PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Escuela de Posgrado

La obra intelectual creada en el marco de una relación laboral: particularidades y regulación en el ordenamiento jurídico peruano

Tesis para obtener el grado académico de Maestro en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que presenta:

Luis Miguel Romero Palacios

Asesor:

César Efraín Abanto Revilla

Lima, 2025

INFORME DE SIMILITUD

Yo, César Abanto Revilla docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor de la tesis "La Obra intelectual creada en el marco de una relación laboral: Particularidades y regulación en el ordenamiento jurídico peruano", del autor Luis Miguel Romero Palacios, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 27% Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 26/05/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: Abanto, Revilla, César, Efraín DNI: 09866735 Firma ORCID: 0000-0002-3980-2460	

A mis hijos Luis Gabriel e Isabella,
por ser fuente de amor e
inspiración personal.

A mis padres Carlo Magno y América
por su constate apoyo.

Contenido

CAPÍTULO I 9

EL TRABAJO POR CUENTA AJENA 9

1.1. EL TRABAJO TUTELADO POR EL DERECHO DE TRABAJO 10

1.2. EL TRABAJO POR CUENTA AJENA COMO OBJETO DEL DERECHO DE TRABAJO 13

1.2.1. Significación y alcances de la ajenidad en la prestación de los servicios 13

1.2.1.1. Tesis de la ajenidad en los riesgos 14

1.2.1.2. Tesis de la ajenidad de los frutos 15

1.2.1.3. Tesis de la ajenidad en la utilidad patrimonial 19

1.2.1.4. Tesis de la ajenidad en el mercado 20

1.3. APLICACIÓN DE LA TESIS DE LA UTILIDAD PATRIMONIAL AL OBJETO DE INVESTIGACIÓN 21

CAPÍTULO II 25

PARTICULARIDADES DE LAS OBRAS INTELECTUALES CREADAS EN EL MARCO DE UNA RELACIÓN LABORAL 25

2.1. DERECHOS DE AUTOR Y RELACIÓN LABORAL 26

2.1.1. Propiedad intelectual y derecho de autor 26

2.1.2. Objeto del derecho de autor 29

2.1.3. Contenido del derecho de autor 30

2.1.4. Titulares del derecho de autor 32

2.2. EL DERECHO DE AUTOR EN LAS OBRAS CREADAS POR ENCARGO Y EN EL MARCO DE UNA RELACIÓN LABORAL 34

2.2.2. Obra creada bajo una relación laboral 40

2.2.2.1. Deuda de resultado por parte del trabajador-creador ... 43

2.2.2.2. Alteraciones de las características esenciales del contrato de trabajo en las obras creadas en el marco de una relación laboral 44

2.2.2.3. Transmisión de la titularidad de los derechos de autor en las obras creadas bajo una relación laboral 50

2.2.2.4. Principio de autonomía de voluntad como principio más representativo de las obras creadas en el marco de una relación laboral 52

2.2.2.5. Relativización del derecho a la titularidad de los frutos a favor del empleador 54

3.1. TITULARIDAD DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN LAS OBRAS CREADAS EN CUMPLIMIENTO DE UNA RELACIÓN LABORAL SEGÚN ARTÍCULO 16° DEL DECRETO LEGISLATIVO Nº 822: AUTONOMÍA INDIVIDUAL Y PRESUNCIÓN DE TITULARIDAD 57

3.2. LÍMITES A LA EXPLOTACIÓN DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 16° DEL DECRETO LEGISLATIVO Nº 822 63

3.2.1. Cesión de los derechos patrimoniales de forma no exclusiva 63

3.2.2. Cesión de los derechos patrimoniales en la medida necesaria para sus actividades habituales en la época de la creación 64

3.2.3. El empleador cuenta con la autorización para divulgar la obra y defender los derechos morales en cuanto sea necesario para la explotación de la misma 66

3.3. SOBRE UNA REFORMULACIÓN DE LA NORMATIVA DE DERECHO DE AUTOR EN CUANTO A LAS OBRAS CREADAS BAJO UNA RELACIÓN DE TRABAJO 68

3.3.1. Cesión de los derechos patrimoniales de forma exclusiva ... 69

3.3.2. Cesión de los derechos patrimoniales en la medida necesaria para sus actividades habituales en el momento de la entrega de la obra 69

3.4. SUPUESTOS PROPIOS DE LAS OBRAS CREADAS BAJO UNA RELACIÓN LABORAL NO CONTEMPLADOS EN LA NORMATIVA DE DERECHO DE AUTOR..... 70

3.4.1. Disposición por parte del trabajador-creador de los derechos patrimoniales que recaen sobre la obra en beneficio propio..... 70

3.4.2. Titularidad de los premios que pueda obtener la obra creada por el trabajador – creador 71

3.4.3. Proporcionalidad de la remuneración percibida por el trabajador-creador como contraprestación al resultado de creación de la obra 72

CONCLUSIONES 75

REFERENCIAS BIBLIOGRAFÍCAS..... 81

RESUMEN

Con la presenta tesis se realiza un estudio de la figura de las obras intelectuales creadas dentro de una relación laboral, sus peculiaridades y su regulación en el ordenamiento jurídico peruano.

