

Obras creadas dentro del curso del empleo en la modalidad actual

* * * *

Fernando Augusto Mafud

Abogado en la Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música

fernandomafud@gmail.com

Recibido: 29 de abril de 2021

Aceptado: 18 de junio de 2021

Resumen

Muchas legislaciones le otorgan al empleador la titularidad (algunas, incluso, la autoría), salvo pacto en contrario, sobre las obras creadas por sus dependientes –contratados exclusivamente para tales fines– dentro del curso del empleo. Es decir, para que la titularidad (o autoría, según la legislación) le pertenezca al empleador, es necesaria la ausencia de pacto en contrario, que el dependiente haya sido contratado exclusivamente para realizar dicha creación y que esta se lleve a cabo dentro del curso del empleo: cumpliendo sus funciones laborales habituales y dentro del ámbito laboral.

Quizá, hasta hace poco tiempo, era sencillo (salvo casos excepcionales) determinar cuándo una obra había sido creada por un dependiente dentro del curso del empleo y cuándo no. Respondiendo las siguientes preguntas, se encontraría la solución: ¿la creación la realizó en el lugar del trabajo? ¿Fue llevada a cabo dentro de su jornada laboral? ¿El autor asalariado la hizo desempeñando sus funciones laborales habituales?

Sin embargo, no puede desconocerse el fuerte impacto que tuvo la pandemia generada por la COVID-19, produciendo cambios a nivel global en las modalidades de contratación. Muchos dependientes ya no trabajan en forma presencial en el domicilio de la empresa, sino que lo hacen (al menos parcialmente) en forma remota. Asimismo, muchos de los dependientes que trabajan en forma remota tampoco cumplen una determinada jornada laboral. Por lo tanto, en la situación actual, no resultará fácil determinar cuándo una obra creada por un dependiente ha sido dentro del curso del empleo y cuándo no.

Palabras clave: autor asalariado, curso del empleo, titularidad, derechos de autor.

Works Created within the Course of Employment in the Current Modality

Abstract

Many legislations grant the employer ownership (some even authorship), unless otherwise agreed, over the works created by their dependents, hired exclusively for such purposes, within the course of employment. That is, for the ownership (or authorship, according to the legislation) to belong to the employer, the absence of an agreement to the contrary is necessary, that the employee has been hired exclusively to carry out said creation, and that it be carried out within the course of the employment: fulfilling their usual work functions and within the workplace. Perhaps, until recently, it was easy (except for exceptional cases) to determine when a work had been created by a clerk within the course of employment and when not. By answering the following questions, the solution would be found: Was the creation done in the workplace? Was the creation done within your working day? In addition to performing it within the workplace and during his working hours, did the salaried author perform it while performing his usual job functions?

However, the strong impact that the pandemic generated by COVID-19 had, producing changes at a global level in contracting modalities cannot be ignored. Many dependents no longer work in person at the company's home, but do so (at least partially) remotely. Neither do many of the dependents who work remotely fulfill a certain working day. Therefore, in the current situation, it will not be easy to determine when a work created by a dependent has been within the course of employment and when not.

Key words: salaried author, course of employment, property, copyright.

Obras criadas no decorrer do emprego na modalidade atual

Resumo

Muitas leis concedem ao empregador a propriedade (algumas até a autoria), salvo acordo em contrário, sobre as obras criadas por seus dependentes, contratados exclusivamente para tais fins, no decorrer do emprego. Ou seja, para que a titularidade (ou autoria, conforme a legislação) pertença ao empregador, é necessária a ausência de convenção em contrário, que o empregado tenha sido contratado exclusivamente para realizar a referida criação, e que ela seja realizada fora no decurso do emprego: cumprindo as suas funções habituais de trabalho e no local de trabalho.

Talvez, até recentemente, fosse fácil (exceto em casos excepcionais) determinar quando uma obra foi criada por um escriturário durante o período de emprego e quando não. Ao responder às seguintes perguntas, a solução seria encontrada: A

criação foi feita no local de trabalho? A criação foi feita dentro do seu dia de trabalho? Além de realizá-lo no local de trabalho e durante seu horário de trabalho, o autor assalariado o realizava no desempenho de suas funções habituais de trabalho? No entanto, não se pode ignorar o forte impacto da pandemia gerada pela COVID-19, produzindo mudanças em nível global nas modalidades de contratação. Muitos dependentes não trabalham mais pessoalmente na residência da empresa, mas trabalham (pelo menos parcialmente) à distância. Nem, muitos dos dependentes que trabalham remotamente, cumprem determinada jornada de trabalho. Portanto, na situação atual, não será fácil determinar quando um emprego criado por um escriturário estava dentro do curso de trabalho e quando não estava.

Palavras-chave: autor assalariado, curso de emprego, propriedade, direitos autorais.

1. Introducción

Las obras creadas dentro del curso del empleo son habituales en diversos ámbitos, generándose muchas veces incertidumbre respecto a si la titularidad la conservará el autor asalariado creador de la obra o si, en cambio, le pertenecerá al empleador que contrató exclusivamente a un trabajador para realizar dichas tareas (creación de determinadas obras).

Debe recordarse que estas obras no nacen espontáneamente por la propia inspiración del autor y sin ningún tipo de impulso externo, sino que, por el contrario, es el empleador quien, directa o indirectamente, realiza el encargo de este tipo de obras, habiendo contratado bajo relación laboral a uno o varios autores para que se desempeñen habitualmente en su creación, abonando una remuneración en forma periódica por ello y asumiendo los riesgos de la inversión (independientemente del resultado de la creación, debe abonarle la remuneración al autor asalariado), por lo que no sería lógico que tuvieran el mismo tratamiento con respecto a las obras que el autor crea espontáneamente por su propia inspiración y sin ningún tipo de impulso externo.

No deben confundirse las obras creadas dentro del curso del empleo con aquellas creadas por encargo en forma ajena a la relación laboral, ya que deberían adoptarse soluciones distintas según el caso, toda vez que, por lo general, en las obras creadas dentro del curso del empleo el empleador, además de abonar una remuneración a los autores asalariados, también les otorga directivas, materiales, recursos,

etc. para crearlas. Además, en las obras creadas dentro de la relación de trabajo, el empleador deberá abonarle la remuneración en forma periódica al trabajador independientemente si este ha realizado la tarea o no,¹ por lo que no resultaría razonable aplicar idéntico tratamiento a ambos tipos de obras.

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

Por último, en las obras creadas dentro del curso del empleo serán aplicables las normas del derecho laboral (bajo las condiciones y limitaciones establecidas por el Régimen de la Propiedad Intelectual),² a diferencia de las restantes obras por encargo, sobre las que deberán aplicarse las normas del derecho civil o comercial. Por todo ello es que ambos tipos de obras merecen distinto tratamiento, ya que aquellas creadas por encargo en forma ajena a la relación de dependencia no gozarán, por ejemplo, de los principios protectorios del derecho laboral, sobre los cuales se profundizará más adelante.

El análisis del presente artículo recaerá sobre las obras creadas dentro del curso del empleo, que, como se ha visto, no merece idéntico tratamiento respecto a las obras creadas por encargo en forma ajena a la relación de trabajo. Deberá determinarse, en este tipo de obras, a quién le corresponde su titularidad.

Muchas legislaciones han dictado normativas expresas al respec-

1 En todo caso, ante el incumplimiento de las labores a su cargo por parte del autor asalariado, el empleador eventualmente podría aplicar las sanciones disciplinarias correspondientes.

