusta.

Lo antes dicho se puede reflejar en la siguiente situación ejemplificativa: si una empresa de edición multimedia desea desarrollar un *software* que edite fotos de manera automática dependiendo de la época del año y/o de la hora del día en que se encuentre, distinguiendo las mejores cualidades que la foto debe poseer para que resulte potencialmente “viral” en las redes sociales, y para dicho desarrollo necesita valerse de una librería de reconocimiento facial para facilitar el desbloqueo de la cuenta de acceso (o *login*) —pues es algo que ya se encuentra desarrollado y prefiere ahorrar tiempo en algo que no podrá eventualmente explotar—, la licencia a la que esté sujeta esa librería de reconocimiento facial, si bien desde un punto de vista corporativo no será de importancia proteger, sí será necesario estudiar qué implicancias podría acarrear su utilización en el *software* desarrollado (editor de fotos), pues se deberá comprender si la vinculación que se realice con esta librería permitirá un uso comercial posterior del *software*, si obligará a divulgar el código en su totalidad o si, por el contrario, únicamente exigirá que se distinga en forma diferencial la autoría respecto de la librería.

#### **4.1.2.1.2 Utilización de inteligencia artificial**

En el armado de la cláusula relativa al objeto, también corresponderá hacer especial mención a la eventual utilización de herramientas con inteligencia artificial.

Al efecto, la IA es una peculiar disciplina de la informática, caracterizada por la Comisión Europea por constituir “sistemas que muestran un comportamiento inteligente al analizar su entorno y tomar acciones, con cierto grado de autonomía, para alcanzar objetivos específicos” (Comisión Europea, 2018, s.p.). En particular, la IA “generativa” (IAG o Generative AI, por su terminología en inglés), materia que se encuentra especialmente en boga, refiere “a aquellos sistemas capaces de crear contenido original y de calidad, como imágenes, música, texto e incluso video”. Todo ello, gracias a que “se basa en el aprendizaje automático” utilizando para ello “algoritmos avanzados para analizar grandes cantidades de datos y crear nuevo contenido basado en ese análisis”. En definitiva, son sistemas “capaces de comprender y replicar patrones complejos, lo que les permite generar resultados realistas y de alta calidad” (Gómez, 2023, s.p.).

En otras palabras, dichos sistemas de IA generativa son compuestos por complejas redes neuronales que permiten, mediante la carga de ciertos datos (comúnmente denominados *inputs* o *prompts*), se arrije a determinados resultados (*output*), cuya exactitud dependerá del mayor o menor nivel de detalle que se hubiere dispuesto al momento de la carga.

En consecuencia, el programador podrá requerir mediante *prompts* que la IA genere como *output* determinada línea de código, facilitando sin lugar a dudas el proceso creativo. No obstante, dicha simplicidad deberá ser cuidadosamente estudiada, dado que, en ciertas ocasiones, los términos y condiciones de herramientas tales como ChatGPT<sup>40</sup> pueden establecer que tanto los *prompts* introducidos como los *outputs* arribados serán almacenados en la memoria de la IAG para permitir su entrenamiento y retroalimentación. Lo último significa que ambos elementos quedan a libre disposición de terceros.<sup>41</sup>

Dicho esto, y en similar sentido a lo examinado respecto a la eventual utilización de librerías de códigos, a la hora de redactar el contrato y pretender la autorización para el uso de IAG, resultará de suma importancia distinguir la estructura del *software* a desarrollar, momento en el cual se tendrá que especificar en cuáles ocasiones podrían valerse de dichas soluciones tecnológicas y en cuáles resultará imperativo realizar el código desde cero (sin la asistencia de la IA que pudiere eventualmente comprometer sus derechos). En este evento

---

40 ChatGPT es un sistema de chat basado en el modelo de lenguaje por Inteligencia Artificial GPT 4 y GPT-3.5, desarrollado por la empresa OpenAI en el año 2022.

41 Sólo a modo de referencia, los Términos de Uso de OpenAI, de la reconocida inteligencia artificial “ChatGPT” establecen que el usuario puede cargar sus *inputs* (de su titularidad), los cuales generarán *outputs* los cuales son desarrollados por OpenAI y es ella quien “asigna” la totalidad de los derechos sobre los mismos. No obstante, establece que los *inputs* y *outputs* podrán ser utilizados para desarrollar o mejorar el “servicio”, a menos que se utilice el servicio *premium* de la API. Adicionalmente, en el apartado de “Restricciones”, dichos Términos de Uso establecen que el usuario no podrá, entre otras cosas: “Extraer automáticamente o programáticamente datos o *Outputs*” generados en uso de ChatGPT (traducción libre). Para mayor información ver: <https://openai.com/policies/terms-of-use>.

también resultará oportuno disponer qué tipo de términos y condiciones deberán poseer tales herramientas, con el objeto de evitar (si es que así se desea) la divulgación del código desarrollado.

#### **4.1.2.1.3 Variaciones en el objeto. Consecuencias en la determinación del precio**

Puede que en la práctica surjan inconvenientes en lo que atañe a la especificidad en la redacción del objeto contractual, en la medida en que este puede sufrir variaciones por diversas circunstancias propias de la vorágine de la empresa tecnológica, como también por las inminentes fallas.

Los inesperados cambios o inconvenientes técnicos y/o tecnológicos y los problemas con las interacciones realizadas por los usuarios, así como el surgimiento de nuevas necesidades en el mercado o requerimientos de la demanda, pueden provocar que el desarrollo del *software* necesite cambiar su rumbo para no caer en la obsolescencia o bloqueo producto de las propias fallas. En consecuencia, resultará imperativo analizar la naturaleza jurídica de la obligación encomendada a los efectos de determinar sus consecuencias. Por tanto, de haberse acordado una obligación de resultado —por ejemplo, la ejecución de determinada obra de *software* “libre de fallas” bajo la figura de un contrato de obra—, su falta de cumplimiento sólo podrá encontrar justificación en la ocurrencia de una causa extraña (Mazeaud et al., 2017, p. 26). De haberse proyectado bajo la figura del contrato de prestación de servicios, tal y como se desarrolló anteriormente, dicha actividad comprometida debería prestarse con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito, permitiendo así una mayor recepción a las necesidades cambiantes de dicha industria.

En el contrato de obra, el resultado comprometido cobra tal importancia que debe entregarse independientemente de las externalidades que puedan surgir. Dicha estrictez se observa en el texto del artículo 1264 del CCyCN, el cual limita la discrecionalidad en la variación del objeto a la “autorización escrita del comitente”<sup>42</sup> y sólo incorpora una excepción (que debe ser aplicada de manera restricti-

---

42 Dicha restricción no está dirigida al comitente, pues, en última instancia, es

va) para el caso de variaciones que “sean necesarias para ejecutar la obra conforme a las reglas del arte y no hubiesen podido ser previstas al momento de la contratación” (artículo 1264 CCyCN), eventualidad que deberá comunicarse inmediatamente a la empresa contratante para aprobar la variación de su costo.

La mayor rigurosidad en el contrato de obra encuentra su fundamento en que el objeto mismo del contrato se encuentra determinado por su resultado, el cual se presupone fue cuidadosamente evaluado por los contratantes, previendo absolutamente todas las contingencias que podrían ocurrir y, no obstante, iba a poder desarrollarse. Por tanto, como regla, el objeto no debe ser modificado a menos que exista acuerdo de las partes y las prestaciones de los intervinientes se encuentren en equilibrio.

Precisamente, la dificultad e incluso imposibilidad de anticipar exhaustivamente todas las situaciones externas que pueden ocurrir y afectar el desarrollo del *software* hace que resulte más ventajoso y realista proyectar el desarrollo bajo una relación de prestación de servicios, pues, como ya se dijo, al tratarse de una obligación de medios, el cumplimiento o incumplimiento se medirá en razón de la diligencia y esfuerzos que realice el prestador de servicios, mas no en la garantía de que el desarrollo no presentará fallas, como tampoco que quedará obsoleto.

En este contexto, y ya habiendo comprendido que el contrato de prestación de servicios puede resultar más beneficioso de cara a la responsabilidad del desarrollador, resulta necesario profundizar cómo se debería proceder ante la necesidad de realizar ajustes y/o variaciones sustanciales al objeto comprometido.

En primer lugar, la solución más apropiada sin lugar a dudas consiste en suscribir nuevos anexos o adendas que amplíen por escrito el alcance del objeto contenido en el contrato original, de manera consistente con los requerimientos del derecho de autor y lo indica-

---

el principal interesado de que la obra se entregue en las condiciones pactadas, las cuales —de necesitar variaciones que no impliquen cambiar sustancialmente la naturaleza de la obra— lo podrá requerir. No obstante, dicho requerimiento no debe implicar un evidente desequilibrio en las prestaciones, de lo contrario, el contratista podría reclamar la anulabilidad del contrato en virtud del artículo 332 del CCyCN, entre otros.

do en el CCyCN en cuanto a la forma del contrato de cesión en el artículo 1618.<sup>43</sup>

Mismo comentario merece si se estuviera ante la presencia de un contrato laboral, puesto que al tratarse, por lo general, de contratos por tiempo indeterminado (artículo 90 de la LCT), la especificación de las obras a desarrollar difícilmente pueda ser prevista en su totalidad al momento de la contratación; incluso, quizás únicamente se tenga certeza de la función o rol que ocupará en la empresa, mas no la obra que desarrollará. En consecuencia, se deberá prever contractualmente las variaciones en sus tareas encomendadas, las cuales podrán implicar ajustes en el salario en razón de la mayor participación o involucramiento.

Sin embargo, puede ocurrir que ciertas empresas prefieran simplificar dicho proceso, evitando incurrir nuevamente en la redacción de documentos que “ralenticen” el proceso creativo. Este interés no solo se encontrará con el obstáculo contenido en el artículo del CCyCN antes citado, sino también con el principio interpretativo *in dubio pro autore*, por el cual, en caso de existir dudas en la mayor o menor extensión del objeto comprometido, se preferirá la interpretación que menos comprometa a los derechos de autor.

Más aún, para el caso de estar ante una relación laboral, de la mano del principio *in dubio pro operario*, cualquier variación sustancial que no sea expresamente consentida por el trabajador podrá dar lugar a que se interprete como un ejercicio abusivo del *ius variandi*, con la posible contingencia de darse por despedido sin causa.

Por lo tanto, en la búsqueda de brindar contratos dinámicos y moldeables con el tiempo que den una solución amistosa a las necesidades de la industria, en primer lugar será de suma importancia especificar con la mayor claridad posible el rol que ocupará la persona contratada, sea bajo relación dependencia o no. Delimitando así las funciones que podrá ejecutar y la circunstancia de que en cumpli-

---

43 Cabe recordar que, en el contrato de desarrollo de *software*, al ser un intangible protegido por derechos de autor, lo que en realidad sucede es una cesión total de los derechos económicos, no así de los morales por obvias razones. Por tanto, dicho contrato de desarrollo lleva implícita la cesión de dichos derechos de explotación.

miento de estas, se podrá dar nacimiento a determinadas obras de *software* que ejecuten determinadas funcionalidades. En consecuencia, serán “las funcionalidades” o el “rol asignado” los que, en última instancia, delimitan el objeto, mas no “el código” en sí, el cual podrá variar un sinnúmero de veces en razón de las necesidades cambiantes de la empresa contratante.

De esta manera, si se requiere un cambio en las funcionalidades proyectadas que impliquen un cambio sustancial en el objeto, será importante proceder con la suscripción de un nuevo contrato, anexo y/o cualquier otro documento por el cual se pueda exteriorizar la voluntad de las partes, reservando un procedimiento menos estricto para aquellos casos en los que se precisen ajustes meramente técnicos, estéticos y no hagan a la esencia misma del contrato.

Adicionalmente, de optarse por el “procedimiento más sencillo” descrito en el párrafo anterior, corresponde aclarar que ello dependerá de su expresa y minuciosa previsión contractual. Es decir, que el instrumento jurídico especifique qué procedimiento deben llevar a cabo las partes intervinientes para realizar evaluaciones y ajustes al desarrollo encomendado. Instancia que incluso debería poder ser registrada en algún soporte tecnológico para mayor seguridad de los intervinientes (por ejemplo, mediante la asignación de un nuevo proyecto en el panel de gestión de tareas, tal como se desarrollará en el apartado 4.4).

Si bien esta alternativa no otorga la misma seguridad jurídica que implicaría la firma de un nuevo contrato o anexo, será un desafío para el operador jurídico redactar con la mayor precisión posible el proceso a cumplir, para poder dar por consentida la variación en el objeto contractual.

Es que, en caso de que se produzca una disputa relacionada con las modificaciones del objeto, el contrato y cualquier documentación relacionada —tales como los correos electrónicos, las actas de reuniones, los informes de seguimiento, los paneles de gestión de proyectos, las facturas emitidas o las altas de empleados (según corresponda)— y todas aquellas acciones que se hubieren realizado conforme el procedimiento descrito en el contrato podrán ser presentados como prueba en un juicio. Recobra así altísima importancia que la documentación suscripta resulte lo suficientemente

completa, clara y ajustada a la realidad de los hechos en pos de ser utilizada como evidencia en juicio.

#### **4.1.2.1.3.1 Consecuencias en la determinación del precio**

A las posibles variaciones contractuales se suman las consecuencias en la determinación del precio, pues no será lo mismo si las partes se encuentran bajo una relación de contrato de obra que si están vinculados por un contrato de prestación de servicios.

En el primer caso, el precio estará determinado por el desarrollo encomendado, el cual sólo podría sufrir pequeños cambios a requerimiento de la empresa contratante y siempre que no impliquen modificaciones sustanciales en su naturaleza o un desequilibrio en las prestaciones. Ahora bien, si dichos cambios exceden los límites antes dichos y/o resultan autorizados por las previsiones del artículo 1264, se deberá contar con el consentimiento expreso de ambas partes, el que deberá ser instrumentado por un documento aparte.

Por el contrario, para el caso del contrato de prestación de servicios, dado que su propia flexibilidad se anticipa a posibles inconvenientes tecnológicos, las partes podrán prever las distintas contra-prestaciones que resulten aplicables a cada evento, es decir, un valor por el desarrollo comprometido, otro por el servicio de soporte o vigilancia y otro para el caso de requerir la asistencia que resuelva fallas o realice ciertos ajustes.

En consecuencia, si bien pareciera que la determinación del precio es más sencilla para el contrato de obra ya que se encuentra determinado *ab initio*, mientras que en el contrato de prestación de servicios debe regularse en razón de su duración, extensión y labor, es verdad que, para el primer escenario, cualquier modificación —en la generalidad de los casos— implicará nuevamente que las partes negocien y suscriban los documentos pertinentes para evidenciar así dicho consentimiento. En el segundo, bastará con que se estudie detenidamente cada etapa del desarrollo, simplificando instancias ulteriores. En consecuencia, se podrán estipular distintos valores de hora de servicio, los cuales podrán variar en razón de la tarea a ejecutar, salvo que el cambio en el objeto sea realmente significativo y requiera una nueva negociación de la tarifa, evitando desequilibrios contractuales.

#### 4.1.2.1.4 Plazos de entrega, revisión y pago

La previsión de los plazos también resulta un aspecto crítico en estos contratos. Ello, porque impacta de manera directa en la calidad esperada del desarrollo, el costo y su duración final. Consecuentemente, será fundamental la previsión de plazos en aspectos tales como las etapas de entregas, revisión y pago.