Conllevó un especial interés la escasa producción doctrinaria nacional que se ha generado respecto al tema y el hecho de que se trate de una figura que origina varios problemas y que presenta para su estudio aspectos de gran interés, no solo para el derecho de autor sino para el derecho de trabajo que nos ocupa.

Una de las primeras particularidades es el hecho de que los presupuestos constitutivos de la relación laboral, como la subordinación y ajenidad de los frutos, han tenido que ser matizados, en tanto existe una fricción con los derechos de autor que recaen sobre la obra.

En segundo lugar, como preámbulo se puede señalar, que si bien existe una regulación de la figura desde el derecho de autor, dicha regulación debe ser reformulada desde una visión del derecho laboral, equilibrando deberes y derechos entre las partes de la relación laboral.

Finalmente, mediante la presente tesis de investigación se da respuesta a supuestos que pueden presentarse en el ámbito de este prototipo de relación laboral, que no se encuentra regulado en normativa alguna y que conlleva a un conflicto entre el derecho de autor y el derecho de trabajo.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad es muy frecuente que las relaciones labores presenten dos factores: (i) la existencia de una empresa cuya actividad se relaciona con la explotación de los derechos de propiedad intelectual generados a partir de determinadas creaciones humanas, y (ii) la existencia de un trabajador cuyos servicios contrata la empresa para desarrollar una actividad de creación intelectual.

En la realidad, el primer factor se manifiesta en el ejercicio de la actividad empresarial en los campos de comunicación, educación, cultura, entretenimiento, entre otros, donde la creación humana es vital para alcanzar los objetivos empresariales propuestos.

El segundo factor, en tanto, ha generado una nueva categoría de trabajadores: autor asalariado, denominado también creador intelectual, quien, junto con el empleador, debe regular su relación laboral tanto por la normatividad como por los principios y normas del derecho de autor .

La investigación objeto de nuestra tesis se justifica en la medida que esta clase de relación laboral se presenta hoy en día en un sinfín de actividades empresariales, en los que los derechos de autor colisionan con la apropiación de los frutos del trabajo por parte del empleador. A modo de ejemplo, se podría mencionar la relación laboral entre un fotógrafo y un diario, o entre un docente y una universidad.

Asimismo, ha suscitado un especial interés la escasa producción doctrinaria que se ha generado respecto a este tema de investigación y el hecho de que sea un tipo de relación laboral compleja que presenta aspectos de especial interés para su estudio.

En la actualidad, el artículo 16° del Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre derecho de autor, regula la titularidad de los derechos de autor sobre las obras creadas en cumplimiento de una relación laboral, privilegiando el acuerdo entre partes y precisando de manera general los límites a la explotación de la obra por parte del empleador.

Esta situación exige desarrollar el mencionado precepto normativo en torno a las características propias que puede presentar este prototipo de relaciones laborales, asimismo, la necesidad de plantear respuestas a determinadas situaciones que pueden presentarse en una relación laboral y que no están reguladas por la ley de derecho de autor.

En tal sentido, la presente tesis tiene como primer objetivo analizar el hecho de que los presupuestos constitutivos de la relación laboral, como la ajenidad de los frutos, han tenido que ser matizados.

El segundo objetivo específico consiste en desarrollar cada uno de los límites de la titularidad del derecho establecido en el artículo 16° del Decreto Legislativo N° 822 (exclusividad de los derechos patrimoniales, medida en que el empleador puede explotar la obra), teniendo en cuenta las características que puede presentar esta clase de relaciones, en que la actividad laboral realizada por el trabajador genera un producto que debe ser utilizado por el empleador para su subsistencia empresarial, el mismo que el derecho de autor protege.

Finalmente, resulta necesario dar respuesta a supuestos que pueden presentarse en el ámbito de este prototipo de relación laboral, que no se encuentra regulado en normativa alguna y que conlleva a una colisión entre el derecho de autor y el derecho de trabajo. Así, será sujeto de análisis la posibilidad que el trabajador disponga de la obra para su propio beneficio y los perjuicios que ello pueda tener para el empleador, la titularidad de los premios que pueda obtener la obra creada por el trabajador pero que utilizada por el empleador en su actividad empresarial y respecto al tema de si la remuneración otorgada al trabajador, propietario de los derechos de autor, es proporcional a todos los beneficios que puede lograr el empleador a causa de la explotación de la obra, entre otros.