2 Artículo 12 de la Ley 11723: “La propiedad intelectual se regirá por las disposiciones del derecho común, bajo las condiciones y limitaciones de la presente Ley”.

to, aunque, lógicamente, no existe una postura uniforme. La gran minoría de las legislaciones considera al empleador no solo titular, sino incluso autor de las obras creadas en el curso del empleo (como sucede, por ejemplo, en Japón³ y en Países Bajos⁴). La postura mayoritaria considera al empleador como titular de los derechos patrimoniales sobre las obras creadas en virtud de una relación laboral (así ocurre, por ejemplo, en Colombia,⁵ España⁶ y Perú⁷). Algunas legislaciones consideran que el autor asalariado conserva incluso la

3 Artículo 15 de la Ley de Derecho de Autor de Japón: “1) Para una obra (excepto una obra de programación informática) que un empleado de una corporación u otros empleadores (de aquí en adelante en este artículo, tal corporación u otros empleadores se denominan “corporación, etc.”) hace en el desempeño de sus funciones por iniciativa de la corporación, y que la corporación hace pública como obra de su propia autoría, el autor es la corporación, siempre que no se estipule lo contrario en un contrato, en las normas de empleo o en otro lugar en el momento en que se realiza la obra [...]”.

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

5 El artículo 20 de la Ley 23 de 1982 de Colombia, modificado por el artículo 28 de la Ley 1450 de 2011, dispone: “En las obras creadas para una persona natural o jurídica en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo, el autor es el titular originario de los derechos patrimoniales y morales; pero se presume, salvo pacto en contrario, que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido transferidos al encargante o al empleador, según sea el caso, en la medida necesaria para el ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación de la obra. Para que opere esta presunción se requiere que el contrato conste por escrito [...]”.

6 Artículo 51 de la Ley de Propiedad Intelectual (aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/1996) de España: “1. La transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se registrará por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito.- 2. A falta de pacto escrito, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral [...]”.

7 El Decreto Legislativo 822 de Perú refiere a la titularidad de las obras creadas en relación de dependencia en su artículo 16, y en el segundo párrafo

titularidad sobre los derechos económicos de las obras creadas en el curso del empleo (por ejemplo, en Ecuador⁸ y Portugal⁹). Otras legislaciones otorgan derechos patrimoniales tanto al empleador como al autor asalariado (varios países conceden derechos al empleador por un determinado plazo y, a su vencimiento, estos se transmiten al autor asalariado, como ocurre por ejemplo en Lituania¹⁰ y en Eslovenia;¹¹ en el caso de México¹² directamente se otorgan derechos

dispone que: “A falta de estipulación contractual expresa, se presume que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido cedidos al patrono o comitente en forma no exclusiva y en la medida necesaria para sus actividades habituales en la época de la creación [...]”.

- 8 El artículo 115 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación de Ecuador dispone: “Obras bajo relación de dependencia y por encargo.- Salvo pacto en contrario o disposición especial contenida en el presente Título, la titularidad de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral o por encargo corresponderá al autor [...]”.
- 9 Artículo 14 del Código de Derechos de Autor y Derechos Conexos de Portugal: “[...] la propiedad de los derechos de autor en el trabajo realizado por encargo o en nombre de otros, ya sea en cumplimiento de un deber funcional o un contrato de trabajo, se determina de acuerdo con lo que ha sido acordado. 2 - En ausencia de una convención, se supone que la propiedad de los derechos de autor en el trabajo realizado para otros pertenece a su creador intelectual [...]”.
- 10 Artículo 9, inciso 2 de la Ley VIII-1185 de Derecho de Autor y Derechos Conexos de Lituania: “Los derechos de propiedad sobre una obra creada por un empleado en el desempeño de deberes oficiales o funciones laborales, a excepción de los programas de computación, serán transferidos al empleador durante 5 años, a menos que se disponga lo contrario en el contrato”.
- 11 Artículo 101 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de Eslovenia: “(1) Cuando una obra es creada por un empleado en cumplimiento de sus obligaciones o de acuerdo con las instrucciones del empleador (obra protegida por derechos de autor de una relación laboral), los derechos de autor sobre esta obra se considerarán transferidos exclusivamente al empleador durante diez años, a menos que se especifique lo contrario en el contrato.- (2) Transcurrido el plazo a que se refiere el párrafo anterior, los derechos a que se refiere el párrafo anterior corresponderán al trabajador [...]”.
- 12 Artículo 84 de la Ley Federal del Derecho de Autor de México: “Cuando se trate de una obra realizada como consecuencia de una relación laboral establecida a través de un contrato individual de trabajo que conste por escrito, a falta de pacto en contrario, se presumirá que los derechos patrimoniales se dividen por partes iguales entre empleador y empleado [...]”.

patrimoniales por partes iguales a empleador y autor empleado). Por su parte, en Argentina, si bien no se cuenta con una normativa que abarque en forma integral este tipo de obras, se considera al empleador como titular de los derechos de autor sobre los programas de computación creados por sus dependientes.

Lo cierto es que la gran mayoría de los países aplican la normativa con un requisito esencial: ausencia de pacto en contrario. Por lo tanto, para definir la titularidad de los derechos patrimoniales sobre las obras creadas en el curso del empleo, debe estarse a lo pactado entre las partes, y ante ausencia de estipulación, se deberá recurrir a la normativa específica.

Si bien lo recomendable sería la firma de un contrato entre las partes que contemple, en forma expresa y suficientemente clara, las distintas cuestiones que pudieran suscitarse en relación con las obras creadas dentro del curso del empleo, es sabido que en la práctica muchas veces no existen tales estipulaciones, por lo que deberá recurrirse a lo dispuesto por la normativa específica a los fines de determinar quién será considerado titular de los derechos económicos de dichas creaciones.

Debe recordarse que el carácter tuitivo del derecho de autor impone una interpretación restrictiva de las disposiciones legales o contractuales que implican la transmisión de derechos de los creadores, tal como señala Lypsys (2017) y como surge de la lectura armónica del Régimen Legal de la Propiedad Intelectual.¹³ Dicho carácter

13 Artículo 2 de la Ley 11723: “El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla, y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma”.

Artículo 38: “El titular conserva su derecho de propiedad intelectual, salvo que lo renunciare por el contrato de edición.- Puede traducir, transformar, refundir, etcétera, su obra y defenderla contra los defraudadores de su propiedad, aun contra el mismo editor”.

Artículo 47: “La aceptación de una obra no da derecho al aceptante a su reproducción o representación por otra empresa, o en otra forma que la estipulada, no pudiendo hacer copias fuera de las indispensables, ni venderlas, ni tocarlas sin permiso del autor”.

Artículo 54: “La enajenación o cesión de una obra pictórica, escultórica,

tuitivo es mayor aún en las obras realizadas dentro del curso del empleo, ya que el autor es un trabajador al que, por tal motivo, se le aplican los principios protectorios del derecho del trabajo, entre los que se destacan el principio de la norma más favorable,¹⁴ interpretación más favorable,¹⁵ condición de trabajo más beneficiosa¹⁶ e irrenunciabilidad de los derechos.¹⁷

Tampoco pueden perder de vista los legisladores al momento de legislar y los jueces al momento de dictar sentencia los principios tuitivos del derecho del trabajo y del derecho de autor, a los fines de brindar protección al principal jugador: el autor, ya que en este tipo de obras es necesario actuar con suma cautela para que no se configure lo que se ha dado en llamar “un derecho de autor sin autor”, como lo expresan Villalba y Lipszyc (2009, p. 107), ya que se comienza a elaborar la norma pensando en la debilidad y el desamparo

fotográfica o de artes análogas, salvo pacto en contrario, no lleva implícito el derecho de reproducción que permanece reservado al autor o sus derechohabientes”.