En primer lugar, en lo que refiere a la ejecución de las entregas, tanto para aquellas parciales como también para las finales, se deberán estipular plazos ciertos y fácticamente posibles. De lo contrario, el desarrollador podría excederse en los tiempos “proyectados”, mas no instrumentados, desencadenando la frustración de las expectativas previstas por la empresa contratante. En consecuencia, podría generarse una serie de problemas, tales como demoras en la finalización del proyecto, aumento de los costos y afectación comercial negativa de la empresa, por mencionar algunos ejemplos, pues el producto, servicio o funcionalidad que esperaba lanzar en determinada oportunidad no podrá concretarse o, peor aún, la competencia se anticipará a ello.

En este sentido, y dado que el desarrollo del *software* es bastante complejo, lo recomendable es que, a la hora de definir un plazo, la decisión no se centre en un evento único, sino que permita distinguir distintas entregas parciales, dándole oportunidad a la empresa contratante de evaluar su pertinencia y, eventualmente, requerir ajustes.

Por otra parte, en este apartado resultará prudente definir los plazos a los que estará sujeta la empresa contratante para realizar aquellas diligencias necesarias que le permitan verificar si las entregas cumplen o no con sus expectativas. Si bien este tópico se tratará con detenimiento en el apartado 4.1.2.3), se puede adelantar que el artículo 1272 del CCyCN, para el contrato de desarrollo de obra, establece que “Si se conviene o es de uso un plazo de garantía para que el comitente verifique la obra o compruebe su funcionamiento, la recepción se considera provisional y no hace presumir la aceptación”.

Por tanto, si bien puede entenderse que los usos suelen indicar que existe un plazo para entender que la recepción es definitiva, a los efectos de evitar inconvenientes y, sobre todo, para el caso de haberse optado por el contrato de prestación de servicios, recobra especial relevancia su expresa previsión. Caso contrario, resultará aplicable

la regla general prevista en el artículo 747 del CCyCN, la cual establece que: “La recepción de la cosa por el acreedor hace presumir la inexistencia de vicios aparentes y la calidad adecuada de la cosa, sin perjuicio de lo dispuesto sobre la obligación de saneamiento en la Sección 4ª, Capítulo 9, Título II del Libro Tercero”.

De esta manera, la previsión de los plazos permitirá robustecer la relación jurídica entre las partes, implicando una mayor garantía a las obligaciones asumidas. Es que el desarrollador deberá cumplir su cometido en los plazos acordados y, de manera concomitante, se desobligará una vez que hayan transcurrido los plazos de revisión (y/o garantía) acordados, evitando en última instancia que con la sola entrega del *software* se presuma la inexistencia de los vicios aparentes y la adecuación en su calidad comprometida.<sup>44</sup>

Por último, y no por ello menos importante, corresponde el tratamiento del plazo en términos relativos al pago. En este tipo de contratos suele sujetarse al cumplimiento de las entregas y posteriores aprobaciones por parte del comitente. Por tanto, una vez más se reitera la necesidad de prever las distintas instancias de cumplimiento, así como las consecuencias que de estas derivarán. Todo ello, para evitar confusiones y asegurar que todas las partes involucradas cumplan con sus responsabilidades en tiempo y forma.

#### 4.1.2.2 Mantenimiento y soporte técnico

En lo que se refiere a la obligación de mantenimiento y soporte técnico, en primer instancia se recomienda que dicha obligación quede acordada por separado (pudiendo o no quedar conexas a la entrega). En su redacción, se deberá prever el tipo de servicio, su valor y eventualmente el plazo de prestación.

Este tipo de servicios variarán, según sea el caso, dependiendo de las necesidades y requerimientos técnicos o tecnológicos de la

---

44 Particularmente, ello es lo que prevé el artículo 1272 *in fine* del CCyCN bajo el siguiente texto: “Aceptada la obra, el contratista: a) queda libre de responsabilidad por los vicios aparentes; b) responde de los vicios o defectos no ostensibles al momento de la recepción, con la extensión y en los plazos previstos para la garantía por vicios ocultos prevista en los artículos 1054 y concordantes”.

empresa contratante. Al efecto, se puede comentar que los tipos más comunes son, por un lado, el servicio de mantenimiento preventivo, el cual se realiza para prevenir fallas y asegurar que el *software* funcione correctamente, pudiendo incluir tareas como actualizaciones de seguridad, monitoreo de rendimiento y análisis de problemas, y, por otro lado, el servicio de mantenimiento correctivo, el cual se realiza para solucionar problemas y errores que pueden resultar de la programación misma.

Si bien los servicios enunciados precedentemente son los más frecuentes, es una realidad que en la dinámica empresarial pueden surgir un sinnúmero de requerimientos, que pueden ir desde el soporte —esto es, la atención personalizada para resolver ciertos inconvenientes a los usuarios finales— y la adaptación de un *software* a cambios en el entorno operativo producto de alteraciones en el *hardware* o *software* del sistema como también en la mejora del *software* existente, agregando nuevas funciones, mejoras en la usabilidad y/o en la interfaz gráfica.

Sin embargo, será fundamental identificar claramente cuándo se trata de un servicio por sí solo y cuándo éste “evoluciona” hacia un cambio sustancial en el desarrollo de la obra encomendada. Por ejemplo, si las partes hubieran suscripto un contrato de prestación de servicios para el desarrollo del *software* de un sitio web estático o no transaccional en conjunto con un servicio de mantenimiento para garantizar su correcto funcionamiento a lo largo del tiempo y, luego, si la empresa solicita agregar una funcionalidad de tipo *e-commerce* al sitio web, lo más probable es que ello implique un cambio sustancial en el alcance del proyecto.

En consecuencia, el evento descrito anteriormente requerirá de una negociación y posiblemente una tarifa diferente a la acordada, ya que el servicio de mantenimiento no cubriría dicha eventualidad. Por tanto, de ocurrir un evento similar al ejemplo dado, se deberá estar más atento a las pautas establecidas en el apartado 4.1.2.1.3 para así resguardar aquellos desarrollos que no se contemplaron originalmente y requieren una posterior cesión de derechos que a las meras estipulaciones de “servicios de mantenimiento correctivo y/o evolutivo”.

### 4.1.2.3 Responsabilidad por defectos y errores

Es sabido que el *software*, por regla general, falla. En primer lugar, porque es creado por humanos y, además, porque el proceso de desarrollo e implementación involucra múltiples factores y etapas que pueden presentar distintos errores o problemas, ajenos al sujeto que lo desarrolla.

Por tanto, será necesario prever de antemano no sólo la posibilidad de advertir los mismos con los servicios de mantenimiento preventivo que fueron analizados anteriormente, sino que también será fundamental prever cómo se responderá ante la efectiva ocurrencia de dichos defectos o errores.

Por ende, será diligente acordar que el desarrollador no solo garantizará que el *software* funcione de acuerdo con las especificaciones acordadas al momento de la entrega, sino que incluso podrá garantizar que funcione debidamente *a posteriori*, por un periodo razonable y acorde al precio que se hubiere abonado.<sup>45</sup>

Puede resultar que, al momento de la entrega, no existan errores o al menos no sean advertidos, pero, luego de un período de tiempo, ya sea por cambios en el entorno, en los sistemas operativos o por el mismo uso, devengan problemas que requieran de una solución técnica.

En lo que hace a este asunto, si nos remitimos a las normas generales sobre vicios ocultos contenidas en el CCyCN,<sup>46</sup> la obligación de saneamiento por evicción y por vicios ocultos existe, aunque no haya sido estipulada por las partes, la cual puede ser aumentada, disminuida o suprimida a voluntad de estas últimas. Estipula por entonces el CCyCN que “todo defecto no ostensible en la materialidad de una cosa puede ser considerado vicio oculto, género que comprende a los vicios redhibitorios, definidos en el art. 1051, inc. b, CCyC, como

---

45 Advertir que los contratos deben “celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe” (conf. artículo 961 del CCyCN), por lo que no resultaría razonable que una obligación de mantenimiento y corrección no resulte correctamente remunerada bajo el argumento de que “el desarrollador recibió su pago tras la entrega de la obra”. A *contrario sensu*, dichas obligaciones deben ser adecuadamente compensadas en proporción a la magnitud de las tareas a realizar, de lo contrario, se estaría incurriendo en una situación de desequilibrio contractual que podría ser considerada abusiva y violatoria a la buena fe contractual.

46 Sección 4a —Obligación de saneamiento—, del Capítulo 9 —Efectos—,

los defectos que hacen a la cosa impropia para su destino por razones estructurales o funcionales o bien que disminuyen su utilidad a tal extremo, que —de haberlos conocido— el adquirente no la habría adquirido o hubiera dado por ella una contraprestación de menor valor” (Herrera et al., 2015, Tomo IV p. XX).

Tal como se observa, dichos vicios ocultos constituyen el género y, dentro de ellos, se encuentran los vicios redhibitorios que, por regla general, son aquellos que expresamente fueron pactados por las partes,<sup>47</sup> como también aquellos que hacen impropia a la cosa (en el caso particular, al *software*) para su destino por razones estructurales o funcionales.

A continuación, el CCyCN —en su artículo 1053— excluye de tratamiento como vicio oculto en primer lugar a los defectos de que el adquirente conoció o debió haber conocido por medio de un examen diligente, adecuado a las circunstancias en las que se efectuó la transmisión, a excepción de que se hubiera hecho reserva expresa de incluirlos o, según los usos del lugar de entrega, la evaluación debiera haber sido realizada por alguien con cierta preparación científica o técnica. Por otra parte, también excluye a aquellos defectos del bien que no existían al momento de la adquisición.

Por tanto, en caso de que un *software* sea entregado y a los días presente inconvenientes de compatibilidad y/o estructura que lo hagan impropio para su destino, el desarrollador podrá defenderse argumentando que las fallas surgieron después de la entrega o, para el caso de haberse probado que dichos vicios existieron al momento de la entrega,<sup>48</sup> que podrían haber sido advertidos por la empresa contratante si, al momento de la recepción, hubiere realizado un examen pormenorizado, a menos que expresamente se haya pactado una garantía en específico.

En este último caso, se supone que la empresa contratante conoce de primera mano cómo realizar un *software* (e incluso se vale de personal especialmente capacitado para ello), por tanto, ante un

---

del Título II —Contratos en general—, del Libro Tercero—Derechos personales— del CCyCN.

47 Ver artículo 1052 del CCyCN.

48 Según el artículo 1053 del CCyCN, última parte: “La prueba de su existen-

eventual conflicto, se encontrará en una situación desventajosa para ampararse en el argumento de que “no contó al momento de la entrega, con la experiencia y preparación necesaria, según los usos del lugar, para comprender si el desarrollo encomendado poseía las características requeridas”.

Continuando en el análisis de los vicios ocultos, se puede destacar que el CCyCN establece una carga para el adquirente, la cual consiste en denunciar el defecto oculto dentro de los sesenta días de haberse manifestado, por tanto, de no dar cuenta de la aparición del defecto, pierde la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad del transmitente, operándose un supuesto de caducidad que solo puede verse enervado por la acreditación de una circunstancia: que el enajenante haya conocido o debido conocer la existencia del defecto; supuesto en el que, con fundamento en la buena fe del adquirente, se puede soslayar el término fatal. (Herrera et al., 2015, Tomo III, p. 446).

Por último, el artículo 1055 del CCyCN establece los plazos de caducidad de la garantía por defectos ocultos, determinando tres años desde la entrega, si la cosa es inmueble, y seis meses para las cosas mueble (incluido el *software*),<sup>49</sup> a contar desde la adquisición o puesta en funcionamiento; plazos que podrán ser aumentados si las partes lo acordaran convencionalmente.

Dicho esto, de querer preverse un plazo más extenso, será necesario que se establezca con claridad dicha garantía, teniendo en miras el principio de buena fe contractual, esto es, que resulte razonable el precio que se hubiere abonado por el desarrollo y las exigencias que *a posteriori* se encomiendan.

Por último, y de manera excepcional, se podrá ampliar el espectro de la garantía prevista atento las responsabilidades asumidas por el desarrollador contratado, determinando que este no solo responderá por los daños ocurridos por los vicios ocultos o redhibitorios (los

---

cia incumbe al adquirente, excepto si el transmitente actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la transmisión”.

49 Si bien el artículo refiere únicamente a cosas, respecto al *software* deberá aplicarse el último plazo, pues ello resulta de realizar una interpretación armónica de lo establecido por el artículo 16 y 764 del CCyCN.

cuales eventualmente podrán ser subsanados conforme lo establece el artículo 1057), sino que también responderá por los daños que se produzcan a las personas y/o bienes por la ocurrencia de dicho evento dañoso, de forma similar a cómo lo prevé el artículo 1272 del CCyCN para la obra en ruina o impropia para su destino, limitado al caso de las obras realizadas en inmuebles.

#### **4.1.2.4 Declaraciones y garantías respecto de la propiedad intelectual**

En lo que refiere a la cláusula de propiedad intelectual, si bien el objeto propio del contrato está vinculado a la materia, será muy importante incorporar minuciosas declaraciones y garantías por parte del desarrollador en las cuales le garantice a la empresa contratante que cuenta con la experiencia y capacidad suficiente, que el desarrollo encomendado resultará original en términos de derechos de autor (en todo, o al menos en la parte, que expresamente se haya requerido contractualmente) y que no ha vulnerará derechos de terceros en su desarrollo.

Asimismo, deberá garantizarle a la comitente que la entrega del *software* implica la cesión total y sin limitación alguna de los derechos económicos de autor; incluyendo al efecto una extensa enumeración de las prerrogativas que poseerá. Todo ello, para evitar dudas en su interpretación y que hagan lugar al principio *in dubio pro autore*.

Por ende, será oportuno indicar que la cesión no solo implica el derecho y la propiedad exclusiva sobre la obra encomendada, sino que también será titular de los trabajos, bosquejos, diseños, dibujos, arquitecturas funcionales, herramientas u otros productos de trabajos de allí derivados; titularidad que será de alcance mundial, pues no se está hablando de una licencia de uso, sino de una cesión plena y por el plazo que determine la legislación de derecho de autor.

Asimismo, será importante también prever la facultad del comitente de editar, traducir, descompilar, ensamblar, modificar, alterar, agregar, adaptar o de otra forma disponer de la obra, bajo cualquier tipo, independientemente que sea a título oneroso o gratuito. En igual forma, corresponderá especificar que el desarrollador no tendrá derechos de ninguna naturaleza en o sobre la obra más allá de los

derechos morales, como tampoco tendrá derecho a ningún pago de regalía o comisión más allá de lo acordado en el contrato primigenio (o sus eventuales adendas).

En similar sentido, se podrá incluir como declaración y garantía genérica que el desarrollador no realizará cualquier acto que pueda perjudicar al comitente en la explotación de su obra y/o que implique un acto en competencia desleal.

Por otra parte, de manera excepcional y para el caso de que el desarrollador se valga de la intervención de terceros, será prudente también incluir la garantía de que el desarrollador contratado obtendrá la cesión total de los derechos que sean necesarios para el debido cumplimiento de las obligaciones y garantías asumidas.