CAPÍTULO I

EL TRABAJO POR CUENTA AJENA

El objeto de nuestra investigación parte de la premisa que el trabajo realizado en el marco de una relación laboral, y que se encuentra protegido por el derecho del trabajo, es aquel que se realiza por cuenta del empleador, entendido como la apropiación de los resultados que obtiene de la actividad laboral realizada por el trabajador.

Es la doctrina española la que se ha pronunciado respecto a la "ajenidad" del trabajo, no existiendo en la doctrina peruana referencia a la ajenidad como elemento característico del trabajo protegido por el derecho laboral. A diferencia de la legislación española, la legislación peruana no hace mención al trabajo por cuenta ajena como objeto de protección del derecho de trabajo.

El primer capítulo abarcará el estudio de las diversas acepciones que ha tomado el concepto ajenidad del trabajo dentro la doctrina española, mereciendo especial atención la tesis planteada por el maestro Alonso Olea respecto a la ajenidad de los frutos y la tesis de su predecesor Montoya Melgar, quien matiza aquellos cuestionamientos que sufre la teoría originaria, señalando que lo que se atribuye al empleador es la utilidad patrimonial del trabajo.

A partir de la teoría que la ajenidad en la relación laboral se refiere a la propiedad del producto a favor del empleador, se ha planteado una serie de cuestionamientos respecto a la apropiación del resultado del trabajo por parte del empleador, cuando se trata de obras creadas por un trabajador que el derecho de autor protege.

No es posible dar respuesta al sinfín de cuestionamientos sin antes realizar una breve descripción de los alcances de las teorías que han generado en que en la actualidad se venga analizando la fricción que se presenta entre el derecho de trabajo y de autor, en razón de la titularidad de los resultados del trabajo.

1.1. EL TRABAJO TUTELADO POR EL DERECHO DE TRABAJO

El derecho de trabajo establece a nivel normativo como objeto de regulación solamente una particular manifestación del trabajo humano (Palomeque & Álvarez de la Rosa, 1996). El objeto regulado no es cualquier tipo de trabajo, sino una forma particular del mismo. (De la Villa, García, & García-Perrote, 1983).

"El trabajo regulado por la disciplina del derecho de trabajo es aquel que se caracteriza por ser personal, voluntario, por cuenta ajena y dependiente" (De La Villa, 1972). Así, para el estudio del derecho de trabajo la doctrina española parte por delimitar el ámbito de la disciplina y fija su concepto de manera simultánea. Como primera definición se plantea que el "Derecho del Trabajo es el ordenamiento jurídico de las relaciones de trabajo personal, voluntario, dependiente y por cuenta ajena (y, en cuanto tal, retribuido)" (Montoya Melgar, 2008).

En la doctrina española se distingue el Contrato de Trabajo de otras figuras contractuales propias del Derecho Civil, y se utiliza la variable "ajenidad" como un elemento sustantivo de la relación laboral, la misma que en su concepción originara puede ser entendida como la negativa del trabajador a asumir los riesgos de la explotación del negocio.

Es decir, las actividades comprendidas en el derecho del trabajo serán aquellas realizadas de manera voluntaria por el propio interesado -persona natural-, sin la posibilidad de que sea sustituido, en las que se atribuye a un tercero los beneficios del trabajo y son realizadas en condiciones de dependencia y subordinación.

En razón de dichos presupuestos, se excluye del modelo de trabajo tutelado por el derecho de trabajo, al trabajo por cuenta propia, en donde el trabajador organiza su propio trabajo y "(...) la consecuencia de tal situación, caracterizada por la titularidad de la facultad de disposición sobre su servicio, es la de asumir el riesgo económico de la explotación: hace suyas las posibles ganancias, pero soporta también las posibles pérdidas" (Borrajo Dacruz, 1969). Es decir, los beneficios de los resultados productivos los obtiene inmediatamente el propio trabajador.

Los presupuestos que identifican el tipo de trabajo que es regulado por el derecho laboral no son ampliables y reducibles en cada derecho positivo, sino que su concreción se encuentra expresamente en sus leyes básicas (De La Villa, 1972).

En la legislación laboral peruana, la interpretación de los artículos 4°, 5° y 9° del Texto Único Ordenado (TUO) del Decreto Legislativo N° 728 - Ley de Productividad y Competividad Laboral, aprobada por Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante, la LPCL), permite definir las características de los sujetos de la relación laboral, además de identificar los elementos que configuran el trabajo objeto de protección por parte del ordenamiento jurídico.