Artículo 55: “La enajenación de planos, croquis y trabajos semejantes, no da derecho al adquirente sino para la ejecución de la obra tenida en vista, no pudiendo enajenarlos, reproducirlos o servirse de ellos para otras obras.- Estos derechos quedan reservados a su autor, salvo pacto en contrario”.

- 14 Artículo 9, primer párrafo de la Ley 20744: “En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjuntos de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo”.
- 15 Artículo 9, segundo párrafo de la Ley 20744: “Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador”.
- 16 Artículo 8 de la Ley 20744: “Las convenciones colectivas de trabajo o laudos con fuerza de tales, que contengan normas más favorables a los trabajadores, serán válidas y de aplicación. Las que reúnan los requisitos formales exigidos por la ley y que hubieran sido debidamente individualizadas, no estarán sujetas a prueba en juicio”.
- 17 Artículo 12 de la Ley 20744: “Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción”.

del autor individual para luego transferir sus derechos a la empresa que lo contrata.

En concordancia con los mencionados principios, muchas de las legislaciones que consideran al empleador como titular de los derechos patrimoniales sobre la obra creada en el curso del empleo expresamente limitan el alcance para la modalidad para la que ha sido creada o para la actividad habitual de la empresa al momento de la creación de la obra.¹⁸

En Argentina no existe una norma que regule en forma expresa e integral la titularidad de los derechos patrimoniales sobre las obras creadas dentro del curso del empleo. El artículo 4 de la Ley 11723 (Régimen Legal de la Propiedad Intelectual) se refiere a los titulares del derecho de propiedad intelectual y los enumera del siguiente modo:

- a) El autor de la obra; b) Sus herederos o derechohabientes; c) Los que con permiso del autor la traducen, refunden, adaptan, modifican o transportan sobre la nueva obra intelectual resultante; y d) Las personas físicas o jurídicas cuyos dependientes contratados para elaborar un programa de computación hubiesen producido un programa de computación en el desempeño de sus funciones laborales, salvo estipulación en contrario.¹⁹

Como puede observarse, la legislación argentina no se refiere expresamente a la titularidad de los derechos patrimoniales sobre este tipo de obras, salvo en el caso específico del *software*, por lo que deberá recurrirse a distintas normativas para evaluar el tratamiento que corresponderá aplicar sobre estas. Una posibilidad podría ser la de buscar soluciones dentro del derecho común (legislación laboral, civil y comercial) con base en la remisión dispuesta por el artículo 12 de la Ley 11723.

18 Así ocurre en Colombia (artículo 20 de la Ley 23 de 1982, modificado por artículo 28 de la Ley 1450 de 2011), El Salvador (artículo 10, inciso d) de la Ley de Propiedad Intelectual), España (artículo 51 de la Ley de Propiedad Intelectual), Honduras (artículo 19 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos), Marruecos (artículo 35 de la Ley 20-00), Panamá (artículo 8 de la Ley 64), Paraguay (artículo 14 de la Ley 1328), Perú (artículo 16 del Decreto Legislativo 822), etcétera.

19 El inciso d) fue incorporado el 11 de noviembre de 1998 por la Ley 2536.

Si se remite a la legislación laboral,²⁰ deberá tenerse en cuenta que los frutos del empleado le pertenecerán al empleador como contraprestación del pago de la remuneración. En este sentido, el Dr. Ricardo L. Lorenzetti, en su voto en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del año 2015,²¹ ha dicho:

[...] en el contrato laboral se trabaja por cuenta ajena, porque el beneficio que genera la actividad va al empresario y no al trabajador. Se sigue de ello la ajenidad de riesgos, que al contrario de la locación (art. 1630 del Cód. Civil), son asumidos por el patrono. El trabajador percibe una retribución, con independencia de que el empleador gane o pierda en su actividad [...].

Si en cambio se remite a la legislación civil y comercial, no deberá dejarse de lado que el artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación²² establece que las leyes análogas deben ser tenidas en cuenta para interpretar la ley. En este caso, el juez deberá definir primeramente si corresponde la aplicación por analogía del mencionado artículo 4, inciso d, de la Ley 11723 para la totalidad de las obras creadas dentro del curso del empleo, o, en su defecto, la aplicación de alguna otra norma, como podría ser el artículo 82 de la Ley 20744

20 Artículo 21 de la Ley 20744 (Ley de Contratos de Trabajo): “Habrá contrato de trabajo [...] siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración [...]”.

Artículo 22: “Habrá relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio en favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen”.

21 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Cairone, Mirta Griselda y otros c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires - Hospital Italiano s/despido*, 19/02/2015, 338:53, AR/JUR/142/2015.

22 Artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

(Ley de Contrato de Trabajo)²³ referente a invenciones del trabajador, o si, por el contrario, no corresponde la interpretación por analogía de una norma distinta a la legislación autoral. A esta última interpretación se adhiere Sáenz (2018), argumentando que no corresponde la analogía pues, sobre la base de los principios de derecho, toda renuncia es de interpretación restrictiva conforme lo dispuesto por el artículo 948 del Código Civil y Comercial de la Nación.²⁴

Para poder evaluar esto, deberá analizarse también el motivo por el cual el mencionado artículo se refiere a la creación de las obras realizadas en relación de dependencia solo sobre los programas de computación. Quizá la causa de la distinción entre los programas de computación y las restantes obras creadas dentro del curso del empleo sea que el mencionado inciso d) fue incorporado al artículo 4 del Régimen Legal de la Propiedad Intelectual por la Ley 25036, que solo hace modificaciones a la legislación autoral en relación con los programas de computación, en concordancia con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), que había sido aprobado por la Ley 24425. Quizá, en cambio, la causa de la distinción sea simplemente que la intención de los legisladores fue otorgar un tratamiento diferenciado a los programas de computación debido a las características particulares de este tipo de obras.

Quizá hubiera resultado esclarecedor que al momento de incorporar el inciso d) al artículo 4 de la Ley 11723, o incluso con posterioridad, se hubiese hecho extensivo lo allí dispuesto a las restantes obras

23 Artículo 82 de la Ley 20744: “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 igualmente de su propiedad las invenciones o descubrimientos, fórmulas, diseños, materiales y combinaciones que se obtengan habiendo sido el trabajador contratado con tal objeto”.

24 Artículo 948 del Código Civil y Comercial de la Nación: “La voluntad de renunciar no se presume y la interpretación de los actos que permiten inducirlos es restrictiva”.

creadas en el curso del empleo, o en todo caso se hubiese agregado otro inciso indicando expresamente a quién le correspondería la titularidad sobre ellas. Lo cierto es que ello, a la fecha, no ha ocurrido.

En un fallo del año 1963²⁵ se consideró al empleador como titular sobre los derechos patrimoniales de una obra (plan publicitario) creada en ocasión de trabajo. Para llegar a esa conclusión, los juzgadores realizaron una interpretación análoga de lo dispuesto por los artículos 16²⁶ y 28²⁷ de la Ley 11723. Debe recordarse que en esa fecha aún no se había incorporado el inciso d) al artículo 4 de la mencionada ley autoral.