Por último, en esta cláusula también podrá incluirse una enumeración de otros activos intangibles de la empresa, como las marcas, dominios, nombres comerciales y cualquier otro derecho de propiedad industrial o intelectual que sea de la empresa, a los efectos de establecer claramente su titularidad y exclusividad, garantizando el pleno respeto por parte del desarrollador y evitando cualquier posible infracción, conflicto legal o acto en competencia desleal.

En definitiva, la inclusión de estas declaraciones y garantías redundará en beneficio exclusivo de la empresa contratante, pues no solo significará un refuerzo a las obligaciones comprometidas por el desarrollador, sino que también hará las veces de garantía respecto a la pertinencia en el producto desarrollado, el cual pertenecerá en última instancia a dicha empresa, significando ello la posibilidad de modificar, reproducir y disponer el *software* en todas sus formas y en cualquier momento.

#### **4.1.2.5 Confidencialidad. Implicancias de la cláusula penal**

Las cláusulas de confidencialidad suelen ser comúnmente introducidas en contratos del estilo, en la medida en que resulta crucial para la empresa contratante proteger toda la información confidencial que sea revelada y/o desarrollada en el proceso creativo.

Así las cosas, será especialmente importante resguardar el código fuente y objeto del *software*. Aunque dichos activos encuentran su protección principal en el derecho de autor, en ocasiones resultará

imprescindible que queden bajo el inédito e inaccesible para la competencia, máxime cuando existen otros elementos alrededor de estos, como las funciones, estructuras arquitectónicas, *know how*, procesos, algoritmos, que no cumplen con los requerimientos para ser considerado obra, ya sea por su escasa o nula creatividad/originalidad o porque ni siquiera se encuentran materializados.

En consecuencia, la mera amenaza o efectiva divulgación de aquellos aparejaría, sin lugar a dudas, una pérdida económica realmente significativa. Es que, como ya se advirtió, en ciertas instancias el derecho de autor resulta insuficiente para la debida protección, por lo que recobra especial relevancia la figura de los “secretos comerciales” y su espectro regulatorio.

Precisamente, la efectividad de la cláusula dependerá en primer término de que las partes definan con precisión qué se entiende por “información confidencial”,<sup>50</sup> pudiendo estar comprendida por el mismo código desarrollado, sus arquitecturas, los planes de negocio, los datos financieros, los secretos comerciales, el *know how*, las patentes, las bases de datos personales recolectadas y cualquier otra información secreta que resulte de importancia, otorgue una ventaja competitiva para la empresa contratante y se encuentre debidamente resguardada.<sup>51</sup>

---

50 “Quien determina la confidencialidad de la información es quien la proporciona; aunque puede que las partes establezcan el carácter confidencial general de todo el proceso de negociación que desarrollen” (Herrera et al., 2015, p. 392).

51 Así lo dispone el artículo 1 de la Ley 24766 bajo el siguiente texto: “Las personas físicas o jurídicas podrán impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honesto, mientras dicha información reúna las siguientes condiciones: (a) sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración, reunión precisa de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y (b) tenga un valor comercial por ser secreta; y (c) haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla, secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla”. Y a continuación establece: “Se considerará que es contrario a los usos comerciales honestos el incumplimiento de contratos, el abuso de confi-

Esto último encuentra su sustento en la Ley 24766,<sup>52</sup> normativa que otorga el derecho a toda persona a impedir que su información “se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos”, siempre y cuando dicha información “sea secreta (...), tenga un valor comercial por ser secreta, y haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla, secreta (...)”. Luego, la normativa determina, en su artículo 2, los medios por los cuales dicha información debe estar resguardada, a saber: “Documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos, microfilmes, películas u otros elementos similares”. Especificaciones más estrictas que el propio texto del ADPIC, el cual únicamente habla de “medidas razonables”<sup>53</sup> para su protección.

Ahora bien, lo antes expuesto no quita la posibilidad de que contractualmente se extienda incluso a la información divulgada de forma verbal. La seguridad jurídica de ello dependerá exclusivamente de las pruebas que se acrediten en juicio y la razonabilidad de su protección, de lo contrario, el límite de protección estará únicamente dado por aquella información que respete las premisas previstas por la Ley 24766.

Avanzando en el análisis, se puede citar cierta doctrina que deter-

---

anza, la instigación a la infracción y adquisición de información no divulgada por terceros que supieran o no, por negligencia grave, que la adquisición implicaba tales prácticas”.

- 52 Ley de confidencialidad sobre información y productos que estén legítimamente bajo control de una persona y se divulgue indebidamente de manera contraria a los usos comerciales honestos.
- 53 Artículo 39, inc. 2, ADPIC: “Las personas físicas y jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos, en la medida en que dicha información: a) sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y b) tenga un valor comercial por ser secreta; y c) haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla”.

mina dos límites genéricos para quien resulta receptor de la información confidencial, en los siguientes términos:

1) no revelarla, en principio, a nadie, pues la norma no hace distinciones; aunque es claro que las partes pueden, en ejercicio de su libertad contractual, pautar lo que estimen pertinente al respecto; y 2) no usarla inapropiadamente en su propio interés; por ejemplo, copiando un determinado modelo de negocio al que tuvo acceso en tratativas que luego no condujeron a la celebración de un contrato con quien proporcionó la información. (Herrera et al., Tomo III, p. 392)

Como se anticipó, ambos límites resultan de aplicación genérica a todo receptor de información confidencial, por tanto, de requerir alguna extensión y/o límite a las prerrogativas antes expuestas, será fundamental que se encuentre expresamente previsto en el contrato.

Por otro lado, virando a la aplicación en materia estrictamente laboral, la LCT, en su artículo 83, regula la obligación de secreto respecto a las invenciones o descubrimientos logrados en cualquiera de aquellas formas, obligación que se encuentra complementada con el deber de fidelidad del artículo 85, el cual dispone que “el trabajador debe observar todos aquellos deberes de fidelidad que deriven de la índole de las tareas que tenga asignadas, guardando reserva o secreto de las informaciones a que tenga acceso y que exijan tal comportamiento de su parte”.

Entonces, si bien por LCT el empleado deberá resguardar secreto, como ya se precisó, las obras sujetas a derechos de autor no son consideradas inventos ni descubrimientos, por tanto, quedarían amparadas en el deber genérico de fidelidad que requiere que el empleador “exija dicho comportamiento”. En consecuencia, y en absoluta conformidad con lo que establecido por la Ley 24766 en su artículo 3 —antes analizado—, se deberá advertirle al empleado de tal circunstancia, lo cual podrá suceder al momento de contratarlo o *a posteriori*.

En adición, al redactar la cláusula en cuestión, suele excluirse de la categoría de “confidencial” aquello que es de libre acceso o que haya sido provista legítimamente por alguien sin que su actuar sea en violación a acuerdos anteriores, o bien porque una autoridad judicial

o administrativa haya pedido mediante orden fundada su divulgación. En esta última ocasión, será muy importante desarrollar un procedimiento a seguir previo a la divulgación requerida, otorgándole una oportunidad a la parte reveladora para que tome los recaudos necesarios a los efectos de divulgar lo mínimo e indispensable, y solo ante la eventualidad de que el plazo sea totalmente exiguo y que imposibilite la actuación por parte del titular de la información confidencial, obligar al receptor de esta a divulgar únicamente lo que fuera estrictamente necesario para cumplir con el requerimiento.

Adicionalmente, para fortalecer las prerrogativas de la parte reveladora, se podrá contemplar la posibilidad de que, en cualquier momento, ésta pueda requerirle al desarrollador la devolución y/o destrucción de esta, lo cual podrá acreditarse mediante la suscripción de un documento, todo ello, bajo apercibimiento de responder por los daños y perjuicios que podrían ocasionar su incumplimiento en tiempo y forma.

También, en caso de que el desarrollador recurra a terceras personas en el trabajo encomendado —siempre y cuando ello esté expresamente autorizado en el contrato—, será importante que asuma la responsabilidad de sus acciones y se comprometa a informar debidamente a dichas personas acerca de las obligaciones asumidas, requiriendo que estos incluso suscriban contratos con cláusulas similares a las que se hubiere comprometido.<sup>54</sup>

#### 4.1.2.5.1 Implicancias de la cláusula penal

Avanzando con las consecuencias de una divulgación indebida, más allá de las posibles consecuencias penales que podría aparejar,<sup>55</sup> en lo

---

54 El artículo 3 de la Ley 24766 determina la obligatoriedad de la existencia de dicho anoticiamiento bajo los siguientes términos: “Toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a una información que reúna las condiciones enumeradas en el artículo 1° y sobre cuya confidencialidad se los haya prevenido, deberá abstenerse de usarla y de revelarla sin causa justificada o sin consentimiento de la persona que guarda dicha información o de su usuario autorizado” (el subrayado me pertenece).

55 Ver artículos 153 a 157 bis del Código Penal Argentino.

que refiere a los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento, la Ley 24766 y el artículo 992 del CCyCN establecen que quien incumple con dichas obligaciones quedará obligado a reparar el daño sufrido por la otra parte y, si ha obtenido una ventaja indebida de la información confidencial, quedará obligado a indemnizar a la otra parte en la medida de su propio enriquecimiento.

El problema surge cuando el daño o enriquecimiento se torna de difícil prueba. Si bien el desarrollo de este tema escapa el objeto de la presente tesis, se puede anticipar que, en ciertas oportunidades, las partes pueden acordar establecer una cláusula penal que determine de manera anticipada la cuantificación del daño.<sup>56</sup>

En este caso, la cláusula penal como estipulación accesoria a la obligación principal no sólo cumplirá una función conminatoria —puesto que el deudor se verá desmotivado para incumplir dicha obligación en la medida en que sabrá de antemano las consecuencias económicas que podría ello implicar—, sino que también hará las veces de una liquidación preventiva de los daños derivados de su incumplimiento.

Coherente con lo antes dicho, el CCyCN, en su artículo 790, establece que la cláusula penal “es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación”. Y luego, en su artículo 791, determina que el objeto de esta podrá estar dado en “una suma de dinero, o cualquiera otra prestación que pueda ser objeto de las obligaciones, bien sea en beneficio del acreedor o de un tercero”.

Advertidas las características de la cláusula penal y al resultar accesoria a la obligación de confidencialidad, dado que esta última es una obligación de “no hacer”, no existirá la posibilidad de constituir al deudor en mora, dado que el artículo 795 del CCyCN establece que “el deudor incurre en la pena desde el momento que ejecuta el acto del cual se obligó a abstenerse”, es decir, es de aplicación inmediata.

Ahora bien, es importante advertir que si bien la aplicación de

---

56 La misma cláusula puede ser aplicable para el incumplimiento de las obligaciones de no competencia o no captación, las cuales serán analizadas en el siguiente apartado.

dicha cláusula resultará un beneficio para quien reclame por el incumplimiento, puesto que la suma a resarcir estará predispuesta y no requerirá que se proceda a la demostración del daño ocurrido y/o el enriquecimiento causado, esta no podrá ser ampliada en caso de que el daño hubiere resultado mayor y, por tanto, la cláusula insuficiente.

El artículo 793 del CCyCN expresamente sienta que: “La pena o multa impuesta en la obligación suple la indemnización de los daños cuando el deudor se constituyó en mora; y el acreedor no tiene derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es reparación suficiente”.<sup>57</sup>

En definitiva, establecer cláusulas del estilo en ocasiones podrá resultar en una simplificación de los mecanismos indemnizatorios y, en otras, un inconveniente económico (ello, por la exigüidad de la pena acordada). Por consiguiente, su inclusión deberá ser objeto de una cuidadosa evaluación, evitando imponer sumas arbitrarias, puesto que, en una instancia judicial, si esta resultara excesiva, el juez podrá reducirla,<sup>58</sup> mientras que, si resultara insuficiente, el acreedor bajo ningún aspecto podrá ampliarla.

#### 4.1.2.6 No competencia

A colación de la cláusula antes vista, también es relevante señalar la contingencia que le ocupa a las empresas tecnológicas ante la eventual renuncia o rescisión por parte del desarrollador que pretende unirse a la competencia.

Este evento no solo puede implicar una pérdida significativa en términos de recursos humanos y el consecuente beneficio por parte de la empresa rival, sino también una alarma a la casi inminente divulgación de la información confidencial a la cual haya tenido acceso con motivo del cumplimiento de las tareas encomendadas.

En efecto, la doctrina norteamericana de la divulgación inevita-

---

57 El subrayado me pertenece.

58 Así lo expresa el segundo párrafo del Artículo 794 del CCyCN, bajo el título “Ejecución”, que establece: “Los jueces pueden reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor”.

ble<sup>59</sup> precisamente vino a receptar esta situación disvaliosa para las empresas formadoras, utilizada en el *leading case PEPSICO INC. V. REDMOND*, en el que se restringió consecuentemente al empleado (Redmond) a trabajar con la empresa competidora (Quaker) en tanto su incorporación traería aparejada la indudable divulgación de la información comercial de PEPSICO.

Sin embargo, la aplicación de doctrinas del estilo en Argentina, sin la existencia de un contrato que expresamente lo prevea, puede ser una tarea difícil, sino imposible. Incluso la mera previsión contractual no implica una garantía de que sea ejecutable. Es que tanto la doctrina como la jurisprudencia suelen ser bastante reticentes a la hora de evaluar la validez de este tipo de cláusulas, tal como se desarrollará en el presente apartado.

En primer lugar, lo que refiere al derecho laboral, si bien el marco normativo prevé las obligaciones del empleado de fidelidad (artículos 85) y de no concurrencia (artículo 88), estas exigencias son aplicables únicamente durante la vigencia del vínculo laboral. En consecuencia, el empleado estará limitado durante su contrato de trabajo a realizar toda operación o actividad derivada de una ocupación o labor lícita que suponga la oferta de bienes y servicios iguales o de similar naturaleza a los del empleador, más allá de la condición contractual que tengan esos actos.<sup>60</sup>

Ahora bien, si las partes decidieran extender dichas obligaciones después de la relación de trabajo, habrá que estudiar los límites que ha establecido la jurisprudencia para evitar alegaciones que

---

59 “Courts applying the inevitable disclosure doctrine to the benefit of the former employer essentially issue an injunction prohibiting the employee from going to work for competitors. When implementing the doctrine and issuing injunctive relief, the have considered whether: (1) the new employers in question are direct competitors providing the same or very similar products or services; (2) the employee’s new position is nearly identical to the old one, such that the employee could not reasonably be expected to fulfill the new job responsibilities without utilizing trade secrets of the former employer, and (3) the trade secrets at issue are highly valuable to both the former and the present employer”. Para mayor información, ver Kaplan y Hanlon (2024).

60 “El fundamento de esta prohibición reside en que durante la vigencia del contrato de trabajo el riesgo de desviación o aprovechamiento de los con-

argumenten su inconstitucionalidad, por ser contraria al derecho a trabajar previsto en el artículo 14 de la Constitución Nacional (Ackerman, 2013, p. 87).

En específico, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil<sup>61</sup> opinó ante el argumento de que la cláusula de no competencia resultaba nula por restringir el derecho del trabajo, que el “convenio no era violatorio, en principio, de la libertad de las acciones del demandado mientras no se le exigiera un compromiso demasiado prolongado en el tiempo que no redundase en una injustificada restricción de la libertad de trabajar”.