Por su parte, en el ordenamiento español la concreción de los mencionados presupuestos se encuentra en el inciso 1 del artículo 1° del Estatuto de los Trabajadores[1], mediante el cual, a diferencia de lo ocurre en la legislación peruana, sí se señala que el trabajo objeto de protección es el realizado por cuenta ajena.

La legislación peruana, respecto a los presupuestos o elementos esenciales de la relación laboral, ha tomado una postura reduccionista, al fusionar en uno los elementos de dependencia y ajenidad, postura que se materializa en el artículo 9° de la LPCL[2] que refiere a la "subordinación" y las facultades del empleador. Estos elementos encuentran justificación en el hecho de que la prestación de servicios que realiza el trabajador es por cuenta ajena.

---

[1] Estatuto de los trabajadores. Artículo 1.- Ámbito de aplicación. 1. La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica, denominada empleador o empresario (ILO, 1994)

[2] Artículo 9°.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador. El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo (Congreso de la República del Perú, 1997).

Así, la equiparación de los conceptos de ajenidad y subordinación no es del todo acertada. Si bien el trabajo por cuenta ajena normalmente se presta en un régimen de subordinación, con una clara influencia de quien adquirirá los resultados del trabajo, la atribución de estos frutos no es el único factor que determina la subordinación o autonomía en la ejecución del trabajo. “También influyen sobre ello el carácter individual y colectivo del trabajo realizado, y las exigencias técnicas y deontológicas de ciertas profesiones” (Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo & García Murcia, 2013).

Pese a la equiparación antes señalada, la doctrina peruana ha destacado al elemento de la ajenidad como un presupuesto esencial, debido a que todo contrato de trabajo implica una prestación en un régimen de ajenidad (Neves Mujica, 2003), es decir, un trabajo prestado a favor de otra persona, que es el empleador.

En ese sentido, si bien el ordenamiento peruano al momento de delimitar el hecho social regulado por el derecho de trabajo no ha hecho referencia al trabajo realizado por cuenta ajena, no se puede negar que dicho presupuesto resulta imprescindible para establecer el ámbito en que se aplica la legislación laboral.

A manera de conclusión, resultante importante tener en cuenta la explicación del profesor Cavalié Cabrera (2021) respecto a los tres elementos esenciales usualmente considerados en el contrato de trabajo: prestación personal de los servicios, subordinación y remuneración. El autor explica que la ajenidad se ha distinguido del trabajo autónomo o por cuenta propia, el cual quedaba relegado de su objeto tuitivo.
Según Cavalié Cabrera (2021), ha sido poco difundido el hecho de que, por un lado, la ajenidad implicaba ser titular de los resultados que el trabajo productivo generaba, los cuales eran atribuibles al empleador; y, por otro lado, la ajenidad de los riesgos del negocio para el trabajador. En cambio, las normas sustantivas de la legislación española o colombiana sí destacan la circunstancia de la ajenidad con el fin de “delimitar el trabajo objeto de tutela jurídica". Quizás, infiere el autor, en el caso de Perú el debate solo ha girado en torno a la subordinación, sus contornos y su función configuradora de la relación laboral.

La importancia de entender que el trabajo regulado por el derecho laboral es el realizado por cuenta ajena radica en que permitirá analizar un tipo de relación laboral en la que se puede apreciar, de manera clara, la adquisición que hace el empleador de los resultados que derivan de la actividad laboral realizada por el trabajador, y que en la actualidad viene generado una serie de cuestionamientos por parte de los especialistas en derecho del trabajo, los mismos que se intenta resolver mediante la presente tesis de investigación.

1.2. EL TRABAJO POR CUENTA AJENA COMO OBJETO DEL DERECHO DE TRABAJO

1.2.1. Significación y alcances de la ajenidad en la prestación de los servicios

Se define la palabra ajeno como lo perteneciente a otra persona. En tanto, ajenidad, según el Diccionario de la Lengua Española, refiere, en el ámbito del derecho, a la "cualidad de las relaciones laborales por cuenta ajena, en contraposición a trabajo autónomo" (RAE, 2022).

El término "ajenidad" es una creación de la doctrina española que se originó a partir de la sustantivación del calificativo de la expresión "por cuenta ajena", el mismo que fue tomado por primera vez por la Ley de accidentes de trabajo de 1990 y mediante el cual se plantea la idea de que quien trabaja de algún modo para otro no lo hace por su cuenta, sino por la de ese otro o ajena (Dieguez, 1988). Como señala Mercader (2009), no es que se trabaje "para otro" o que se preste servicios bajo un régimen de alteridad, sino que se trabaja "por cuenta de otro".