En cambio, en un fallo del año 2015,²⁸ es decir, encontrándose ya incorporado el inciso d) al artículo 4 de la Ley 11723, se consideró al empleador titular sobre los derechos económicos de una obra audiovisual (documental de guerra) creada dentro del curso del empleo, pero para llegar a esa conclusión no se realizó una interpretación análoga de distintos artículos de la misma ley, sino a través de la remisión dispuesta por el artículo 12 de la citada ley autoral al derecho laboral.

Es decir, en estos dos fallos se utilizaron distintos caminos y se llegó a la misma conclusión: la titularidad a favor del empleador en los casos en que la obra haya sido creada dentro del curso del empleo.

Ahora bien, si se lo considera al empleador como titular de los

25 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, *Szabó, Ladislao c/ Remington Rand Sudamericana S.A.*, 22/07/1963, 35022776.

26 Artículo 16 de la Ley 11723: “Salvo convenios especiales los colaboradores de una obra disfrutan derechos iguales; los colaboradores anónimos de una compilación colectiva, no conservan derecho de propiedad sobre su contribución de encargo y tendrán por representante legal al editor”.

27 Artículo 28 de la Ley 11723: “Los artículos no firmados, colaboraciones anónimas, reportajes, dibujos, grabados o informaciones en general que tengan un carácter original y propio, publicados por un diario, revista u otras publicaciones periódicas por haber sido adquiridos u obtenidos por éste o por una agencia de informaciones con carácter de exclusividad, serán considerados como de propiedad del diario, revista, u otras publicaciones periódicas, o de la agencia. [...]”.

28 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M, *Ries Centeno, Carlos Fernando c/Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.*, 30/04/2015, AR/JUR/24311/2015.

derechos patrimoniales sobre las obras creadas dentro del curso del empleo, debe determinarse qué se considera “curso del empleo”, cuestión que se analizará a lo largo del presente artículo.

Quizá, hasta hace poco tiempo, era sencillo (salvo casos excepcionales) determinar cuándo una obra había sido creada por un dependiente dentro del curso del empleo y cuándo no. Respondiendo las siguientes preguntas, se encontraría la solución: ¿La creación la realizó en el lugar del trabajo? ¿Fue realizada dentro de su jornada laboral? ¿El autor asalariado la hizo desempeñando sus funciones laborales habituales?

Sin embargo, no puede desconocerse el fuerte impacto que tuvo la pandemia generada por la COVID-19, produciendo cambios a nivel global en las modalidades de contratación. Muchos dependientes ya no trabajan en forma presencial en el domicilio de la empresa, sino que lo hacen (al menos parcialmente) en forma remota. Asimismo, muchos de los dependientes que trabajan en forma remota tampoco cumplen una determinada jornada laboral, sino que trabajan con base en el cumplimiento de ciertos objetivos fijados por el empleador.

Asimismo, muchas empresas debieron modificar su actividad habitual para adaptarse a la nueva modalidad y, con ello, modificar las tareas habituales de sus dependientes. Por lo tanto, en la situación actual, no resultará fácil (en muchos casos) determinar cuándo una obra creada por un dependiente ha sido realizada dentro del curso del empleo y cuándo no.

2. ¿Cuándo la creación se realiza dentro del “curso del empleo”?

La gran mayoría de las legislaciones que consideran al empleador como titular de los derechos económicos sobre las obras creadas bajo relación de dependencia establecen expresamente que estas deben realizarse dentro del curso del empleo.

En Argentina se ha visto que si bien no hay una regulación expresa que abarque en forma integral este tipo de obras, el artículo 4, inciso d) de la Ley 11723, refiriéndose al caso específico del *software*, considera al empleador como titular sobre los derechos patrimoniales de las obras creadas por sus dependientes dentro del desempeño de sus funciones laborales. El mencionado artículo ex-

presamente exige que la creación se realice “en el desempeño de sus funciones laborales”.

En un fallo del año 2008,²⁹ la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario hizo lugar al reclamo iniciado por el autor de un programa informático por los daños generados por la utilización no autorizada de este por parte de sus exempleadores. Para así decidir, se tuvo en cuenta que si bien el programa de computación había sido creado en la época en la cual el actor prestaba tareas bajo relación de dependencia de la demandada y que el artículo 4, inciso d) de la Ley 11723 le otorga la titularidad al empleador sobre los derechos de las obras de *software* creadas por sus dependientes que hayan sido contratados para tal fin, la demandada no acreditó que el actor haya sido contratado para realizar programas de computación ni que lo haya hecho dentro del ámbito laboral, por lo que este conservaba la titularidad de los derechos sobre dicho programa. Vale decir que no se habría cumplido con el requisito impuesto por el mencionado inciso al referirse que la creación debe realizarse “en el desempeño de sus funciones laborales”. Dicho de otra forma, se consideró que si para crear una obra el trabajador realizaba tareas para las cuales no había sido contratado ni formaban parte de sus tareas habituales (es decir, no estaba obligado a realizarlas), estas no podrían ser tenidas como realizadas dentro del curso del empleo.

En otros fallos,³⁰ como se ha visto, se consideró titular al empleador sobre los derechos de la obra creada en relación de dependencia, realizada en ocasión de trabajo y dentro de las funciones laborales del autor asalariado, aunque no se trataba de programas informáticos, sino de un plan publicitario y de una obra audiovisual sobre un documental de guerra. Es evidente la importancia de demostrar que la creación artística se realizó dentro del curso del empleo.

En el mismo sentido, Emery (1984), con mucha anterioridad a la incorporación del inciso d) al artículo 4 de la Ley 11723, al referirse sobre la titularidad de las obras publicitarias realizadas por encargo en relación de dependencia, a pesar de que no se encuentre

29 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Rosario, Sala III, *Barrea, Osvaldo Rubén c/Bco. de Santa Fe S.A. y otro*, 03/06/2008, AR/JUR/7782/2008.

30 Ver citas 25 y 28.

regulado expresamente en la ley, entendía que la titularidad sobre estas le correspondería al empleador siempre que hubieran sido realizadas dentro del marco laboral, conforme descripción de sus tareas, dentro de la jornada laboral y con elementos proporcionados por el empleador con base en la interpretación análoga del ya mencionado artículo 16 de la Ley 11723 y de lo dispuesto en la Ley de Contrato de Trabajo sobre las invenciones del trabajador. Posteriormente, ya incorporado el inciso d) al artículo 4, Emery (1999, p. 89) ratificó su postura considerando que el empleador es quien dirige, produce e invierte en el trabajo y resulta razonable otorgarle la titularidad.

Con respecto a las tareas habituales del autor asalariado, debe tenerse en cuenta que el empleador está facultado para modificarlas, siempre y cuando ello no importe un ejercicio abusivo de dicha facultad (*ius variandi*), tal como lo dispone el artículo 66 de la Ley 20744.³¹ Por lo tanto, puede ocurrir que formen parte de las tareas habituales del trabajador aquellas para las cuales no había sido específicamente contratado, aunque deberá analizarse cada caso en particular.

Se puede concluir que para que la obra se considere realizada dentro del curso del empleo no solo se requiere la relación de dependencia, sino también el cumplimiento de ciertos factores que permitan determinar que la creación ha sido realizada conforme al desempeño de las funciones laborales habituales, en el lugar de trabajo, dentro de la jornada laboral y con elementos proporcionados por el empleador. Sin embargo, como se verá luego, dadas las circunstancias particulares de cada relación laboral, es posible la ausencia de alguno de los mencionados factores sin que ello implique considerar que la obra ha sido creada fuera del curso del empleo. Habrá que analizar cada caso en particular, teniendo en cuenta las características propias de cada relación laboral.