Por su parte, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en el año 2006,<sup>62</sup> también consideró válido el acuerdo de desvinculación laboral celebrado entre Nidera S.A. y LEML en virtud del cual éste se obligó a no competir con dicha empresa en “materias vinculadas a la investigación, creación, producción y comercialización de semillas en competencia directa con Nidera o Nisen” durante un plazo de 10 años y contra el pago de USD 900000 por parte de Nidera S.A.

En este sentido, desde el punto de vista laboral, la cláusula debe establecer límites claros en cuanto (Castro Nevares, 2021): (i) al tiempo; (ii) al objeto, en tanto no debe implicar una veda absoluta al desempeño profesional, sino que debe estar limitada a una actividad; y (iii) al territorio, que debe limitarse al espacio geográfico en el que se desarrolló el contratista.

A lo anterior se suma la obligación de una contraprestación, la cual debe ser razonable en razón del compromiso asumido y el plazo estipulado, el cual cierta doctrina recomienda que sea abonado con

---

tactos o conocimientos a los que el empleado ha tenido acceso gracias a la prestación de servicios es evidente e incompatible con las exigencias de la buena fe contractual. Por consiguiente, estando vigente el contrato de trabajo se acepta tal clase de prohibición y, es más, cuando se incumple el empleador puede resolver el contrato sin derecho a indemnización para el trabajador” (Waisman, 2004, p. 317).

61 CNCiv., sala A, *Ducilo S.A. c. Barcia Héctor J. s/despido*, 25/05/1971.

62 CNAT, sala I, *L. E.M.L. c/ Nidera S.A. y otros*, 10/11/2006. Ver también fallo: J. Com. 15, Sría. 29, *COTECSUD COMPAÑÍA TECNICA SUD-AMERICANA S.A. c/ N., M. A. s/ Ordinario*, 19/05/2015.

anticipación, pues si bien jurídicamente la obligación ya fue contraída, lo cierto que la jurisprudencia Argentina ha aceptado la validez de estas cláusulas cuando ya había principio de ejecución del contrato, y vemos que será más difícil lograr que un Tribunal acepte la restricción al principio constitucional de trabajar y libre comercio, si todavía la empresa no abonó al ex empleado suma alguna (Maurette, 2019, párr. 7).

Este último, porque lo más probable es que el trabajador no acepte dicho pago en compensación una vez finalizado el vínculo.

Por consiguiente, pese a las sutilezas que puede presentar el derecho laboral, ello no es óbice para que no se prevea una cláusula del estilo en búsqueda de reforzar los compromisos de confidencialidad asumidos, sobre todo para aquellos empleados de cargos gerenciales (o *C-Level*, término anglosajón que refiere a los ejecutivos de más alto nivel en una organización) que accedan a gran parte de la información confidencial de la empresa empleadora. Por tanto, en esas ocasiones, resultará por demás necesario proyectar una cláusula de no competencia debidamente justificada que proteja a la compañía contratante y que, en paralelo, sea lo suficientemente razonable para que no pueda cuestionarse su constitucionalidad.

Por tanto, y con el fin prever eventualidades dañosas, se le exigirá al contratista o empleado que no ejerza una actividad comercial, profesional o laboral que pueda ser considerada como competencia, valiéndose indebidamente de aquellos conocimientos que hubiere obtenido durante su contratación. Todo ello, siempre y cuando se respeten los límites antes vistos, es decir: un plazo razonable —siendo contestes doctrina y jurisprudencia respecto a que no debería extenderse más allá de los dos años de concluida la relación laboral—,<sup>63</sup> un

---

63 Cfr. Vázquez Vialard (2005, p. 559), Fernández Madrid (1993, p. 1155), Koroschin (1978, p. 222), De Diego (2012, p. 129), Bello Knoll e Hilal (2017). La CNCiv., sala A, 25/03/1971, *in re Ducilo SA v. Barcia, Héctor*, debiendo resolver respecto de un pacto de no competencia que tenía un plazo de cinco años, entendió que el máximo admisible era de tres. Con posterioridad, la CNCom., sala D, 15/04/2003, *in re Marta Harff SA* admitió la validez del plazo de cinco años. Más modernamente, la CNTrab., sala I, 10/11/2006, *in re Leguizamón, Eduardo v. Nidera SA et al* consideró adecuado el plazo de dos años.

objeto delimitado<sup>64</sup>, un espacio geográfico de “no ejercicio” en específico y una contraprestación adecuada; elementos que, en su conjunto, deberán pasar por el tamiz de la razonabilidad.

Incluso en materia comercial, la Comisión Nacional de Defensa a la Competencia (CNDC) también se ha expedido a favor en reiteradas oportunidades, siempre y cuando se respeten los límites antes vistos (es decir, objeto, plazo y territorio). Dichos lineamientos han sido cuidadosamente analizados en la obra de Waisman Agustín (2004, p. 317), a saber: a) limitación temporal: la CNDC ha considerado lícito todo plazo, concluyendo que, en la mayoría de los casos, un plazo de cinco años parece adecuado; b) limitación geográfica: entendiendo que los efectos de las cláusulas de no competencia deben circunscribirse a la zona en donde el vendedor hubiera comercializado su producto; c) limitación del contenido: aceptando la prohibición de competir limitada a los productos o servicios que constituyan la actividad económica de la empresa y a aquellos que por su grado de sustitución pudieran erosionar el valor de la inversión.

Esto, porque la ausencia de limitación temporal, espacial, o de actividad, supone una restricción absoluta de las libertades de comercio y contratación del deudor que contraría la garantía constitucional de libertad de comercio —CN: 14— y por ello su objeto es contrario al orden público. En adición, violentaría los principios de razonabilidad y proporcionalidad que se encuentran implícitos en materia contractual, constituyendo un supuesto de abuso del derecho, vedado por Cód. Civ. y Com., cuando no un supuesto de violación del principio de buena fe —Cód. Civ. y Com.: 9 y 961— (Remaggi, 2018, pp. 14-15).

En resumen, contar con una cláusula de no competencia, tanto en el ámbito laboral como en el comercial, resulta en beneficio a los intereses de la empresa contratante, la cual seguramente destina o destinará tiempo y dinero en capacitar a sus empleados y/o desarrolladores. Por consiguiente, de esta manera contará al efecto

---

No obstante, Maurette (2019) sostiene que, para evitar cuestionamientos, el plazo máximo debería ser entre uno y dos años.

64 Ver lo resuelto por la CNTrab., sala I, 10/11/2006, *in re Leguizamón, Eduardo c. Nidera SA et al.*

con un escudo protector a los deberes de confidencialidad y lealtad previamente comprometidos, promoviendo, a la larga, un ambiente empresarial más seguro y estable.

Por último, también corresponde advertir que, ante la imposibilidad de hacer valer las obligaciones de no competencia —ya sea por su no inclusión contractual como por su posterior declaración de nulidad (por haber resultado abusiva)—, la empresa afectada podría recurrir, en última instancia, a la normativa de Lealtad Comercial (en específico, el Decreto 274/2019).

Si bien esta acción no estaría dirigida a limitar el actuar del desarrollador —sea empleado o contratista—, sí podría prohibir a aquella empresa competidora que busque “seducir” al personal para obtener indebidamente sus conocimientos o *know-how* desarrollado, implicando con ello la obtención de un provecho para ésta última.

Ello se encuentra expresamente previsto en el artículo 10 “Supuestos Especiales”, inciso j del mencionado decreto bajo el siguiente texto:

Violación de secretos: Divulgar o explotar, sin autorización de su titular, secretos empresariales ajenos a los que se haya tenido acceso, legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente. A estos fines, será considerada desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan.

En consecuencia, deberán probarse los presupuestos requeridos por la norma antes citada para demostrar que efectivamente se está ante una situación de competencia desleal, la que debe resultar objetivamente apta para afectar la posición competitiva de la empresa contratante o bien perjudicar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo en general.

#### **4.1.2.7 No captación**

Por su parte, el pacto de no captación suele estar incluido junto a la cláusula de no competencia. No obstante, por entrañar una obligación adicional de cara al desarrollador, se prefiere hacer su análisis por separado.

En específico, dicho pacto pretende prohibirle de manera expresa al desarrollador el acto de captar empleados de la empresa comitente, como también a cualquier proveedor y/o clientela cuyos datos hubieran sido divulgados durante la relación jurídica, significando ello una ventaja competitiva para dicha entidad divulgadora.

Por consiguiente, la prohibición de captar al personal, así como de incitar a que estos últimos abandonen su relación laboral, resultará en un mayor resguardo de la información confidencial. Si bien la empresa contratante podría haberse prevenido mediante la incorporación de pactos de no divulgación o confidencialidad con su nómina de empleados, esta cláusula va ir un poco más allá; directamente se le va a prohibir al desarrollador que se incorpora (sea en relación de dependencia o autónomo) el acto de contratar de manera directa o indirecta al personal con el cual se va a ver implicado, ya sea para beneficio propio (por ejemplo, creando una compañía en competencia) o de terceros.

Mismo comentario merecen los efectos de la no captación en cuanto a proveedores. El acceso a dicha información depurada puede haber implicado innumerables horas de trabajo, pues no es fácil arribar a un listado de proveedores específicos para determinado servicio. Menos aún si dicha base de datos tiene la característica de poseer proveedores que cumplen en tiempo y forma. Listado que incluso podría reunir un detalle de los términos relevantes de los contratos asumidos por aquellos, sus precios especiales y detalles de calidad que no son de acceso público y, por ende, desconocidos por la competencia. En consecuencia, el aprovechamiento indebido de dicha información podría significar un desmerecimiento a la inversión que realizó la empresa contratante, lo que, a su vez, le causaría un grave perjuicio.

Por último, en cuanto a la no captación de la clientela y siguiendo las premisas antes dadas, tampoco es fácil reunir un listado de clientes que estén dispuestos a contratar determinado servicio o producto, sobre todo si su especificidad técnica implica un mayor esfuerzo en la consecución de la clientela.

En este sentido, la estipulación prohibirá realizar cualquier acción que tenga como objetivo desviar o, de otro modo, animar a cualquier cliente de la empresa contratante a terminar su relación

comercial, además de cualquier interferencia en las relaciones comerciales o contractuales que tenga de manera periódica. Todo ello, en búsqueda de proteger los intereses comerciales de la empresa contratante al asegurar que el desarrollador no intente influir de manera directa o indirecta, fomentando la terminación o entorpeciendo de alguna forma dichas relaciones. Esto, debido a que su objetivo radica en mantener la estabilidad y la lealtad de la clientela, evitando así que el desarrollador utilice su conocimiento o influencia para obtener beneficios propios o en beneficio de la competencia a costa de la empresa que lo contrató.

En definitiva, cláusulas del estilo redundarán en la protección de aquella información que implica una ventaja competitiva para la empresa contratante. Cláusula que se vuelve aún más esencial cuando se evalúa la capacidad económica o financiera de la contraparte. No resultará lo mismo firmar un contrato con una empresa especializada en el desarrollo de *software* (también llamada, *software factory*), la cual tiene mayor potencialidad de producir efectos adversos mediante el uso desleal de la información a la cual accede, que si con quien se contrata es un empleado nivel *junior*.

#### 4.1.2.8 Cumplimiento de la normativa vigente

Otra obligación que podría incluirse en una cláusula aparte, o bien dentro del apartado de declaraciones y garantías, es aquella que le exige al desarrollador respetar la totalidad de las normas de fondo y administrativas involucradas en dicho trabajo. Todo ello, en búsqueda de garantizar a la empresa comitente que el producto que ha delegado su desarrollo no sólo cumplirá con los estándares requeridos en materia de propiedad intelectual (visto en el punto d del presente), sino que, además, estará en total armonía con el resto de la normativa de fondo, la cual dependerá de la especialidad y/o tecnicidad de la obra encomendada.

Por ejemplo, en el desarrollo de un *software* de tratamiento de datos personales, resultará crucial que el desarrollador cumpla detenidamente con los requerimientos de la Ley 25326,<sup>65</sup> el Convenio

---

65 Ley de Protección de los Datos Personales.

108+,<sup>66</sup> las Resoluciones de la Agencia de Acceso a la Información Pública y cualquier normativa que en un futuro la reemplace y/o amplíe, pudiendo incluso hacer más rigurosa la obligación mediante la inclusión del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) de la Unión Europea.

Por supuesto, la mayor o menor rigurosidad dependerá de las circunstancias del caso, es decir, de las obligaciones asumidas, del desarrollo encomendado, del rol que ocupe el desarrollador y de cualquier otra circunstancia que sea relevante y que deba ser considerada a los efectos de comprender si se ha cumplido acabadamente con la normativa aplicable o no.

De esta manera, en caso de detectar una violación y que esta derive en un evento dañoso por el cual la empresa tecnológica deba responder, si bien ésta no estará exenta de hacerlo,<sup>67</sup> luego tendrá los medios legales suficientes para repetir el pago contra el desarrollador incumplidor, de ser el caso. Incluso, en lo que refiere a este asunto, el artículo 1277 del CCyCN para el contrato de obra estipula que el contratista está obligado a observar las normas administrativas y es responsable, frente a terceros, de cualquier daño producido por el incumplimiento de tales disposiciones.

Por tanto, y haciendo una interpretación sistemática del CCyCN, el cual en su artículo 1251 extiende la aplicación del régimen de locación de obra al desarrollo de obras intelectuales, permite concluir que el desarrollador será responsable frente a terceros ante el incumplimiento de las normas administrativas que le resulten aplicables. Obligación que, para el caso de estar bajo una

---

66 Protocolo Modificatorio del Convenio para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, suscrito en la Ciudad de Estrasburgo —República Francesa— el 10 de octubre de 2018, aprobado en Argentina por Ley 27699.

67 Ello, si la empresa tecnológica brinda servicios de tipo “BtoC” (acrónimo en inglés de *business to consumer*) y, eventualmente, “BtoBtoC” (acrónimo en inglés de *business to business to consumer*, el cual se refiere a las empresas que conectan a otras empresas para que estas últimas vendan un producto/servicio a sus consumidores). Todo ello, por la inminente (o, al menos, posible) aplicatoriedad de la normativa relativa a consumo, la cual no permite el deslinde de responsabilidad.

relación de prestación de servicios, deberá estar prevista de manera explícita.

En consecuencia, si se prevé expresamente dicha obligación, independientemente de si se haya contratado bajo una obligación de resultado o de medio, de producirse un daño a un tercero por dicha omisión (siguiendo el ejemplo antes dado, la fuga de datos personales), serán responsables incluso frente a terceros la empresa comitente y el desarrollador, siendo la obligación de cada uno de tipo concurrente,<sup>68</sup> tal como prescribe el art. 1274 del CCyC (Herrera et al., 2015).

## 4.2 Depósito de la obra

Habiendo concluido con el apartado contractual, el cual merecía un tratamiento pormenorizado debido a sus múltiples aspectos críticos e importantes en la materia, no se puede pasar por alto la importancia de otras medidas que se consideran tan “buenas prácticas” como las primeras. Así las cosas, se puede mencionar la necesidad de realizar su depósito ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA).

Esta medida tiene como objeto proporcionarle a la empresa tecnológica una prueba fehaciente de que, en determinada fecha, el autor o titular declaró ante dicho organismo de contralor de qué manera se ejercen los derechos sobre determinada obra y cómo son sus titularidades. Todo ello, en la medida en que se extiende información relativa a quienes resultan ser su autores, coordinadores, titulares, los cuales, en la generalidad de los casos, no coexisten, sino que se declara, por un lado, al autor (desarrollador y/o equipo de desarrolladores) y, por el otro, al coordinador, el cual también podrá resultar, a final de cuentas, titular (la empresa tecnológica).