Como ya hemos venido señalando, algunos autores dan un sentido ampliatorio a la ajenidad, incluyendo otros elementos como la remuneración y la dependencia, sobre la base de que el trabajo por cuenta ajena se justifica con el pago de una remuneración y que quien abona el salario prevé que el trabajo se efectúe bajo su dirección y supervisión (Córdova, 1997, p. 307). Asimismo, otros autores consideran que no es necesario hacer referencia al trabajo por cuenta ajena, ya que este estaría comprendido en la relación de subordinación o dependencia.

En la doctrina española se ha buscado explicar la significación y el alcance de la ajenidad en el marco de la prestación de servicios, a través de diversas tesis.
No buscamos realizar un análisis minucioso de cada una de ellas, las cuales han sido elaboradas e incluso criticadas constructivamente por los grandes maestros de la doctrina española. De lo que se trata es de resaltar los aportes de cada una de ellas para el derecho de trabajo y de ocuparnos en mayor medida de aquella que tiene más partidarios en la doctrina española, de la cual incluso se ha generado teorías derivadas y mantiene una tesis básicamente invulnerable a las críticas.

La presente investigación recurre a la teoría de la ajenidad de los frutos para analizar la apropiación del resultado del trabajo por parte del empleador, dentro de una relación laboral en que las obras creadas por un trabajador están protegidas por el derecho de autor.

1.2.1.1. Tesis de la ajenidad en los riesgos

La teoría de la ajenidad en los riesgos se fundamenta en el hecho de que es el propio empleador quien asume el riesgo de la empresa, siendo este el sujeto de imputación de las posibles pérdidas que se generen con la realización de la actividad. El trabajador únicamente presta su trabajo y recibe un sueldo por ello, "es extraño a la suerte del producto elaborado con su actividad" (De la Villa Gil, 1972, p. 11), y es el empleador quien corre con los riesgos que pudieran presentarse.
Como claramente señala el maestro Cruz Villalón (2009, p. 30), citando al precursor de la tesis, Bayón Chacón, hay tres características esenciales que se derivan de la ajenidad:

que el coste del trabajo va a cargo del empleador; b) que el fruto o resultado del trabajo se incorpora al patrimonio del empresario; c) que sobre el empresario recae el resultado económico, favorable o adverso, de la actividad productiva, sin que el trabajador sea afectado por el mismo, ni exista, pues, participación suya en el riesgo económico.

Cabe precisar que el hecho de que el trabajador reciba una remuneración que varía en función del resultado no significa que asuma parte de los riesgos empresariales. Puede

que el trabajador no gane nada, pero es determinante que no pierda, pues lo único que arriesga es el valor económico de su trabajo (Mercader, 2009, pp. 133-134).

Las críticas que ha recibido esta teoría radican en el hecho de que el trabajador también asume parte del riesgo, al estar sujeto a mecanismos que se presentan por la crisis empresarial, como la supresión de horas extras, reducción de la jornada, traslados o despidos. Sobre esta primera crítica, señala De La Villa (1972, p. 11) que "las incidencias económicas serán determinantes para que un trabajador deje de ser, en un supuesto concreto, trabajador por cuenta ajena, pero no suponen, de suyo, la sunción de riesgos por parte del trabajador".

Ojeda (2007, pp. 385-386) señala que con dicha concepción de ajenidad no se puede distinguir el contrato de trabajo de otros contratos en materia civil (arrendamiento de obra y servicio) y mercantil (comisión, transporte, seguro, depósito mercantil), contratos mediante los cuales los riesgos recaen sobre el contratista.

Pese a las críticas que ha recibido esta teoría, no existe argumento que desvirtúe la exactitud sustancial que presenta la misma. Sin embargo, se ha catalogado como una teoría esquemática, en tanto el riesgo se encuentra vinculado a una situación de infortunio o pérdida, siendo evidente, además, que la finalidad del empleador no es perder, sino obtener un beneficio (Ojeda, 2007, p. 379).

1.2.1.2. Tesis de la ajenidad de los frutos

Esta tesis refiere que el trabajar por cuenta ajena implica ceder a otro de manera anticipada los frutos del propio trabajo, y atribuir los beneficios del trabajo a un tercero (Montoya Melgar, 2008, p. 37)3. Es decir, por el contrato de trabajo, el trabajador realiza una actividad laboral a favor del empleador sin beneficiarse de los resultados producidos.