Para considerar al empleador titular de los derechos patrimoniales sobre las obras creadas en relación de dependencia, legislaciones de

31 Artículo 66 de la Ley 20744: “El empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador [...]”.

otros países expresamente requieren que la creación se realice dentro del curso del empleo.³²

En Estados Unidos, el artículo 101 de la Copyright Law define a la obra por encargo en relación de dependencia como “una obra preparada por un trabajador dentro del ámbito de su empleo”. En el año 1989, el Tribunal Supremo de dicho país, en un caso³³ que si bien la controversia radicaba en resolver si una obra había sido creada por encargo por fuera de la relación laboral (contratista independiente) o bajo relación de dependencia, describió distintos factores determinantes para establecer si alguien debe ser considerado como contratista independiente o empleado, entre los cuales se consideraba tener en cuenta la ubicación del trabajo.³⁴

Con base en ello y en los principios tuitivos del derecho de autor (sumados a los principios protectorios del derecho del trabajo), debe interpretarse en forma restrictiva el alcance del “curso del empleo” para considerar titular al empleador de los derechos patrimoniales sobre las obras creadas en relación de dependencia. Siguiendo este lineamiento, y ante la ausencia de contrato celebrado entre las partes que realice indicación expresa al respecto, entonces podría decirse

32 Así ocurre en Antigua y Barbuda (artículo 22, inciso 6 de la Ley de Derechos de Autor), Barbados (artículo 22 (2) de la Ley sobre el Derecho de Autor), Canadá (artículo 13 (3) de la Ley de Derecho de Autor), Dominica (artículo 18 (3) de la Ley de Derecho de Autor), Granada (artículo 28 (5) de la Ley de Derecho de Autor), Irlanda (artículo 23 de la Ley de Derecho de Autor), Nueva Zelanda (artículo 21 (2) de la Ley de Derecho de Autor), Reino Unido (artículo 11, inciso 2 de la Ley de Derechos de Autor, Diseños y Ley de Patentes), y Trinidad y Tobago (artículo 26 (4) de la Ley 8 de 1997), entre otros.

33 Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Community For Creative Non-Violence v. Reid*, 05/06/1989.

34 Además, también se encuentran: determinar el derecho de la parte contratada a controlar la manera y los medios por los cuales se logra el producto; la habilidad requerida; la fuente de los instrumentos y herramientas; la duración de la relación entre las partes; si la parte contratante tiene derecho a asignar proyectos adicionales a la parte contratada; el alcance de la discreción de la parte contratada sobre cuándo y cuánto tiempo trabajar; la forma de pago; el papel de la parte contratada en la contratación y el pago de asistentes; si el trabajo es parte del negocio habitual de la parte contratante; si la parte contratante está en el negocio; la provisión de beneficios para empleados; y el tratamiento fiscal de la parte contratada.

que si la creación se realiza por fuera del ámbito laboral, lugar de trabajo o jornada laboral, no debería considerarse esta, en principio, ocurrida dentro del curso del empleo.

Dicho de otra forma, ante la ausencia de pacto en contrario, para que el empleador sea considerado titular de los derechos patrimoniales sobre la obra creada por su dependiente (solo en la medida necesaria para la modalidad que ha sido creada y que la explotación se realice de acuerdo con las actividades habituales del empleador en la época de creación de la obra, claro está), es necesario que lo haya contratado bajo relación de dependencia específicamente para realizar dichas tareas habituales (creación de obras) y, en principio (ya que, como se verá más adelante, deberá analizarse caso por caso y de acuerdo con las características propias de la relación laboral en particular), que la creación se realice dentro del desempeño de sus tareas habituales, jornada laboral y lugar de trabajo.

Sin embargo, como ya se mencionó y se verá a continuación, en la modalidad actual muchas veces no están definidas en forma clara ni la jornada laboral (por ejemplo, en el trabajo por cumplimiento de objetivos) ni el lugar de trabajo (el trabajo en forma remota es un claro ejemplo), por lo que cuidadosamente deberá analizarse su aplicación caso por caso y de acuerdo con las características especiales de cada relación laboral en particular.

3. El “curso del empleo” bajo la modalidad actual

Es público y notorio que, hasta hace no muchos años, los trabajadores (salvo casos excepcionales) realizaban sus labores habituales en forma presencial en un determinado domicilio y dentro de una estricta jornada laboral, según fuera dispuesto por su empleador. En estos casos, no había lugar a dudas de que todo aquello que los empleados realizaran fuera de dicha jornada laboral y del lugar de trabajo era considerado fuera del ámbito laboral. Muchas de las legislaciones que regulan expresamente sobre las obras creadas dentro del curso del empleo datan de esa época, en la cual –salvo casos excepcionales– resultaba sencillo poder determinar cuándo una creación había sido realizada dentro del curso del empleo y cuándo no.

Con el avance de la tecnología, de a poco fue aumentando la can-

tividad de trabajadores que realizaban labores, al menos parcialmente, en forma habitual fuera del domicilio de la empresa y/o sin cumplir con una jornada estricta de trabajo. Algunos trabajadores, por ejemplo, realizan parte de su trabajo en forma presencial en el domicilio de la empresa y parte en forma remota. Incluso, otros trabajadores ni siquiera deben atenerse a una jornada laboral en forma estricta, sino que deben cumplir con los objetivos señalados por su empleador sin importar en qué momento del día los realizan.

Durante el último tiempo, debido en parte al fuerte impacto que tuvo la pandemia generada por la COVID-19, la cantidad de trabajadores que cumplen sus labores en forma remota y sin cumplir una estricta jornada de trabajo ha crecido de forma exponencial.

Albrieu (2020, p. 8) informa, basándose en la Encuesta de Indicadores Laborales del año 2017, que en Argentina el 7,8% de los trabajadores realizaban tareas asociadas con el teletrabajo. Es decir, previo a la pandemia originada por la COVID-19, casi el 8% de los empleados de Argentina ya trabajaban (al menos parcialmente) en forma remota.

Con la aparición de la pandemia, la cantidad de trabajo en forma remota (al menos parcialmente) ha aumentado durante 2020 y, tal como lo señala Weller (2020, p. 12), en el contexto de esta crisis sanitaria varios países han tomado medidas legales o administrativas para fomentar el trabajo a distancia. Asimismo, según una encuesta realizada en septiembre de 2020 por Enterprise Technology Research (ETR), se estima que el porcentaje de trabajadores en todo el mundo que trabajarán permanentemente en forma remota se duplicaría durante 2021 (Núñez, 2020).

Estos cambios repentinos se han visto reflejados con la sanción del Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo (Ley 27555, en vigencia desde el 1 de abril de 2021),³⁵ en el cual se regulan, entre otras cuestiones, la realización de tareas fuera del establecimiento del empleador mediante la utilización de tecnologías de la información y comunicación.³⁶ No quedan dudas de que las modalidades de trabajo, en muchos casos, han cambiado (y seguirán haciéndolo en el futuro).

35 Resolución 54/2021 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

36 Artículo 102 bis de la Ley 20744, incorporado por la Ley 27555: “Habrá

Estas cuestiones hacen suponer que deberá analizarse cuidadosamente cada caso en particular teniendo en cuenta las características particulares de cada relación laboral para determinar con precisión qué tareas son realizadas dentro del “curso del empleo” y cuáles no. Claramente, no será una tarea sencilla.