Respecto a este tema, la LPI establece en sus artículos 57 y 61 la obligatoriedad de realizar dicho depósito respecto a las “obras publicadas”,<sup>69</sup> disponiendo que, en caso de incumplimiento, le será apli-

---

68 “Artículo 850.- Concepto. Obligaciones concurrentes son aquellas en las que varios deudores deben el mismo objeto en razón de causas diferentes”.

69 Según el Convenio de Berna —art. 3.3.—, se entiende por “obra publica-

cable una multa al editor (art. 61, Ley 11723) y que se “suspenderán” los derechos hasta el momento en que se efectúe dicha inscripción<sup>70</sup> (art. 63, Ley 11723). Es decir, si bien el derecho de autor existe al momento de la creación de la obra respecto al autor, el ejercicio de tal derecho quedará suspendido hasta tanto se concrete el depósito.<sup>71</sup>

A *contrario sensu*, para el caso de las obras “inéditas”, la LPI establece que el depósito es meramente facultativo, desprendiéndose ello de la lectura del artículo 62: “... tratándose de obras no publicadas, el autor o sus derechohabientes pueden depositar una copia del manuscrito con la firma certificada del depositante...”. Precisamente, el término “pueden” da lugar a que sea una mera facultad a realizar, la cual constituirá en última instancia un medio de prueba fehaciente ante eventuales conflictos de autoría.

Si bien excede el marco de la presente tesis la discusión de la pertinencia en cómo se ha regulado dicho depósito con sus respectivas consecuencias jurídicas,<sup>72</sup> se puede subrayar que en la actualidad las

---

da” a la que ha sido editada con el consentimiento del autor, cualquiera sea el modo de fabricación de los ejemplares, siempre que la cantidad de éstos que haya sido puesta a disposición del público satisfaga razonablemente sus necesidades, estimadas de acuerdo con la índole de la obra.

70 La jurisprudencia ha limitado el alcance de la “suspensión” del derecho de autor a la que se alude en el art. 63. En el caso *Blaustein*, se dijo que dicha disposición no alcanzaría a los llamados “derechos morales” del autor (derecho de paternidad, derecho a la integridad de la obra, derecho de divulgación), sino que “... la inscripción (...) es meramente declarativa y no atributiva y en consecuencia en nada condiciona la existencia del derecho individual precitado [en ese caso, el derecho de paternidad] que obviamente es inherente al acto de creación de la obra...”. Para mayor detalle, ver CNCP, Sala II, *Blaustein*, LA LEY, 2001-F, 638. También ver el comentario de dicho fallo en Carbone (2002).

71 Corresponde advertir que, por el art. 62 de la Ley 11723, el depósito de las obras garantiza totalmente los derechos de autor sobre su obra y los del editor sobre su edición, y su falta de inscripción trae como consecuencia la suspensión del derecho del autor hasta el momento en que la efectúe, recuperándose dichos derechos en el acto mismo de la inscripción por el término y condiciones que corresponda, sin perjuicio de la validez de las reproducciones, ediciones, ejecuciones y toda otra publicación hecha durante el tiempo en que la obra no estuvo inscrita (art. 63, Ley 11723).

72 Sobre todo la diferencia en el tratamiento de obras nacionales y obras extranjeras

obras de *software*, en la generalidad de los casos, se mantienen en el inédito. Es que si bien la empresa tecnológica va a tener un profundo interés en hacer “conocido” dicho activo, en realidad lo que se hará público es la funcionalidad a la que los usuarios acceden mediante sus cuentas, pero no el código fuente ni el objeto que lo ejecuta.

En consecuencia, dado que no es necesario que los usuarios tengan acceso a estos elementos, la empresa los resguardará bajo estrictos estándares de confidencialidad.<sup>73</sup>

Avanzando en el análisis, y si bien el depósito según los requerimientos de la normativa argentina resulta optativo, su concreción representará una buena práctica para toda empresa tecnológica. Se trata de un procedimiento de fácil realización, accesible en términos de rapidez y con costos extremadamente bajos,<sup>74</sup> elementos que refuerzan aún más la necesidad de llevar a cabo este proceso. Incluso, dicha medida no debería realizarse por única vez, sino que más bien debería reiterarse con una periodicidad acorde a los mayores cambios que podría ostentar el código en su desarrollo (v.gr., cada seis meses o un año).

---

en lo que refiere a la necesidad del depósito, en contradicción con la pretendida protección automática de la Convención de Berna y la tendencia mundial en materia de registros de derecho de autor (en no subordinar su protección al cumplimiento de formalidades). Para mayor información, ver Vibes (2008, p. 1).

73 Tal como se adelantó en otras oportunidades, el acceso tipo *software as a services* es aquel por el cual el usuario es beneficiario de determinado servicio que puede ser adquirido mediante la utilización de un *software*, pero el objeto propio del contrato es la prestación del servicio en sí. En consecuencia, en este modelo de distribución, el soporte lógico y los respectivos datos que se manejan son alojados en los servidores de la empresa tecnológica, por lo general, en una nube, cuyo acceso es a través de internet. En idéntico sentido, D. Veltani (2020) sostiene: “En las licencias de tipo SaaS, el usuario tiene acceso y control muy limitados respecto del software que adquiere. De hecho, en muchos casos, el software se ejecuta directamente desde la ‘nube’ y, por lo tanto, ni siquiera está instalado en los sistemas informáticos del usuario. El licenciente, por su parte, tiene pleno control del software, lo que le permite —entre otras cosas— impedir o limitar su utilización por parte del usuario en cualquier momento”. “En definitiva, en este tipo de licenciamiento el elemento que aparece como predominante es el servicio que se presta, y no la autorización de uso del software”.

74 Para mayor información, ver Disposición 2-E/2017 de la Dirección Nacional de Derecho de Autor.

Así las cosas, la empresa que lo realice poseerá una prueba fehaciente que podrá ser utilizada en juicio y que probablemente tenga mayor peso que otras. Incluso, de resultar cuestionada por un tercero, este último deberá valerse de un medio de prueba más idóneo que acredite haberla realizado con anterioridad al depósito en cuestión.

Por último, y a mayor abundamiento, el depósito de obra inédita se realiza en un sobre cerrado, lo que garantiza que ninguna persona o autoridad dentro de la DNDA tenga acceso a su contenido, a menos que sea requerido mediante una orden judicial. Incluso, si al momento de su realización se prefiere tener mayores garantías de que ningún tercero no autorizado podrá acceder, también podrá incluirse al dispositivo *hardware* en el cual se haya guardado la obra, la inclusión de una clave o encriptación de la información.

Sumado a lo anterior, también puede destacarse que el sobre que contiene el *software* será resguardado durante un período de tres años, teniendo el titular la posibilidad de solicitar renovaciones según sea necesario.<sup>75</sup>

En conclusión, esta medida sirve de garantía para el titular del *software* de que sus derechos sobre la obra están respaldados y resguardados por un período prolongado de tiempo, salvo prueba en contrario.

### 4.3 Registros adicionales. Propiedad industrial

Aunque el presente trabajo tiene como principal objetivo destacar las mejores prácticas para proteger el *software* desde un enfoque autoralista, resulta por demás necesario destinar al menos un apartado para indagar respecto a la importancia de otros derechos registrales que giran a su alrededor.

Por tanto, y en el afán de hacer un análisis aún más profundo, debe reconocerse que el *software* no se compone exclusivamente de código, sino que existen otros activos cuyo valor puede ser similar o, en algunos casos, considerablemente superior al primero.<sup>76</sup>

Precisamente, estos activos se encuentran relacionados con la

---

75 En caso de no solicitarse la renovación, la DNDA procederá a la incineración del contenido, tal como lo establece el Decreto 7616/63.

76 Por ejemplo, un *software* en formato *open source*, cuyo contenido es divulga-

propiedad industrial, sistema protectorio de invenciones, marcas, diseños, dominios de internet, entre otros. Derechos que les otorgan a los titulares de una exclusividad y control sobre sus creaciones o invenciones, en un territorio y tiempo determinado, para una explotación comercial.

Si bien hay excepciones,<sup>77</sup> corresponde destacar que estos derechos, a diferencia del derecho de autor que nace con la creación de la obra, requieren un registro constitutivo para poder ser reconocidos por el ordenamiento jurídico. En la mayoría de los casos, son registrables ante el Instituto Nacional de Propiedad Industrial (INPI) y, en otros, para el caso específico de los dominios de internet, ante la Dirección Nacional del Registro de Dominios de Internet (NIC Argentina).<sup>78</sup>

#### 4.3.1 Marcas

Avanzando en el desarrollo, en lo que refiere a las marcas, dichos activos se encuentran protegidos por la Ley 22362, sistema normativo que busca resguardar las sanas prácticas comerciales y el interés del público consumidor. Así lo ha señalado distinguida jurisprudencia, a saber:

La ley de marcas tiende, primordialmente, a proteger las buenas prácticas comerciales y el interés del público consumidor, por lo que se hace necesario que los nombres que designan los mismos productos sean perfectamente distinguibles, a fin de que no se originen confusiones respecto a los mismos o a su origen.<sup>79</sup>

---

do a la comunidad en general, probablemente tenga un valor inferior al de la marca por la cual se difunde.

77 Por ejemplo, la designación comercial se adquiere con el uso.

78 Se aclara que estos registros son exclusivamente para los dominios terminados en “.ar”, “.com.ar”, “.net.ar”, entre otros, los cuales son administrados por la Dirección Nacional del Registro de Dominios de Internet, cuyo sitio oficial es: <https://nic.ar/es>. En este sentido, existen otros sitios donde también es posible adquirir distintos nombres de dominio, entre ellos —pero sin pretender agotar el listado—, GoDaddy ([www.godaddy.com](http://www.godaddy.com)) y Google Domains (<https://domains.google/>).

79 CNFed. Civ. y Com., Sala III, 17/03/1994, *Televideo Systems Inc. c/ Dirección*

Dado que “uno de los fines esenciales de la legislación marcaria es la protección del público consumidor, así como de las sanas prácticas de comercio”.<sup>80</sup>

En particular, la Ley 22362 en su artículo primero determina que todo signo compuesto por

una o más palabras con o sin contenido conceptual; los dibujos; los emblemas; los monogramas; los grabados; los estampados; los sellos; las imágenes; las bandas; las combinaciones de colores aplicadas en un lugar determinado de los productos o de los envases; los envoltorios; los envases; las combinaciones de letras y de números; las letras y números por su dibujo especial; las frases publicitarias; los relieves con capacidad distintiva y todo otro signo con tal capacidad.

Esto será merecedor de dicha tutela siempre que resulte diferenciable de aquellos ya existentes en el mercado y en el mismo rubro (lo cual se determina mediante la clasificación internacional niza).<sup>81</sup>

En el caso particular del *software*, la empresa tecnológica posiblemente se valga de distintos elementos gráficos, como logos, isotipos y logotipos en su estrategia de *marketing* o comercialización. Sobre todo, cuando ofrezca servicios esencialmente similares a los ofrecidos por la competencia, por lo que resultará fundamental encontrar una diferenciación visual o identidad marcaria que permita evitar la confusión entre clientes o el riesgo de dañar su reputación, al ser confundidos con un proveedor de menor calidad.

Por tanto, dicho evento motivará a que esta utilice en el proceso comercial cierto término o palabra identificatoria (marca denominativa), la cual podrá contener un diseño específico (marca mixta), que a la vez cuente con un color o dibujo que la identifique (marca figurativa o mixta) e incluso que podrá contar con un sonido de apertura característico (marca sonora), así como una frase particular (lema

---

*Nacional de Propiedad Industrial.*

80 CNFed. Civ. y Com., Sala III, 11/12/1984, *Destiladora Internacional Otard Dupuy c/ Dufour y Cía S.A.*

81 Acerca de la clasificación de Niza, ver OMPI: <https://www.wipo.int/classifications/nice/es/preface.html>.

comercial) o de certificación de calidad (marcas de certificación). Elementos que, en su totalidad, así como en su individualidad, podrán ser protegidos bajo el sistema bajo análisis.

Consecuentemente, y como resultado de estos registros, la empresa será titular de ciertos derechos que le brindarán un mayor nivel de seguridad jurídica a largo plazo. Es que la protección legal otorgada por las marcas, si bien es territorial (por lo cual deberá realizarse en cada país en el cual se quiera ofrecer o comercializar mediante el *software*), le garantizará al titular del signo una exclusividad que durará inicialmente diez años, pero que podrá ser renovada indefinidamente.

#### 4.3.2 Diseños industriales

Por otra parte, en lo que refiere a los diseños industriales, tal y como señala Mitelman (2021) en su Tratado,

se trata de creaciones de esencia ornamental que permiten hacer diferenciable a un producto en el mercado de otros introducidos por terceros, sin necesidad de transformarse en un signo distintivo o identificatorio del artículo, función típica de la marca, y apto para definir la elección del público ante otras alternativas en oferta. (p. 122)

En específico, el régimen se encuentra determinado por el Decreto-Ley 6673, el cual fue ratificado por la Ley 16478 y su correspondiente Decreto Reglamentario 5682. Estas normativas amparan tanto los modelos industriales, que se destacan por su forma tridimensional, como los diseños industriales, que poseen características bidimensionales.

En lo que refiere a dicha materia Mitelman (2021) señala que,

el objeto de protección no es un valor cultural, sino un valor comercial o de marketing que se traduce en el posible valor añadido por el diseño al producto, que no repercute esencialmente en lo estético sino en la esfera comercial. La tutela reconocida a un aspecto estético o artístico sólo constituye el medio para alcanzar otra finalidad esencial que es brindar amparo al valor comercial del diseño. (p. 123)

A los efectos de cuidar la extensión del presente, sólo se hará referencia a los diseños industriales; ello, porque en ocasiones son el canal más idóneo para proteger aquellos diseños de interfaces gráficas que surjan de la génesis del *software*. Sin embargo, es importante destacar que los requisitos de registro son idénticos para ambos, en tanto se requiere que sean novedosos y que tengan aplicación industrial o artesanal a los efectos de conferir un carácter ornamental.

Por tanto, si el equipo de diseño gráfico crea una interfaz lo suficientemente novedosa, se tornará necesario que, previo a su difusión (para no afectar dicha característica), se requiera al INPI su registro.

Si bien este tópico podría despertar cierta confusión, pues en otras instancias del presente trabajo también se ha mencionado que dichos elementos podrían protegerse por derechos de autor, lo cierto es que ambos sistemas de derechos presentan algunos matices diferenciadores, dado que el diseño industrial requiere de la característica de la “novedad”, mientras que el derecho de autor, de la “originalidad”.

No obstante, puede ocurrir que la interfaz reúna ambas características, es decir, no solo resulte ser novedosa, sino que también lo suficientemente original para diferenciarse de otras. Por tanto, de ocurrir ello, resultará apropiado realizar tanto el depósito como el registro del diseño.

Ahora, en caso existir un conflicto por infracción, el titular de ambos derechos deberá optar por uno al momento de realizar su defensa, tal y como lo requiere el artículo 28 del Decreto-Ley 6673, a saber: “Cuando un (...) diseño industrial registrado (...) haya podido también ser objeto de un depósito conforme a la ley 11.723 y sus modificatorias, el autor no podrá invocarlas simultáneamente en la defensa judicial de sus derechos”.