Es en razón de la relación de ajenidad que existe entre los sujetos con vínculo laboral que los frutos del trabajo se atribuyen inicial y directamente a una persona distinta de quien ha ejecutado el trabajo (Montoya Melgar, 2008, pp. 69-70). En ese mismo sentido, en el trabajo por cuenta ajena el trabajador no adquiere los resultados, ni siquiera en un

primer momento, sino que otra persona se beneficia directamente de ellos desde el momento en que se producen (MARTÍN VALVERDE, Antonio, Fermín, RODRIGUEZ - SAÑUDO GUTIERREZ y Joaquín GARCIA MURCIA, pp. 37-38).

En suma, la ajenidad de los frutos implica la realización de una prestación de servicios por parte del trabajador a favor del empleador, siendo este último adquirente de manera directa e inmediata de la propiedad de los frutos de este trabajo; se trata, pues, de una adquisición originaria previa a la ejecución del trabajo.

Como señala el maestro Alonso Olea, la palabra ajenidad se utiliza en sentido jurídico estricto, próximo al de "enajenación"; si no se ha utilizado este término es porque la tesis de la ajenidad de los frutos se refiere a adquisiciones originarias y no derivativas (Alonso Olea & Casas Bahamonde, 2008).

Se define la palabra "fruto", entre otros, como el producto o resultado obtenido. Así pues, el término fruto conlleva a entender que el producto adquirido por el empleador es un "objeto". Dicha acepción se limitaría únicamente a aquellos productos materiales que se pueden obtener de la actividad de trabajo realizada por el trabajador. Sin embargo, debe entenderse que el empleador no solo se beneficiará de los bienes, sino, además, de los servicios producidos por el trabajador, por lo cual la teoría resultaría limitada o incompleta

3 El maestro Alonso Olea plantea la tesis de la ajenidad de los frutos refiriendo a que del trabajo del hombre resultan ciertos frutos que son su "recompensa natural", los mismos que el estado original de las cosas, pertenecerían al ejecutor del trabajo. Sin embargo, de modo contrario, para el derecho de trabajo los frutos del trabajo son atribuidos inicial y directamente a persona distinta de quien ejecuta el trabajo (Alonso Olea & Casas Bahamonde, 2008, pp. 69-70). contrato de trabajo, el trabajador realiza una actividad laboral a favor del empleador sin beneficiarse de los resultados producidos.

Es en razón de la relación de ajenidad que existe entre los sujetos con vínculo laboral que los frutos del trabajo se atribuyen inicial y directamente a una persona distinta de

quien ha ejecutado el trabajo (Montoya Melgar, 2008, pp. 69-70)[3]. En ese mismo sentido, en el trabajo por cuenta ajena el trabajador no adquiere los resultados, ni siquiera en un primer momento, sino que otra persona se beneficia directamente de ellos desde el momento en que se producen (MARTÍN VALVERDE, Antonio, Fermín, RODRIGUEZ -SAÑUDO GUTIERREZ y Joaquín GARCIA MURCIA, pp. 37-38).

En suma, la ajenidad de los frutos implica la realización de una prestación de servicios por parte del trabajador a favor del empleador, siendo este último adquirente de manera directa e inmediata de la propiedad de los frutos de este trabajo; se trata, pues, de una adquisición originaria previa a la ejecución del trabajo.

Como señala el maestro Alonso Olea, la palabra ajenidad se utiliza en sentido jurídico estricto, próximo al de "enajenación"; si no se ha utilizado este término es porque la tesis de la ajenidad de los frutos se refiere a adquisiciones originarias y no derivativas (Alonso Olea & Casas Bahamonde, 2008).

Se define la palabra "fruto", entre otros, como el producto o resultado obtenido. Así pues, el término fruto conlleva a entender que el producto adquirido por el empleador es un "objeto". Dicha acepción se limitaría únicamente a aquellos productos materiales que se pueden obtener de la actividad de trabajo realizada por el trabajador. Sin embargo, debe entenderse que el empleador no solo se beneficiará de los bienes, sino, además, de los servicios producidos por el trabajador, por lo cual la teoría resultaría limitada o incompleta.

[3] El maestro Alonso Olea plantea la tesis de la ajenidad de los frutos refiriendo a que del trabajo del hombre resultan ciertos frutos que son su "recompensa natural", los mismos que el estado original de las cosas, pertenecerían al ejecutor del trabajo. Sin embargo, de modo contrario, para el derecho de trabajo los frutos del trabajo son atribuidos inicial y directamente a persona distinta de quien ejecuta el trabajo (Alonso Olea & Casas Bahamonde, 2008, pp. 69-70

en razón de que el resultado de la actividad laboral de un trabajador no será necesariamente un objeto.