Un claro ejemplo de ello es lo que está ocurriendo en el Reino Unido. A pesar de que la legislación británica³⁷ expresamente requiere que la creación se realice dentro del curso del empleo para considerar titular al empleador de los derechos sobre las obras creadas en relación de dependencia, en un reciente fallo del día 15 de febrero de 2021,³⁸ el Intellectual Property Enterprise Court (IPEC) de Londres consideró que había sido creada dentro del curso del empleo una obra (en este caso, un *software*) cuya mayor parte fue realizada fuera del horario del trabajo, fuera del domicilio de la empresa y con la computadora personal del trabajador.

El Tribunal británico consideró de cabal importancia establecer para qué tareas había sido contratado el empleado, restándole importancia al hecho de que parte de dichas tareas hubieran sido desarrolladas en el domicilio del trabajador y con su computadora personal. Es decir, se le dio mayor importancia a determinar cuáles eran las tareas del trabajador que a determinar dónde y cuándo se realizaron efectivamente.

contrato de teletrabajo cuando la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios, en los términos de los artículos 21 y 22 de esta ley, sea efectuada total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja, o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de tecnologías de la información y comunicación.- Los presupuestos legales mínimos del contrato de teletrabajo se establecerán por ley especial. Las regulaciones específicas para cada actividad se establecerán mediante la negociación colectiva respetando los principios de orden público establecidos en esta ley”.

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

38 Intellectual Property Enterprise Court, *Michael Penhallurick v. MD5 Limited*, 15/02/2021.

Si bien el fallo mencionado es reciente, trata de una relación laboral ocurrida con anterioridad a la pandemia generada por la COVID-19. No obstante, y a pesar de que deberá analizarse caso por caso, este posee varias consideraciones interesantes que pueden servir como punto de partida para entender a qué llamamos “curso del empleo” en la actualidad. Considera, entre otras cuestiones, que cuando está especificada en forma clara cuál es la tarea del trabajador, el lugar donde se realiza es indiferente a los fines de determinar si es llevada a cabo dentro o fuera del “curso del empleo”. Lo mismo ocurre con las herramientas utilizadas por el trabajador. Es decir, si la naturaleza del trabajo está fácilmente determinada, se hace hincapié en la tarea efectivamente realizada por el trabajador para determinar si esta ocurrió o no dentro del curso del empleo, independientemente del lugar de trabajo, horario y herramientas utilizadas.

En un fallo del año 2018 del mismo Tribunal, en el caso *Mei Fields Designs v. Saffron Cards and Gifts Limited*,³⁹ se indica que, a los fines de determinar si una obra ha sido creada o no en el curso del empleo, no debe basarse en una única prueba, sino en todas las circunstancias del caso, considerando principalmente los siguientes factores (aunque el Tribunal deja en claro que no se trata de una lista cerrada): los términos del contrato de trabajo, lugar de creación de la obra, si ha sido creada durante el horario normal de trabajo, quién proporcionó los materiales para su creación, nivel de dirección proporcionado al autor, si el autor puede negarse a crear las obras y si la obra es integral para el negocio. El fallo establece que, con base en evaluar dichos factores, deberá determinarse si la obra ha sido creada dentro del curso del empleo, teniendo en cuenta el propósito del artículo 11 de la ley británica ya citada, es decir, que los derechos de autor deben conferirse a la entidad para quien se creó la obra y que pagó por ella.

Analizando los fallos mencionados, Blum y Palmer (2021) entienden que “en el futuro, para considerar si la obra se realiza en el curso del empleo o no, es mejor observar los deberes del empleado para con el empleador, y no dónde, cuándo o sobre qué se realiza la

39 Intellectual Property Enterprise Court, *Mei Fields Designs v. Saffron Cards and Gifts Limited*, 06/06/2018.

obra” (último párrafo). En el mismo sentido, Arnold (2021) sostiene que las obras realizadas en el curso del empleo, dependiendo de las circunstancias, pueden llegar a comprender aquellas que se han realizado en el domicilio del trabajador o fuera del horario normal de trabajo.

Como se observa, las condiciones laborales, en muchos casos, han cambiado en este último tiempo, y parece difícil –y alejado de la realidad– sostener que las obras creadas dentro del “curso del empleo” se realicen exclusivamente dentro de la jornada laboral y dentro del domicilio de trabajo.

4. Posibles soluciones

Si se considera que el empleador será, salvo pacto en contrario, titular de los derechos patrimoniales sobre las obras creadas por sus dependientes dentro del curso del empleo, el hecho de que no sea fácil determinar si una obra se realiza o no en ocasión de trabajo trae aparejado la generación de incertidumbre respecto a la titularidad sobre los derechos económicos de dichas obras, generando inseguridad jurídica tanto para el autor asalariado como para el empleador.

En caso de controversia, deberá ser sometida a los tribunales correspondientes a los efectos de que el juez dicte la pertinente sentencia, determinando si la obra ha sido o no creada dentro del curso del empleo (y, por consiguiente, si la titularidad sobre los derechos económicos de esta le corresponderá o no al empleador), poniendo, de esa forma, fin al litigio. Sin embargo, si los juzgadores no cuentan con elementos convincentes, tendrán una labor muy difícil.

Se reitera, entonces, la importancia de la firma de un contrato entre las partes que contemple las distintas cuestiones que pudieran suscitarse en relación con las obras creadas dentro de una relación laboral, definiendo en forma expresa y suficientemente clara cuáles serían consideradas dentro del curso del empleo y cuáles no. Dicho contrato le otorgará seguridad jurídica tanto al autor empleado como al empleador.

Al trabajador asalariado le interesará acotar en forma clara el significado de “curso del empleo”, de modo que dentro de este quede comprendido solo un número pequeño de obras cuya creación en-

comendará expresamente el empleador y siendo la tarea habitual por parte del autor empleado, dejando en claro también que (independientemente de los principios tuitivos del derecho de autor y también del derecho laboral) todas las restantes obras no se considerarán dentro del curso del empleo. Por más que parezca innecesario realizar este tipo de aclaraciones (conforme los principios del derecho de autor, es claro que estas últimas obras deberán ser consideradas como de titularidad del autor asalariado por ser realizadas fuera del curso del empleo), es preferible una estipulación clara en tal sentido, ya que facilitaría la labor del juez⁴⁰ en un eventual litigio.

Al empleador, por su parte, le interesará asegurarse que las obras creadas bajo relación de dependencia sean consideradas como creadas dentro del “curso del empleo”, por más que el trabajador realice parte de dicha creación fuera del horario laboral, lugar de trabajo e incluso con elementos propios del autor asalariado. Por ello, quizá sea conveniente que el empleador cuente con un manual de funciones que determine las principales labores de cada empleado y, además, que suscriba un contrato laboral con cada autor asalariado en el cual se determine, de forma clara y precisa, cuáles son las principales tareas de cada trabajador y cuál es la actividad principal de la empresa al momento de la firma.