Precisamente esta última decisión deberá haber sido previamente estudiada al diseñar la política de gestión de propiedad intelectual, de modo que no tome a la empresa por sorpresa o, peor aún, signifique una deslegitimación a su defensa por haber sido excesiva al comprender ambos sistemas normativos.

A fin de cuentas, lo que se busca garantizar es contar con una protección lo suficientemente amplia, la cual no solo esté basada en el resguardo del código y el posible registro marcario, sino también

respecto a la apariencia visual única y distintiva que el *software* tenga, evitando posibles copias o imitaciones por parte de los competidores.

### 4.3.3 Dominios de internet. Redes sociales

Seguidamente, en la búsqueda de registros complementarios para una protección integral del *software*, también corresponde destacar la gestión adecuada de los dominios de internet y también de los perfiles en las redes sociales.

Estos elementos desempeñan un rol muy importante en la industria tecnológica, en tanto facilitan la comunicación, sobre todo en lo referido al *branding*, y también respecto a las estrategias de *marketing* y comunicación, haciendo más accesible el acceso a la información para aquellos usuarios potenciales que deseen adquirir cierto producto o servicio.

Por tanto, en cuanto a los dominios, se deberá proceder con el registro y gestión de estos, lo que implica la elección de nombres coherentes con la marca, nombre comercial o servicio brindado<sup>82</sup> para evitar una situación de disputa<sup>83</sup> con su consecuente revocación, así como la correcta administración de sus renovaciones, las cuales deben realizarse anualmente.

Por otro lado, en lo que hace a las redes sociales, es de público conocimiento que hoy juegan un papel crucial en la promoción y comunicación. En este sentido, resultará muy importante que se pueda

---

82 La Disposición 187/2023 de la Secretaría Legal y Técnica de la Nación aprobó un anexo que contiene ciertos criterios orientativos, de carácter enunciativos, para la resolución de disputas de registros de dominios de internet, estableciendo en primer lugar que la “Dirección Nacional del Registro de Dominios de Internet (NIC Argentina) entenderá que un registro de dominio de internet es registrado y/o utilizado de forma abusiva o de mala fe y, por lo tanto puede ser sujeto de revocación, en los siguientes supuestos, cuando: 1. Se prestase a confusión, engaño y/o suplantación de identidad en relación con una marca registrada notoria y/o reconocida; a derechos de autor; a una designación comercial; a una denominación social; a un nombre propio o seudónimo de una persona humana destacada en nuestro país o en el mundo; u otro derecho subjetivo”.

83 Al respecto, corresponde mencionar que la Resolución 02/2022 de la Sec-

identificar y registrar los perfiles que resulten apropiados, de manera tal de generar una identidad con el *software*, la marca, el dominio y las redes sociales.

Incluso en esta gestión (y al igual que para el caso de las marcas y dominios), resultará imperioso que se realice una efectiva vigilancia de los perfiles, evitando que terceros los utilicen en beneficio propio. Ello podrá ser resuelto mediante la utilización de mecanismos provistos por tales redes sociales del *notice and take down*,<sup>84</sup> el cual busca bloquear aquellos contenidos que resulten violatorios de los derechos de propiedad intelectual de terceros.

Si bien cada procedimiento resultará distinto dependiendo de los términos y condiciones de cada sitio, su incumplimiento (ya sea por no existir tal mecanismo de denuncia como por la no resolución de este), le dará derecho a la empresa agredida no solo a reclamar al usuario infractor, sino también a dicho proveedor que tuvo conocimiento del evento dañoso y no tomó ninguna medida al respecto (o

---

retaría Legal y Técnica de la Nación reguló un procedimiento de resolución de disputas por el cual cualquier usuario de NIC Argentina que se considere agredido por un tercero podrá iniciar un reclamo mediante la plataforma TAD. Dicho procedimiento concederá un plazo para que la otra parte presente su defensa y, luego, la resolución que se notifique por misma plataforma podrá ser recurrida según el procedimiento administrativo recursivo.

En similar sentido, a nivel global existe la Política Uniforme de Solución de Controversias en materia de nombres de dominio (UDRP, por sus siglas en inglés), elaborada por la OMPI y la Corporación de Asignación de Nombres y Números en Internet (ICANN, por sus siglas en inglés). La UDRP establece el marco jurídico para la solución de controversias existentes entre el titular de un nombre de dominio y un tercero por el registro y utilización abusivos de un nombre de dominio de internet en los dominios genéricos de nivel superior o gTLD (por ejemplo, .biz, .com, .info, .mobi, .name, .net, .org), así como en los nombres de dominio correspondientes a códigos de países o ccTLD que han adoptado la Política de forma voluntaria (ver: <https://www.wipo.int/amc/en/domains/cctld/>) (Chávez Zárate, 2020, pp. 109-140).

84 Doctrina anglosajona por la cual los motores de búsqueda deben proveer un canal de denuncia para que los titulares de derechos puedan notificar a los proveedores de servicios online cualquier infracción de sus derechos de propiedad intelectual. Dicha doctrina se encuentra regulada en la Digital Milenium Copyright Act – Sección 512.

no tuvo conocimiento por la propia impericia a la hora de diagramar sus canales de denuncia).<sup>85</sup>

#### 4.3.4 Patentes

Por último, en lo que refiere a las patentes, el principio general es que los programas de computación no pueden ser protegidos por dicho sistema (así lo dispone expresamente el artículo 6, inc. c. de la LP al momento de describir qué no será considerado “invención” a los efectos de dicho cuerpo normativo). El sistema normativo argentino los excluye al momento de establecer la definición de “invención”, la cual consiste en ser una “creación humana que permita transformar materia o energía para su aprovechamiento por el hombre”. En consecuencia, el *software* en sí no resultaría merecedor del análisis en cuanto a su novedad, altura inventiva y aplicación industrial.

Sin embargo, corresponde destacar de una forma muy sucinta, en tanto escapa al objeto del presente trabajo, las *Directrices sobre Patentamiento*, publicadas mediante la Resolución 318/2012 el 10 de diciembre de 2003 por el INPI. Estas determinaron que dicho organismo no podrá rechazar *in limine* aquellos inventos del tipo CII (*computer implemented inventions*), y dispone que:

Un programa de computación reivindicado como tal (“as such”) o reivindicado como un registro en un portador de grabación no será patentable independientemente de su contenido. La situación no cambia cuando el programa de computación se carga en una computadora conocida. Sin embargo, si el objeto reivindicado realiza una contribución técnica al arte previo, la patentabilidad no debe ser denegada simplemente porque un programa de computación está involucrado en su implementación.

---

85 Así lo recepta la The Digital Millennium Copyright Act de 1998 de Estados Unidos, en la Sección 512. En otras palabras dicha sección establece que si, al recibir una notificación adecuada, el proveedor de servicios elimina o bloquea rápidamente el acceso al material identificado en la notificación, el proveedor quedará exento de responsabilidad monetaria. Ver. <https://www.congress.gov/105/plaws/publ304/PLAW-105publ304.pdf> y <https://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>.

Si bien, como se dijo anteriormente, el análisis de dicha resolución escapa el objeto del presente trabajo (en tanto se ha limitado el análisis de la protección *software* para aquellas empresas que lo comercializan vía licencias y/o contratos tipo SaaS, dejando fuera a los productos tipo CII —eventualmente, pasibles de patentes—), su exposición ha sido realizada al único efecto de que el lector pueda evidenciar una vez más la importancia que ha recobrado el *software* en estos últimos años. Por tanto, prohibir una patente por su sola incorporación al parecer ha resultado algo desmedido y ha motivado la sanción de aquellas Directrices.

#### 4.4 Medidas tecnológicas

Finalmente, pero no por ello menos importante, es relevante destacar el papel que ocupan las medidas tecnológicas en la protección del *software* y la propiedad intelectual. Estas medidas desempeñan un rol fundamental al respaldar y hacer efectivas las prácticas previamente desarrolladas.

En específico, les brindan a las empresas aquellos recursos y herramientas necesarias para salvaguardar la integridad, confidencialidad y disponibilidad del código fuente junto a la totalidad de la información confidencial que se hubiere procesado en su desarrollo, incluyendo aspectos relacionados con la seguridad informática y también con la gestión y control de acceso al código u otros recursos sensibles.

Dicho esto, si bien cada empresa deberá adoptar sus medidas tecnológicas acordes a su modelo de negocio y capacidad financiera, a continuación se hará mención de algunas herramientas y medidas de seguridad más comunes y ampliamente utilizadas en la industria, que ayudan a prevenir la fuga de información, el acceso no autorizado, la manipulación y el uso indebido de la propiedad intelectual.

a) *Hardware*: es muy frecuente que empresas tecnológicas provean a sus desarrolladores de los elementos propios del trabajo. En el caso en particular de las computadoras, su conexión puede realizarse mediante una red o canal de comunicación seguro, controlado por la empresa, genéricamente denominado VPN.<sup>86</sup>

---

86 Una VPN, o red privada virtual, crea una conexión de red privada entre

En consecuencia, tras la desvinculación del desarrollador, no solo se podrá requerir el dispositivo que cuenta con documentación, información confidencial y demás activos, sino que incluso se podrán limitar los accesos de manera automática, sin depender de la efectiva entrega de este.

*b) Repositorios:* consiste en una herramienta que les permite a los desarrolladores instrumentar diversos cambios sin comprometer el código fuente principal. Es decir, en vez de modificar de manera directa este último, se utilizan los sistemas de control de versiones (VCS, por sus siglas en inglés) para editar, rastrear y revisar los cambios realizados a medida que se desarrolla un proyecto.

Esto no solo reduce los conflictos de “fusión” cuando más de un desarrollador se encuentra editando una misma línea de código, sino que también permite corregir errores en una fase temprana. Lo último se evidencia gracias a la posibilidad de que los desarrolladores puedan crear nuevas ramificaciones o copias al código fuente principal, a los efectos de trabajar sobre él. Posteriormente, de producirse algún error, el VCS permitirá acceder rápidamente a la línea de código que esté ocasionando cierto conflicto o problema.<sup>87</sup>

De esta forma, tanto la empresa tecnológica como también la totalidad de los desarrolladores —que cuenten con los permisos para tal fin— podrán tener acceso al historial de las modificaciones realizadas, controlando los cambios introducidos, los cuales serán sometidos a constantes pruebas antes de ponerlos a disposición de los

---

dispositivos a través de internet, de esta manera, permite transmitir datos de forma segura y anónima a través de redes públicas. Para mayor información, ver: <https://aws.amazon.com/es/what-is/vpn/#:~:text=Una%20VPN%20o%20red%20privada,a%20trav%C3%A9s%20de%20redes%20p%C3%ABlicas>.

87 Al efecto, se puede mencionar el control de versiones proporcionado por Git, herramienta comúnmente utilizada en la industria que les permite a los desarrolladores descargar una copia del código fuente a sus repositorios locales (PC), realizar cambios y subir una versión nueva al repositorio compartido (GitHub). Todas las modificaciones se guardan en versiones independientes, sin afectar el archivo original. De esta manera, se permite comparar cambios realizados, determinar quién modificó determinada línea de código y advertir en qué momento se introdujo un error para poder revertirlo. Para mayor información, ver: <https://git-scm.com/> y <https://github.com/>.

usuarios finales, contribuyendo en última instancia en una mejora continua —y segura— del código del *software* (Escuela Británica de Artes Creativas y Tecnología, 2023).

c) *Panel de gestión de tareas*: si bien esta herramienta resulta importante para la gestión de proyectos, en tanto permite que el PM (*product manager*) pueda designar a cada desarrollador tareas en específico, las que incluso pueden poseer métricas tipo KPI (indicador clave o medidor de desempeño/rendimiento de cada proyecto), a los efectos de tener un mayor contralor en los resultados esperados, no deja de representar un medio probatorio muy interesante. Tal como se desarrolló en el apartado 4.1.2.1.3, el hecho de que el PM asigne una nueva tarea y el desarrollador la ejecute, pese a no estar expresamente previsto en el contrato que se hubiera suscripto, sí podría eventualmente considerarse parte de este de haberse previsto el mecanismo bajo estudio, tal y como se desarrolló oportunamente.

d) *Backups*: es frecuente recurrir a *backups* o copias de seguridad para proteger ciertas bases de datos, líneas de códigos, configuraciones o determinada información importante para la empresa. Ninguna organización es ajena a ser pasible de eventos inesperados que ocasionen pérdidas de información significativas, tales como desastres naturales, errores humanos, acciones de empleados deshonestos, eventos de seguridad o fallas del sistema. En este contexto, la copia de seguridad cumple una función de prevención o protectoria, permitiendo reducir el riesgo de una pérdida total o parcial de aquellos datos que se desean proteger.

Consecuentemente, ante la ocurrencia de algún evento inesperado, la empresa tendrá a su alcance un soporte que le permitirá restaurar su sistema, volviendo a su estado habitual y sin tener que incurrir en grandes esfuerzos de tiempo y dinero.

Dicha guarda podrá realizarse de diversas formas: (i) almacenamientos extraíbles: sistema de *hardware* que permitan un acceso *offline*, conectándose de forma temporal y directa al dispositivo que contiene la información, tales como discos duros, tarjetas de memoria, etc.; (ii) almacenamiento en red: sistema que permite que todos los dispositivos guarden la totalidad de la información en una misma base de datos o “controlador”, que se encuentra conectada por una red especial; (iii) centro de datos: consiste en una ubicación física

que contiene diferentes tipos de almacenamiento, ya sea por internet o cableado dedicado; (iv) almacenamiento en la nube: almacenamiento externo en una ubicación remota, el cual es suministrado por un proveedor de servicios (tipo SaaS) que posee y opera la capacidad de almacenamiento de datos manteniendo grandes centros de datos en varios lugares del mundo. En consecuencia, el proveedor es quien termina administrando la capacidad, seguridad y durabilidad del sistema de custodia para que las empresas que recurren a dicho servicio puedan acceder a sus datos a través de internet en un modelo de pago por uso.<sup>88</sup>

d) *Control de accesos*: es un mecanismo de contralor que consiste en la implementación de organigramas y políticas de seguridad que identifican roles de mayor a menor responsabilidad en cuanto al desarrollo del código. De esta manera, se pueden establecer protocolos que permiten controlar y limitar el acceso al código fuente, asignando roles y permisos adecuados a los miembros del equipo y restringiendo el acceso solo a aquellos que verdaderamente lo necesitan. Asimismo, se podrá establecer que, para ciertas acciones “críticas”, se requiera la doble conformidad de personas que cumplan roles jerárquicos en la compañía mediante la introducción de claves conjuntas. En consecuencia, se podrá limitar que ciertas funcionalidades/acciones —por ejemplo, la eliminación de algunas líneas de códigos— sólo puedan ser ejecutadas por una categoría de personal, mientras que otras podrán solo intervenir si acreditan la conformidad de determinado sujeto (v.gr., para descargar la totalidad del código a un dispositivo se requiere la autorización del PM o del CTO —*chief technology officer*—).

e) *Encriptación*: otra medida apropiada a implementar son las técnicas de encriptación para proteger los archivos y datos del *software* de carácter “crítico”, tanto durante su almacenamiento como durante su transmisión. De esta manera, se permite controlar a gran escala el acceso no autorizado y la manipulación de la información.