Como señala el maestro Ojeda Avilés (2007), al momento de explicar la tesis de la ajenidad de los frutos,

> *(...) los frutos son [claramente objetos], y el contrato de trabajo es el título jurídico por el cual se opera el cambio. Un contrato cuyo objeto, no obstante, va a ser el trabajo mismo y no los mencionados frutos debido a que la división del trabajo impide obtener la unidad de valor durante el proceso*.

En ese sentido, la ajenidad de los frutos implica la apropiación de los mismos de manera inmediata y directa por parte del empleador, pese a que los frutos sean obtenidos de manera posterior mediante la actividad laboral continua del trabajador. Es decir, al nacimiento de la relación laboral se garantiza a favor del empleador la adquisición de los resultados que se obtengan ex-post.

He ahí una de las críticas que ha afrontado la tesis de la ajenidad de los frutos, en el sentido que "cuando se habla de propiedad del producto, el contrato príncipe es el de la compraventa, donde también se traslada aquella en el último momento" (Ojeda Avilés, 2007, p. 382). Sin embargo, la diferencia entre la compraventa y el contrato de trabajo se encuentra en el hecho de que el empleador hace suyos los productos incluso desde antes de que hayan sido producidos.

Asimismo, se ha señalado que no existen diferencias con los arrendamientos de obras o de servicios, en donde también está presente esa ajenidad en los frutos.

Por tanto, la ajenidad se entiende como la apropiación del empleador con el resultado de la actividad que personalmente ha sido desarrollada por el trabajador (STSJ Cataluña de 21-7-1999, AS.3443, entre otras muchas).

1.2.1.3. Tesis de la ajenidad en la utilidad patrimonial

Como se señaló al momento de desarrollar la teoría de la ajenidad en los frutos, cuando el resultado del trabajo se concretiza en un resultado susceptible de apropiación, el empleador adquiere la propiedad de los mismos, lo que ocurre de manera distinta cuando se trata de un servicio inmaterial no apropiable o de una aportación del mismo carácter a una organización, aquí la ajenidad se torna más desdibujada (Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo, & García Murcia, 2013).

El hecho que la teoría de la ajenidad de los frutos se encuentre justificada en la existencia de un "fruto" conlleva a plantear, de modo ampliatorio, que el trabajo por cuenta ajena implica atribuir al empleador la utilidad patrimonial del trabajo. Así, los bienes o servicios que produce el trabajador no le generan un beneficio económico directo, por lo que el empleador le compensa con una remuneración, que es parte de esa utilidad.

Por utilidad patrimonial se debe entender aquello que el empleador puede obtener como consecuencia de la venta de sus productos en el mercado, sean bienes o servicios. Claramente ha señalado el maestro Montoya Melgar (2008, p. 38):

> *La utilidad patrimonial que proporciona al empresario el trabajo es compatible con el interés o provecho que de tal trabajo puede derivarse para un tercero (p. ej.: el cliente que recibe un servicio del trabajador). Pero conviene tener muy presente que el trabajador no actúa por cuenta de tal tercero; éste se beneficia de los productos naturales del trabajo, percibiendo el precio del servicio pagado por el cliente, una parte del cual se destinará a retribuir al trabajador*.

Esta teoría ha sido aceptada por el maestro Alonso Olea, quien señala que el término "fruto" debe entenderse de forma ampliatoria, de manera que incluya todo el resultado del trabajo productivo, ya sea intelectual o manual, valioso por sí mismo o asociado al de otros, y consista en un bien o en un servicio (Alonso Olea & Casas Bahamonde, 2008, p. 71).

Con esta teoría, cuyo precursor es el maestro Albiol Montesinos, se define al trabajo por cuenta ajena como aquel que es realizado por una persona -el trabajador- ajena a los medios de producción, a la organización del trabajo y a los resultados de este; siendo el empleador el titular de los mismos (Albiol et al., 2008, p. 21).
La tesis de ajenidad en la titularidad de la organización se fundamenta en el hecho de que el trabajador presta sus servicios haciendo uso de materiales o instrumentos que no le pertenecen.

Con ello resultaría explicable la incorporación del resultado material al patrimonio del empleador, además del ejercicio del poder de especificación de la actividad necesario para producirlos, tal como señala el maestro Cruz Villalón (2009), quien explicaría el sometimiento al círculo rector, ordenador y disciplinario del empresario (Ojeda Avilés, 2007, pp. 385-386). Es decir, la ajenidad en los medios de producción bastaría para explicar la incorporación del resultado material del trabajo al patrimonio del titular, cuestionamien to que ha recibido la tesis de la ajenidad de los frutos.

Esta tesis ha sido influenciada por la teoría de la ajenidad de los frutos, añadiendo que no existe una traslación de propiedad, pues el producto siempre pertenece al empleador, al ser titular de la organización o de los medios de producción en la que o con la que se actúa (Ojeda Avilés, 2007, p. 386). Asimismo, ha sufrido las mismas críticas, pues no sirve para diferenciar el contrato de trabajo de los arrendamientos de obra o servicio.