El empleador debería hacerse la siguiente pregunta: ¿ante un eventual reclamo judicial, de la simple lectura de los documentos mencionados (manual de funciones y contrato suscripto con el autor asalariado) surge en forma suficientemente clara que la tarea habitual del empleado es la de realizar a favor del empleador una determinada cantidad de obras de un determinado tipo, las cuales, a su vez, se relacionan directamente con las actividades habituales de la empresa al momento de su creación, y que dichas creaciones puedan ser consideradas, sin lugar a dudas, dentro del curso del empleo? Si la

40 Debe tenerse en cuenta que en Argentina, por ejemplo, no existe a la fecha un fuero específico sobre la materia. Por lo tanto, al no contar con jueces especializados en propiedad intelectual, y mucho menos en derecho de autor, existe la posibilidad de que el juzgador no se encuentre familiarizado con los nombrados principios tuitivos del derecho de autor. Por eso es recomendable contar con una estipulación que refuerce lo ya establecido por los citados principios protectorios.

respuesta es negativa o dubitativa (en virtud de los principios protectores del derecho del trabajo y del derecho de autor, en caso de duda se favorecerá al autor empleado), el empleador no se encontrará lo suficientemente protegido.

Por ese motivo, es necesaria no solo la suscripción de un contrato con cada autor asalariado que contemple las cuestiones mencionadas, sino que también es recomendable suscribir nuevos contratos ante cualquier modificación de las condiciones laborales (por ejemplo, cambio de tareas habituales de trabajador, cambio de la actividad habitual de la empresa, etc.), de modo tal que, ante cualquier controversia, exista un contrato lo suficientemente claro aplicable a la época de la creación de la obra.

Muchas veces no existen las mencionadas estipulaciones privadas entre las partes, por lo que se deberá estar a lo dispuesto por la legislación pertinente y a la interpretación realizada sobre esta por el juzgador. A tales fines, hay que interpretar la noma sin perder de vista los ya mencionados principios tuitivos del derecho de autor y del derecho del trabajo, pero también deberá adaptarse a la época en la que se aplica (teniendo en cuenta la fecha de creación de la obra).

Una rigurosa interpretación sobre una norma que implique considerar como obras creadas dentro del curso del empleo únicamente a las que se realicen en el domicilio de la empresa y dentro de la jornada habitual de trabajo seguramente no será una interpretación acorde a la época actual, en la que, como se ha visto, muchos empleados trabajan (al menos parcialmente) en forma remota y muchos otros no cumplen una estricta jornada laboral. Por ello, deberá realizarse una interpretación de la norma analizando cuidadosamente caso por caso y de acuerdo con las condiciones particulares de cada relación laboral.

Como bien señala Herrera (2011), existe doctrina comparada que brinda criterios auxiliares para determinar si un autor asalariado creó la obra dentro del curso del empleo, tales como determinar si la obra ha sido creada dentro del domicilio de la empresa, con los medios proporcionados por el empleador y dentro del horario laboral. Al respecto, el citado autor menciona que el primer criterio auxiliar nombrado se encontraba prácticamente llamado a desaparecer debido al avance de la tecnología, que permite realizar gran cantidad de trabajos sin tener que encontrarse físicamente en el domicilio de la

empresa (y debe tenerse en cuenta que la cantidad de trabajadores que lo hacen en forma remota se ha acrecentado más aún en los últimos años, como fue indicado anteriormente).

También podrán servir de ayuda los factores mencionados en el caso *Mei Fields Designs v. Saffron Cards and Gifts Limited* y hacer hincapié en los deberes del empleado para con el empleador, y no en dónde o cuándo se realiza la obra.

Entonces, a los fines de determinar si una obra ha sido creada o no dentro del curso del empleo, deberán analizarse diversos factores, teniendo en cuenta también las circunstancias propias de la relación laboral acorde a las tareas habitualmente efectuadas por el trabajador, pero sin perder jamás de vista los principios protectorios del derecho de autor. Por ejemplo, si las tareas efectuadas por el trabajador no pueden realizarse en forma remota y la obra no ha sido creada en el domicilio del trabajo, no debería ser considerada dentro del curso del empleo; pero, en cambio, si el trabajo puede realizarse en forma remota, no será determinante el hecho de que la obra haya sido creada fuera del domicilio de la empresa. Igual sucede con la jornada laboral: en los casos en que las tareas deban cumplirse, por algún motivo, dentro de una estricta jornada laboral, las obras creadas fuera de ese horario seguramente no serán consideradas dentro del curso del empleo; en cambio, si la jornada laboral es flexible, no será determinante el hecho de que se realicen fuera de esta.

En síntesis, a los fines de considerar si una obra ha sido creada dentro del curso del empleo, primeramente deberá considerarse lo dispuesto por las partes, en caso de existir estipulación al respecto. Asimismo, deberán evaluarse las características particulares de la relación laboral (si es posible el trabajo remoto, si es factible el trabajo fuera de una estricta jornada laboral, etcétera) y analizar diversos factores, tales como: el lugar de creación de la obra, si esta ha sido creada durante la jornada habitual de trabajo, si el trabajador creó la obra realizando sus tareas habituales de trabajo, si había sido contratado por el empleador para realizar dichas tareas, cuál era la actividad normal de la empresa al momento de la creación de la obra, etcétera, sin perder de vista los principios tuitivos del derecho del trabajo y del derecho de autor, como también el principio de la independencia de derechos y de la interpretación restrictiva de las disposiciones le-

gales o contractuales que implican la transmisión de derechos de los creadores, a los fines de brindar debida protección al autor para que no se configure, como lo expresaron los ya citados Villalba y Lipszyc (2009), “un derecho de autor sin autor” (p. 107).

5. Conclusiones

Como se ha visto, para poder definir –ya sea de acuerdo con la estipulación celebrada entre las partes o mediante la aplicación de la legislación correspondiente– si le corresponderá al empleador la titularidad sobre los derechos patrimoniales de una obra creada por un dependiente dentro del desempeño de sus labores habituales, primero deberá evaluarse si efectivamente dicha obra ha sido creada dentro del “curso del empleo”, ya que si esta ha sido creada fuera del curso del empleo, no estaría en discusión que su titularidad le pertenecerá a su autor.

Luego de ello, deberán analizarse otras cuestiones relacionadas que podrían suscitarse en torno a este tipo de obras, tales como: alcance de la titularidad, ejercicio de ciertos derechos morales, utilización de la obra en distinta modalidad para la que ha sido creada, compensación adicional a favor del autor, etcétera. Pero para poder analizar todas estas cuestiones, se reitera que primero deberá evaluarse si efectivamente dicha obra ha sido realizada o no dentro del curso del empleo. Surge entonces la cabal importancia que tiene definir cuándo una obra se considerará realizada en ocasión de trabajo y cuándo no.

También se ha visto que las modalidades de contratación, en muchos casos, se han ido modificando a lo largo de los años, y con seguridad seguirán modificándose en un futuro no muy lejano. La pandemia generada por la COVID-19 ha acelerado aún más estos cambios.

Hasta no hace muchos años, el trabajo tipo consistía, salvo algunas excepciones, en realizar determinadas labores indicadas por el empleador (tareas habituales de trabajo) en un determinado domicilio (lugar de trabajo, que generalmente era el domicilio de la empresa) y dentro de un determinado horario de trabajo (jornada laboral), y para que la obra se considere creada dentro del curso del

empleo el trabajador debió haberla creado realizando sus labores habituales de trabajo, en el domicilio de trabajo y dentro de la jornada laboral. Si bien algunas relaciones laborales siguen funcionando de igual manera en la actualidad, lo cierto es que, durante los últimos años, con el avance de la tecnología se han producido significantes modificaciones, que se han acrecentado más a partir de la pandemia generada por la COVID-19, y con seguridad seguirán observándose los cambios durante los próximos años, tanto respecto a las tareas habituales como al lugar del trabajo y a la jornada laboral. Un claro ejemplo de ello, como se ha visto, es la reciente sanción del Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo, que, en ciertos casos, contempla la realización de tareas fuera del establecimiento del empleador.