f) *Uso de herramientas de seguridad*: otras de las herramientas que son comúnmente utilizadas en la búsqueda de detección y mitigación de amenazas en el acceso no autorizado son los distintos sis-

---

88 Para mayor información, ver: <https://aws.amazon.com/es/what-is/data-backup/>.

temas de *firewalls*, los cuales consisten en programas de *software* o *hardware* que filtran y examinan la información que llega a través de su conexión a internet, representando una primera línea de defensa que evita que programas maliciosos o *hackers* obtengan acceso a la red e información de la empresa. Estos filtran los paquetes de datos en función de puertos, direcciones IP o protocolos. Asimismo, también puede destacarse en el presente apartado las soluciones *antimalware*, como un antivirus o un programa antiespía, utilizados para detectar, prevenir y eliminar *software* malicioso (*malware*) en un dispositivo o sistema en particular.

g) *Pruebas de seguridad*: en lo que respecta a este punto, una empresa tecnológica prudente debería realizar pruebas regulares de seguridad para identificar vulnerabilidades en los accesos no autorizados como también fallas que puede presentar y dar lugar a daños a terceros. Una vez realizadas, también es posible —y recomendable— evaluar los resultados a los efectos de poder determinar si corresponde o no realizar algún ajuste, todo ello, en pos de generar un protocolo de mitigación de riesgos.

h) *Capacitación y concientización*: como una medida de avanzada, corresponde resaltar la implementación de capacitaciones continuas a las personas involucradas en el desarrollo, dirigiendo cada una a las particularidades específicas que cada persona o equipo tenga a su cargo. Incluso, tras dichas capacitaciones, se podrá evaluar a los desarrolladores que se encuentren inmersos, haciendo las veces de prueba de seguridad interna.

i) *Auditorías de seguridad*: dentro de las medidas que pueden implementarse para tener mayor convicción de la seguridad de la arquitectura y el desarrollo en general del código es la contratación de auditorías de seguridad, las cuales son realizadas por sujetos independientes a la organización y que cuentan con la capacidad y experiencia necesarias para evaluar los riesgos y deficiencias y para realizar las recomendaciones que ayuden a morigerar tales condiciones.

j) *Certificaciones*: como medida de mayor jerarquía, se puede resaltar la obtención de certificaciones de organismos especializados, los cuales pueden brindar una validación independiente de que un producto o sistema cumple con estándares reconocidos de seguridad. Claro está que cada certificación contará con sus propios requisitos y

procesos de evaluación, por lo que será necesario investigar y evaluar cuál es la certificación más relevante y adecuada para las necesidades que se desean cubrir.

En resumidas cuentas, se han tratado de esbozar las medidas que en la actualidad son frecuentemente utilizadas para fortalecer la protección de la propiedad intelectual que se encuentra inmersa en dicho desarrollo. Si bien es claro que variarán a lo largo del tiempo, ya que en materia de tecnología ningún desarrollo queda estancado por un largo periodo, tanto las presentes como las futuras harán las veces de complemento a la política de propiedad intelectual que la empresa haya adoptado.

## 5. Conclusiones

A lo largo del presente trabajo y bajo un análisis exhaustivo, se ha evidenciado la importancia que reviste a la fecha el *software*. La realidad de las cosas ha demostrado que este tipo de activo tecnológico funciona como un promotor del desarrollo económico, evento que ha motivado a la gran mayoría de las empresas a incorporarlo a su oferta de bienes y servicios.

En este contexto, y habiendo evidenciado la necesidad de contar con una guía pormenorizada que defina aquellas buenas prácticas a ser implementadas a nivel corporativo, es que en el presente trabajo se ha analizado en un primer momento el contexto normativo en el cual el *software* se encuentra inmerso.

De esta manera, se ha resaltado cómo repercuten las directrices del derecho de autor en su tutela jurídica, pues es sabido que la mayoría de los países, entre los cuales se encuentra la República Argentina, asimilan el código del *software* a una obra literaria, excluyendo de dicha tutela a las ideas, conceptos y funciones subyacentes por no encontrarse exteriorizadas.

En consecuencia de lo anterior, y entendiendo que el sistema del derecho autor es relativamente complejo, es que en el apartado se han buscado delinear aquellas directrices que no solo promuevan la correcta protección de la obra materializada en *software*, sino también hacerlo extensivo a aquellas “ideas” o “funciones” que escapan de la órbita de contralor del sistema normativo bajo análisis, pero que, a la larga, resultan de gran valor para la empresa tecnológica.

En el análisis, también se han indagado las filosofías del *software* libre y *open source*, las cuales, si bien resultan *a priori* atractivas, deben ser cautelosamente estudiadas, teniendo en mente las consecuencias legales y económicas que puedan acarrear.

En virtud de lo antes expuesto, se presenta una síntesis de las principales conclusiones y/o recomendaciones que, a criterio personal, buscan suplir y/o al menos morigerar las deficiencias o vacíos legales que en ocasiones presenta el derecho de autor. Todo ello, en pos de servir como ayuda para la toma de decisiones informadas y el armado de estrategias de gestión de propiedad intelectual que busquen mitigar riesgos legales y maximizar, en última instancia, el valor del *software* desarrollado o por desarrollar.

### *Implementación de un contrato*

Como primera medida, resulta imperativo contar con un contrato que prevea las condiciones de desarrollo del *software*, ya sea que la relación se enmarque bajo una relación de dependencia como también autónoma. Es que la instrumentación contractual resulta ser un pilar fundamental para garantizar la seguridad jurídica y salvaguardar los derechos de propiedad intelectual involucrados, pues, según la normativa vigente, ante la ausencia de una transferencia efectiva de la titularidad, el autor original (desarrollador) conservará para sí la plena titularidad del *software* creado. Similar conclusión merece el caso de una relación laboral, pues si bien el artículo 4, inc. d de la LPI establece que será titular aquella persona cuyos dependientes hubieren producido un programa de computación en el desempeño de sus funciones laborales, esta disposición no recepta el caso del desarrollo de otro tipo de obras (que no sean programas de computación) o porque el objeto del contrato no alcanza a cubrir dicho desarrollo.

### *Tipo contractual*

*A priori*, el contrato que mejor resuelve el conflicto de la titularidad del *software* es el contrato de obra, el cual se rige por una obligación de resultados y no de medios. No obstante, es una realidad que en el desarrollo de este tipo de activos es muy difícil, sino imposible, anticiparse a todas las circunstancias que podrían acaecer. Precisamente, ello fue analizado en el apartado 2.1.2, destacando las razones de

por qué dicho proceso es caracterizado como “iterativo y continuo”; en tanto, en la generalidad de los casos, los códigos son puestos a prueba un sinnúmero de veces a los efectos de corregir falencias o realizar mejoras.

En este orden de ideas, asumir una obligación tal como la que establece el contrato de desarrollo de obra resulta por demás excesiva e impracticable. Ello demuestra las razones de por qué un contrato de prestación de servicios recepta mejor la realidad. Es que dicho instrumento no desconoce la posible ocurrencia de fallas, en tanto establece de antemano los mecanismos de resolución para aquellas. No obstante, al tratarse de obligaciones de medios, en este caso deberá establecerse expresamente que la titularidad del código resultará a final de cuentas de la empresa contratante, despejando cualquier duda y/o alegación por parte del desarrollador.

Así las cosas, en la redacción del contrato se deberá precisar con la mayor claridad posible el alcance del objeto encomendado, permitiéndoles a las partes tener una comprensión clara y precisa del alcance del proyecto. De esta manera, si es insuficiente, ante una situación de conflicto el juez será proclive al principio interpretativo *in dubio pro autore*, optando por la interpretación que resulte más favorable a la posición del autor.

En la redacción del código también será oportuno especificar si el desarrollador se encontrará autorizado o no a utilizar librerías de código alojadas en la web. Y, en su caso, delimitar qué tipo de licencias podrán encontrarse inmersas, detallando incluso qué funciones del *software* podrán estar escritas a partir de aquellos recursos y cuáles no (por resultar el “*core principal*” de sus negocios). En idénticas condiciones, de autorizarse el uso IA Generativa, también resultará oportuno, disponer las condiciones de su utilización.

Por otra parte, dado que es muy probable que el objeto varíe, será recomendable prever mecanismos de menor a mayor intensidad dependiendo del cambio que deba realizarse. Esto es, mantener la necesidad de suscribir adendas o anexos cuando dicho cambio resulte “esencial” a los efectos de la determinación de la obra, mientras que, para el caso de ajustes meramente técnicos, estéticos y que no hagan a la esencia misma del contrato, establecer la obligatoriedad de proseguir con cierto procedimiento (por ejemplo, la carga de la nueva

tarea en el panel de gestión). En misma instancia, resultará prudente delinear las condiciones de precio, así como los posibles ajustes que puedan sufrir en razón de la variación contractual.

La previsión de plazos también resulta un aspecto crítico en este tipo de contratos, en la medida en que impacta de manera directa en la calidad esperada del desarrollo, el costo y su duración final. Consecuentemente, será fundamental la previsión de estos en instancias tales como de entregas, revisión y pago.

Por otra parte, en lo que refiere a las obligaciones de mantenimiento evolutivo o correctivo, deberán ser expresadas por separado, previendo el tipo de servicio, su valor y eventualmente el plazo de prestación. Se deberá tener especial cautela al momento de la ejecución del servicio, ya que en ocasiones podría implicar más bien un cambio en el objeto (desarrollo de la obra) que un mero servicio de mantenimiento.

En cuanto a los defectos y errores, es sabido que el *software* por regla falla, por tanto, será necesario prever de antemano no sólo la posibilidad de advertirlos, sino también las consecuencias de cómo responderán las partes. Si bien el CCyCN limita la obligación de saneamiento por evicción y vicios redhibitorios, excluyendo a aquellos que el adquirente conoció o debió haber conocido por medio de un examen diligente como también a los que no existían al momento de la adquisición, las partes pueden acordar contractualmente la extensión de tales efectos. Puede suceder que un *software*, al momento de su entrega, no presente fallas, pero luego, una vez utilizado, comience a presentar inconvenientes de compatibilidad y/o diversos problemas. En consecuencia, si las partes desean prever mayores garantías, ello deberá resultar expresamente del contrato.

Por otra parte, la inclusión de declaraciones y garantías redunda en beneficio propio de la empresa contratante, pues no solo contará con la garantía de que el producto final reunirá los estándares acordados, sino también que la titularidad que le compete le permitirá modificar, reproducir y disponer el *software* en todas sus formas sin enfrentar objeciones de terceros que puedan reclamar derechos superiores.

Adicionalmente, prever deberes de confidencialidad no solo significa una custodia adicional al código desarrollado, sino también para aquellos elementos que giran a su alrededor y no se encuentran

tutelados por dicho sistema protectorio. En consecuencia, las partes deberán definir todo aquello que quede comprendido en el concepto de “información confidencial” a los efectos de hacerle extensiva la aplicación de la normativa vigente. Mesmo si la parte receptora se encuentra en una relación laboral, pues si bien la LCT regula las obligaciones de secreto respecto a las invenciones o descubrimientos, estos tipos de activos no reúnen las cualidades para ser catalogados como tales. Por tanto, las partes ajustarán su actuar al deber genérico de fidelidad, el cual requiere que el empleado sea expresamente anoticiado de su deber de guardar confidencialidad.

En lo que refiere al incumplimiento, si bien existe el deber genérico de indemnizar, puede que, en ocasiones, acreditar el daño o enriquecimiento (a costa de la divulgación indebida) se torne de difícil prueba. En estas situaciones, la cláusula penal puede ofrecer una solución, pues consistirá en una obligación accesoria a la principal, la que cumplirá una función conminatoria y de una liquidación preventiva de los daños. Por tanto, de ocurrir una divulgación indebida, la parte afectada podrá reclamar el pago de la cláusula penal sin tener que acreditar la magnitud del daño.

En paralelo a la cláusula anterior, suele incluirse la cláusula de “no competencia” de cara al desarrollador, ya sea que se encuentre en relación de dependencia o autónoma. En ocasiones, es realmente difícil controlar la no divulgación de ciertos conocimientos técnicos —*know how*— tras el rompimiento del vínculo contractual. En consecuencia, se deberá proponer una cláusula que cumpla con los límites requeridos por la jurisprudencia en cada caso (alcance temporal, geográfico, objeto y, para el caso de relaciones laborales, una contraprestación), dado que cualquier exceso implicará su no aplicación por resultar inválida o inconstitucional.

Además, en dicha cláusula (o por separado), suele incluirse el pacto de no captación, significando para el desarrollador una prohibición a todo acto que pretenda captar empleados de la empresa comitente, como también a cualquier proveedor y/o clientela cuyos datos hubieran sido divulgados durante la relación jurídica. El acceso a dicha información de valor significa una ventaja competitiva evidente, en consecuencia, cualquier uso indebido significará un acto desleal pasible de ser limitado contractualmente.

Por último, pueden incluirse obligaciones que le requieran al desarrollador ajustar su actuar a ciertas normas de fondo y/o administrativas. La especialidad y/o tecnicidad de la materia puede requerir un mayor control normativo en lo que merece al desarrollo.

### *Depósito de la obra*

Por su parte, como se ha expuesto, la necesidad de realizar su depósito ante la DNDA radica principalmente en que este devendrá en una prueba fehaciente que, en la generalidad de los casos, tendrá mayor valor que otras. De resultar cuestionada por un tercero, éste último deberá valerse de un medio de prueba más idóneo que acredite haberla realizado con anterioridad al depósito en cuestión, de lo contrario, quien hubiere realizado tal diligencia tendrá mejor derecho para acreditar su titularidad.

### *Registros adicionales. Propiedad industrial*

Entendiendo que el *software* no se compone exclusivamente de código, sino que también se vale de otros activos, a continuación se enumeran los principales registros de propiedad industrial que podrían significar una protección integral a este:

- a. Marcas. En el caso particular del *software*, la empresa tecnológica posiblemente se valga de distintos elementos gráficos, y también sonoros, para lograr una mayor diferenciación de la competencia. Por tanto, su protección recobra especial importancia, pues brinda un marco de seguridad jurídica, territorial, a largo plazo (diez años iniciales con renovación indefinida).
- b. Diseños industriales. Las interfaces gráficas que surjan de la génesis del *software* podrán ser protegidas por el sistema de los diseños industriales (las que, en ocasiones, también podrán valerse del sistema protectorio del derecho de autor).
- c. Dominios de internet. Redes sociales. En la búsqueda de registros complementarios, también corresponde destacar la importancia que reviste una gestión adecuada de dominios de internet, así como de perfiles en las redes sociales. Esto no sólo implica la acción de anticiparse a la obtención de ciertos dominios o perfiles, sino también garantizar que no haya eventuales conflictos con terceros. Además, y al igual que con la gestión de las mar-

cas, es crucial llevar a cabo un proceso de vigilancia activo a los efectos de solicitar la baja de dominios o perfiles engañosos que intenten aprovecharse de la reputación adquirida.

- d. Patentes. La presente tesis ha buscado delinear buenas prácticas para aquellas empresas que comercializan *software* mediante licencias, así como contratos tipo SaaS, por tanto, el sistema de patentes, en este caso, resulta inoportuno.