Hoy en día, en muchas relaciones laborales, las tareas habituales del trabajador no perduran con el paso del tiempo (muchas empresas debieron y deben modificar su actividad habitual para adaptarse a la “nueva modalidad” y, con ello, hacer cambios en las tareas habituales de sus trabajadores), por lo cual pueden generarse dudas respecto a cuál será considerada la tarea habitual del trabajador. Deberá, claro está, considerarse si el dependiente ha sido contratado para realizar dichas tareas, pero también habrá que tener en cuenta si el empleador las ha modificado haciendo un uso razonable del *ius variandi*.

Con respecto al lugar de trabajo, en la actualidad muchas labores se realizan en forma remota (al menos parcialmente), por lo tanto, no es fácil definir cuál sería, en estos casos, el “lugar de trabajo”. Deberá, por lo tanto, analizarse en cada caso particular si las tareas realizadas por el trabajador permitían (y ocurrían, en la realidad) el trabajo a distancia o no en la época de la creación de la obra. En caso de que la respuesta sea afirmativa, será difícil determinar el lugar de trabajo, por lo que, en este supuesto, no debería descartarse que la obra podría crearse dentro del curso del empleo —aunque no se realice en el domicilio de la empresa— si el trabajador realizaba, al momento de la creación, trabajo (al menos parcialmente) en forma remota.

En relación con la jornada laboral, muchos trabajadores no cumplen una de manera estricta. Otros trabajadores, incluso, ni siquiera deben efectuar una determinada jornada laboral, sino que tienen que cumplir con los objetivos señalados por su empleador sin importar en qué momento del día realizan sus labores. Por lo tanto, en

estos supuestos también será muy difícil definir cuál sería la “jornada de trabajo”. Deberá entonces analizarse en cada caso particular si las tareas realizadas por el trabajador permitían (y ocurrían, en la realidad) el trabajo fuera de una estricta jornada laboral en la época de la creación de la obra. En caso de que la respuesta sea afirmativa, será dificultoso determinar el horario de trabajo, por lo que, en este supuesto, no debería descartarse que la obra podría crearse dentro del curso del empleo –aunque no se realice dentro de una determinada franja horaria– si el trabajador realizaba, al momento de la creación, trabajos fuera de una estricta jornada de trabajo.

En síntesis, actualmente, para referirse a las obras creadas dentro del curso del empleo no es indispensable, según las circunstancias particulares de cada relación laboral, que estas sean realizadas dentro de una determinada franja horaria y en un determinado lugar. Es posible la ausencia de alguno de los mencionados factores, sin que ello implique considerar que la obra ha sido creada fuera del curso del empleo. Deberán analizarse, más bien, todas las circunstancias de la relación laboral, considerando los distintos factores particulares de cada caso, teniendo una mirada realista a la época de creación de la obra y sin perder de vista, en ningún momento, los principios tuitivos del derecho del trabajo y del derecho de autor.

Bibliografía

- Albrieu, R. (2020). *Evaluando las oportunidades y los límites del teletrabajo en Argentina en tiempos de COVID-19*. CIPPEC. <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2020/04/Albrieu-abril-2020-Oportunidades-y-limites-del-teletrabajo-en-Argentina...-3.pdf>.
- Arnold, A. (2021). *Software created by employees – Who owns the copyright?* Steven & Bolton. <https://www.stevens-bolton.com/site/insights/articles/software-created-by-employees-who-owns-the-copyright>.
- Blum, J. y Palmer, J. (2021). *What happens if an employee writes code in his “personal time” – Penhallurick v MD5*. Kluwer Copyright Blog. <http://copyright-blog.kluweriplaw.com/2021/03/08/what-happens-if-an-employee-writes-code-in-his-personal-time-penhallurick-v-md5/>.
- Emery, M. (1984). *Los contratos de publicidad. Nociones. Cuestiones modernas*. La Ley. <https://www.informacionlegal.com.ar>.

- Emery, M. (1999). *Propiedad intelectual*. Astrea.
- Herrera, J. (2011). *La nueva regulación en Colombia sobre transferencia de derecho patrimoniales de autor*. Herrera Díaz Abogados. <http://herreradiaz.com/en/la-nueva-regulacion-en-colombia-sobre-transferencia-de-derecho-patrimoniales-de-autor-published-in-revista-del-centro-colombiano-de-derecho-de-autor/>.
- Lypszyc, D. (2017). *Derecho de autor y derechos conexos*. CERLALC.
- Núñez, A. (2020). *La cantidad de trabajadores remotos permanentes se multiplicará por dos en 2021*. TICbeat. <https://www.ticbeat.com/empresa-b2b/la-cantidad-de-trabajadores-remotos-permanentes-se-multiplicara-por-dos-en-2021/>.
- 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>.
- Villalba, C. y Lypszyc, D. (2009). *El derecho de autor en la Argentina* (2ª ed.). La Ley.
- Weller, J. (2020). *La pandemia del COVID-19 y su efecto en las tendencias de los mercados laborales*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

Legislación citada

- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Código de Derechos de Autor y Derechos Conexos de Portugal.
- Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación de Ecuador.
- Decreto Legislativo 822 de Perú.
- Ley 8 de 1997 de Trinidad y Tobago.
- Ley 20-00 de Marruecos.
- Ley 23 de 1982 de Colombia.
- Ley 64 de Panamá.
- Ley 1328 de Paraguay.
- Ley 11723.
- Ley 20744.
- Ley 27555.
- Ley de Derecho de Autor de Canadá.
- Ley de Derecho de Autor de Dominica.
- Ley de Derecho de Autor de Granada.
- Ley de Derecho de Autor de Irlanda.
- Ley de Derecho de Autor de Japón.
- Ley de Derecho de Autor de Nueva Zelanda.
- Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de Eslovenia.
- Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de Honduras.
- Ley de Derechos de Autor de Antigua y Barbuda.
- Ley de Derechos de Autor de Estados Unidos.
- Ley de Derechos de Autor de los Países Bajos.
- Ley de Derechos de Autor, Diseños y Ley de Patentes de Reino Unido.

Ley de Propiedad Intelectual (aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/1996) de España.

Ley de Propiedad Intelectual de El Salvador.

Ley Federal del Derecho de Autor de México.

Ley sobre el Derecho de Autor de Barbados.

Ley VIII-1185 de Lituania.

Jurisprudencia citada

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Rosario, Sala III, *Barrea, Osvaldo Rubén c/Bco. de Santa Fe S.A. y otro*, 03/06/2008, AR/JUR/7782/2008.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, *Szabó, Ladislao c/Remington Rand Sudamericana S.A.*, 22/07/1963, 35022776.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M, *Ries Centeno, Carlos Fernando c/Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.*, 30/04/2015, AR/JUR/24311/2015.

Corte Suprema de Justicia de la Nación; *Cairone, Mirta Griselda y otros c/Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires - Hospital Italiano s/despido*; 19/02/2015, 338:53, AR/JUR/142/2015.

Intellectual Property Enterprise Court, *Mei Fields Designs v. Saffron Cards and Gifts Limited*, 06/06/2018.

Intellectual Property Enterprise Court, *Michael Penhallurick v. MD5 Limited*, 15/02/2021.

Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Community For Creative Non-Violence v. Reid*, 05/06/1989.