Medidas tecnológicas. En la búsqueda de una adecuada gestión de propiedad intelectual, resultará sumamente importante que esta se encuentre acompañada de medidas tecnológicas que refuercen las decisiones adoptadas. De esta manera, en el apartado en específico se han detallado las implicancias de adoptar una política de *hardware* por la cual se provean los materiales de trabajo controlados por sistemas de VPN; la gestión del desarrollo mediante repositorios, así como la utilización de paneles de asignación de tareas; el resguardo de la información mediante sistemas de *backups* en la nube o almacenamiento físico; la implementación de controles de acceso bajo una política de gestión de seguridad, con claves conjuntas y organigrama preestablecido; la utilización de sistemas de encriptación de información, tanto durante su almacenamiento como durante su transmisión; el uso de herramientas de seguridad, como sistemas *firewall* y *antimalware*, la realización periódica de pruebas de seguridad para evaluar la pertinencia de las medidas adoptadas y detectar vulnerabilidades, como también la ejecución de capacitaciones al personal, todo ello, a los efectos de una mejor concientización de los perjuicios que podría implicar una falla en el proceso adoptado. Por último, como un sistema más sofisticado, la adopción de auditorías externas de seguridad, así como la obtención de certificaciones que acrediten niveles óptimos de seguridad.

En definitiva, haciendo una conclusión del presente trabajo, el *software* considerado como obra no puede ser protegido únicamente por el derecho de autor, dado que dicho sistema presenta ciertas aristas y vacíos que requieren de medidas complementarias (v.gr., legales y técnicas).

Por consiguiente, la política de gestión que se adopte deberá ser transversal a todos los derechos de propiedad intelectual en su sen-

tido amplio, esto es, también considerando a los derechos registrales que la propiedad industrial ofrece. El tema no concluirá allí, pues si bien jurídicamente la compañía tendrá un sólido derecho para fundar sus alegaciones ante eventuales infracciones, lo más eficiente será que se anticipe a ellas, promoviendo eficientes medidas tecnológicas.

En resumen, esta tesis ha pretendido que el lector no sólo comprenda el objeto del *software*, sino también que pueda desarrollar cierto ojo crítico en la materia, de manera tal de que se encuentre facultado para establecer políticas efectivas y personalizadas de propiedad intelectual para aquellas empresas que lo utilicen como el objeto propio de sus negocios (ello, mediante la venta de licencias) o como un medio para la provisión de ciertos servicios (tipo SaaS).

## Bibliografía

- Ackerman, M. E. (Dir.). (2013). *Tratado de Derecho del Trabajo* (Tomo III). Rubinzal-Culzoni.
- Andreucci, F. (s.f.). *Derechos de autor sobre software y bases de datos*. <https://www.utn.edu.ar/images/Secretarias/SCTYP/UGEPI/dnda/Mod-VIII-Software-y-Bases-de-Datos---F-Andreucci.pdf>. Dirección Nacional del Derecho de Autor, Presidencia de la Nación.
- Bello Knoll, D. I. y Hilal, F. R. (15 de junio de 2017). *Cláusulas de no competencia en contratos laborales. Reflexiones a partir del caso Carolina Herrera vs. Oscar de la Renta*. Eldial.Com.
- Borda, D. M. (2008). *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales* (5ª ed., Tomo II). La Ley.
- Busaniche, B. (s.f.). *El dilema del copyright en el campo del software*. Fundación Vía Libre. [https://www.vialibre.org.ar/wp-content/uploads/2021/08/Busaniche\\_CopyrightySoftware\\_ConPortada.pdf](https://www.vialibre.org.ar/wp-content/uploads/2021/08/Busaniche_CopyrightySoftware_ConPortada.pdf).
- Carbone, R. D. (26 de diciembre de 2002). *Un peldaño en la protección autoral*. La Ley Actualidad.
- Castro Nevares, F. C. (16 de diciembre de 2021). *La obligación de no competir de los ejecutivos*. Abogados.com.ar. <https://abogados.com.ar/la-obligacion-de-no-competir-de-los-ejecutivos/29482>.
- Chávez Zárate, V. (2020). Estudio del marco jurídico que rige la solución alternativa de conflictos entre marcas y nombres de dominio. *Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual*, (13), 109-140. <https://doi.org/10.26422/RIPI.2020.1300.cha>.

- Comisión Europea. (2018). *A Definition of AI: Main Capabilities and Scientific Disciplines*. [https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/ai\\_hleg\\_definition\\_of\\_ai\\_18\\_december\\_1.pdf](https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/ai_hleg_definition_of_ai_18_december_1.pdf).
- Correa, C. (1998). *Acuerdo TRIPS*. Ed. Ciudad Argentina.
- Correa, C. A. y Lipszyc, D. (2016). *El Derecho de Autor en la Argentina* (2ª ed.). Ed. La Ley, Ed. Digital.
- De Couto, R. M. (2002). ¿Es posible el embargo de los derechos de autor? Universidad Pontificia Comillas de Madrid. <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/715554.pdf>.
- De Diego, J. A. (2012). *Tratado del derecho del trabajo* (Tomo II). La Ley.
- Emery, M. A. (1999). *Propiedad Intelectual, Ley 11.723 Comentada, Anotada y Concordada con los Tratados Internacionales*. Astrea.
- Erdozain, J. C. (2002). *Derechos de autor y propiedad intelectual en internet*. Tecnos.
- Escuela Británica de Artes Creativas y Tecnológicas. (2023). *Qué es Github y para qué sirve: una guía para principiantes*. <https://ebac.mx/blog/que-es-github>.
- Fernández Delpech, H. (2011). *Manual de los derechos de autor*. Heliasta.
- Fernández Madrid, J. C. (1993). *Tratado práctico del derecho del trabajo*. La Ley.
- Frates, J. y Moldrup, W. (1980). *Introduction to the Computer: An Integrative Approach*. Prentice-Hall.
- Gómez M., D. I. (2023). *La inteligencia artificial generativa: una innovación revolucionaria para el derecho*. Lider Legal. <https://liderlegal.com/la-inteligencia-artificial-generativa-una-innovacion-revolucionaria-para-el-derecho/#:~:text=Una%20de%20las%20C3%A1reas%20m%C3%A1s,m%C3%BAsica%2C%20texto%20e%20incluso%20video>.
- Herrera, M., Caramelo, G. y Picasso, S. (Dirs.). (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (1ª ed., Tomos III y IV). Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación/Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica. Infojus.
- Jalil, J. E. (2019). Responsabilidad deviniente del Contrato de Obra. *Revista Thomson Reuters-La Ley*, Next. Ja 2019-Iv Sja.
- Kaplan, E. M. y Hanlon, M. M. (2004). *The doctrine of inevitable disclosure*. Federation of Defense and Corporate Counsel. [https://cdn.ymaws.com/thefederation.site-ym.com/resource/resmgr/docs/Quarterly/Spring\\_2004\\_Quarterly.pdf](https://cdn.ymaws.com/thefederation.site-ym.com/resource/resmgr/docs/Quarterly/Spring_2004_Quarterly.pdf).
- Koroschin, E. (1978). *Tratado práctico del Derecho del Trabajo* (Tomo I). Depalma.
- Lipszyc, D. (2017). *Derecho de autor y derechos conexos*. Unesco/Cerlalc/Víctor Zabalía.
- Maida, E. y Pacienza, J. (2015). *Metodologías de desarrollo de software* (tesis de Licenciatura en Sistemas y computación). Facultad de Química e Ingeniería, Universidad Católica Argentina. <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/522/1/metodologias-desarrollo-software.pdf>.
- Martins, J. (2022). *Cómo entender los procesos iterativos (con ejemplos)*. Asana. <https://asana.com/es/resources/iterative-process>.
- Maurette, E. J. (2019). *Exigibilidad de las obligaciones de no competencia*. M

- & A Abogados. <https://myaabogados.com.ar/exigibilidad-de-las-obligaciones-de-no-competencia>.
- Mazeaud, H., Mazeaud, J., Mazeaud, L. y Chabas, F. (1997). *Derecho Civil. Obligaciones* (Tomo I, Trad. L. Adorno). Ed. Zavalía.
- Millé, A. (1998). Los programas de computación en el régimen argentino de derecho de autor. *Derecho de Alta Tecnología*, XI(123).
- Mille y Moyano, A. (1990). La protección del software por el derecho de autor. *La Ley*, 1990-B, 811.
- Mitelman, C. O. (2021). *Tratado de la propiedad intelectual* (Tomo IV). Ed. el-Dial.com.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2008). Propiedad intelectual y software. *Revista de la OMPI*, (diciembre). [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/es/2008/06/article\\_0006.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2008/06/article_0006.html).
- Oziomek, M. A. (2019) Los contratos de obras y servicios como contratos paritarios, de consumo y de adhesión. *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado*, VII, (2).
- Palazzi, P. A. (2009). La exclusión del régimen de Derecho de Autor de las ideas, sistemas, métodos, aplicaciones prácticas y planes de comercialización. *Publicado en Adi* 29, (2008-2009), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1561052>.
- Palazzi, P. A. (1998). *La protección jurídica de los programas de ordenador (A propósito de un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)*. Thomson Reuters/La Ley Next.
- PWC. (2022). *Global Top 100 companies - by market capitalisation*. <https://www.pwc.com/gx/en/audit-services/publications/top100/pwc-global-top-100-companies-by-market-capitalisation-2022.pdf>.
- Real Academia Española. (s.f.). Software. *Diccionario de la lengua española*.
- Remaggi, L. A. (19 de diciembre de 2018). Cláusulas de no Competencia. *SJA*, 3 JA 2018-IV.
- Rengifo García, E. (1997). *Propiedad Intelectual. El Moderno Derecho de Autor*. Universidad Externado de Colombia.
- Rentero, A. (28 de septiembre de 2023). El software impulsará un crecimiento del 5,7 % anual en el gasto mundial TIC. *Revista Silicon Technology Powering Business*. <https://www.silicon.es/el-software-impulsara-un-crecimiento-del-57-anual-en-el-gasto-mundial-tic-2488385>.
- Sáenz, D. (2018). La propiedad intelectual en el caso del autor trabajando en relación de empleo asalariado (autor-empleado). *Revista Iberoamericana De La Propiedad Intelectual*, (11), 1-26. <https://ojs.austral.edu.ar/index.php/ripi/article/view/464>.
- Sala Mercado, J. P. (2017). El derecho de autor en el nuevo Milenio. Lerner.
- Samuelson, P. (2005). The Story Of Baker V. Selden: Sharpening The Distinction Between Authorship And Invention. En Ginsburg, J. C. y Dreyfuss, R. C. (Eds.), *Intellectual Property Stories*. Foundation Press. <https://ssrn.com/abstract=743545>.
- Satanowsky, I. (1954). *Derecho intelectual* (Tomo I). Ejea.

- Selén, L. (20 de mayo de 2023). *Las exportaciones y el empleo de la economía del conocimiento alcanzaron récords históricos en 2022*. *Revista Télam Digital*. <https://www.telam.com.ar/notas/202305/628905-exportaciones-empleo-economia-del-conocimiento.html#:~:text=Las%20exportaciones%20de%20la%20econom%C3%ADa,constituyó%20un%20nuevo%20récord%20anual>.
- Stallman, R. (s.f.). *Linux y el Sistema Gnu*. <https://www.gnu.org/gnu/linux-and-gnu.es.html>.
- Stallman, R. (2002). Software Patents – Obstacles To Software Development. (Transcripción de una charla presentada el 25 de marzo de 2002 en el laboratorio de informática de la Universidad de Cambridge). <https://www.cl.cam.ac.uk/~mgk25/stallman-patents.html>.
- Stallman, R. M. (2004). *Software libre para una sociedad libre*. [https://www.gnu.org/philosophy/fsfs/free\\_software.es.pdf](https://www.gnu.org/philosophy/fsfs/free_software.es.pdf).
- Vázquez Vialard, A. (2005). *Ley de contrato de trabajo*. Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Veltani, J. D. (2020). Aspectos jurídicos de las aplicaciones de plataformas (1ª Ed.). La Ley.
- Vibes, F. P. (2004). Propiedad intelectual de las obras artísticas creadas por encargo. *Cuadernos de Propiedad Intelectual, I*. Ad-Hoc.
- Vibes, F. P. (2008). El sistema registral del derecho de autor. *LA LEY 2008-C*.
- Vibes, F. P. (2014). *Derecho del Entretenimiento*. Ad-Hoc.
- Vicent López, C. (2015). *Explotación en línea de obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor: sujetos, objeto, contenido y límites* (Tesis doctoral). Universitat De València.
- Villalba, C. A. y Lipszyc, D. (2016). *El Derecho de Autor en la Argentina* (2ª ed.). La Ley/Ed. Digital.
- Waisman, A. (2004). Cláusulas contractuales de no competencia. *La Ley 2004-C, 1420 Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales* (Tomo III).

## Jurisprudencia citada

- CNCP, Sala II, *Balustein*, LA LEY, 2001-F, 638.
- CNFed. Civ. y Com., Sala III, 17/03/1994, *Televideo Systems Inc. c/ Dirección Nacional de Propiedad Industrial*.
- CNFed. Civ. y Com., Sala III, 11/12/1984, *Destiladora Internacional Otard Dupuy c/ Dufour y Cía S.A.*
- CNCiv., sala A, 25/03/1971, *Ducilo SA v. Barcia, Héctor*.
- CNTrab., sala I, 10/11/2006, *Leguizamón, Eduardo v. Nidera SA*.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala III, *Barrea, Osvaldo Rubén c. Bco. de Santa Fe S.A. y otro*.
- CNCiv., sala A, *Ducilo S.A. c. Barcia Héctor J. s/despido*, 25/05/1971.
- CNAT, sala I, L, *E.M.L. c/ Nidera S.A. y otros*, 10/11/2006.
- CNComercial, Sala B, *COTECSUD COMPAÑÍA TÉCNICA SUD-AMERICANA S.A. c/ N., M. A. s/ Ordinario*, 19/05/2015.
- CNCCrimCo-CF, Sala I. Causa 400 Autodesk Inc., 19/07/1995.

- CSJN, *Recurso de hecho deducido por Autodesk Inc. en la causa Pellicori, Oscar A y otros s/denuncia por defraudación (causa n. 34609)*, 23/12/97.
- Apple Computer Inc. v. Microsoft Corp.*, 759 F. Supp. 1444 (U.S. District Court for the Northern District of California - 759 F. Supp. 1444. March 6, 1991).
- Jan L. Nussbaum, *Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corporation Puts the Byte Back into Copyright Protection for Computer Programs*, 14 Golden Gate U. L. Rev. (1984). <http://digitalcommons.law.ggu.edu/ggulrev/vol14/iss2/3>.
- Baker v. Selden*, 101 U.S. 99, 25 L Ed 841 (1880).
- Whelan Associates v. Jaslow Dental Labor.*, 609 F. Supp. 1307 (E.D. Pa. 1985), District Court, E.D. Pennsylvania, de 1986. <https://www.courtlistener.com/opinion/1887159/whelan-associates-v-jaslow-dental-labor/>.
- Lotus Development Corporation v. Borland International, Inc.* United States Court of Appeals, First Circuit. 49 F.3d 807 (1995). [https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/cx/1995\\_Lotus.pdf](https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/cx/1995_Lotus.pdf).
- SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?%3Bjsessionid=CA4D762B-7F97E186CEBC09C0E7C8A8E1?text=&docid=122362&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7340807>.
- Vicom/Computer-related invention* del año 1987. 2 EPOR 74.