1.2.1.4. Tesis de la ajenidad en el mercado

La tesis de la ajenidad en el mercado[4] se centra en establecer que quien ofrece los servicios al mercado es el empleador, el mismo que detenta la propiedad de los medios de producción y es el intermediario entre el trabajador y los clientes. Como claramente

[4] El maestro Alarcón Caracuel (1986, p. 499) construye esta teoría precisando, que caracteriza a la producción capitalista, el hecho que se trate de una producción para el mercado "anónimo" y cada vez más amplio, y que se solamente se conecta con los productores directos de bienes y servicios a través de un intermediario que es el capitalista. Lo que ocurre jurídicamente, pues físicamente puede que quienes aparezcan directamente conectados (lo que ocurre en los casos que la mercancía producida es un servicio) sea el productor directo y el consumidor, mientras que en el intermediario capitalista quede apartado; pero cuando el productor directo concluya el

señala Cruz Villalón (2009, p. 31), desde una perspectiva jurídica, el trabajador es ajeno a los consumidores finales de los productos, ya que el empleador es un tercero que se interpone en la relación trabajador-consumido, y es quien cobra los servicios prestados y obtiene un beneficio, parte del cual asigna al trabajador a través del salario.

Una de las críticas a esta teoría se fundamenta en el hecho de que existen casos en que el empleador se dirige antes entidades no económicas, como sería el caso de entidades privadas sin fines de lucro, administraciones públicas y el servicio doméstico. Aquí la teoría de la ajenidad del mercado aparece deslucida[5], debido a que no es el empleador quien se dirige al mercado a ofrecer los bienes y servicios producidos por el trabajador. Por otro lado, se ha destacado que existen múltiples contratos mercantiles y civiles mediante los cuales el trabajador dependiente también realiza actividades para un solo empleador. A estos trabajadores se les denomina "económicamente dependientes" o "cuasi trabajadores". Además, existen empresas "auxiliares" o "dependientes" de una empresa principal, en el ámbito de las subcontratas, que consisten en la presencia de un trabajador autónomo que no permite establecer la diferencia con la ajenidad en el mercado (Ojeda, 2007, p. 387).

Asimismo, se ha señalado que en el mercado operan trabajadores no autónomos en nombre propio, aunque por cuenta de su empresa. Tal es el caso del representante de comercio, el comisionista mercantil, los factores y gerentes.

1.3. APLICACIÓN DE LA TESIS DE LA UTILIDAD PATRIMONIAL AL OBJETO DE INVESTIGACIÓN

No cabe duda de que cada una de las tesis antes desarrolladas hacen referencia a diversas manifestaciones del contrato de trabajo que no son típicas o exclusivas de él, pero que constituyen un gran aporte para el derecho de trabajo. Así, cada una de las

[5] servicio y extienda la mano para cobrarlo, no es su propia mano sino la del capitalista la que está recibiendo el pago del consumidor cliente.
5 Sobre las aporías de la ajenidad en el mercado, véase: Alarcón Caracuel (1986, pp. 508-513).

acepciones de ajenidad contribuye al reconocimiento al modelo de trabajo objeto de protección por parte del ordenamiento laboral.

Como señala el maestro Ojeda Avilés (2007), el conjunto de las teorías de la ajenidad "es una nota puramente descriptiva de la realidad social sobre la que se proyecta la relación laboral, sin añadir nada a sus elementos constitutivos" (p. 389). Incluso la pretensión de aplicar dichos criterios de manera simultánea, tampoco resolvería la insuficiencia al no especificar el criterio diferencial.

Ahora bien, si se trata de especificar cuál es la tesis de ajenidad aplicable al presente objeto de investigación, debemos señalar que es la teoría de la ajenidad en la utilidad patrimonial, debido a que esta explica de manera óptima el contenido de la obligación de prestación de servicios por parte del trabajador, en el sentido de poner su fuerza de trabajo a disposición del empleador, a fin de que este obtenga el resultado económico del trabajo realizado.

Sin embargo, se debe tener presente que la ajenidad así retratada constituye un requisito imprescindible, aunque insuficiente, para establecer el ámbito de aplicación de la legislación laboral. Ello debido a que la ajenidad no es propia del derecho de trabajo, sino que puede apreciarse también en otras figuras contractuales civiles como mercantiles.

El maestro Cruz Villalón (2009)se ha pronunciado respecto a la insuficiencia de la ajenidad como elemento constitutivo del contrato de trabajo, señalando que resulta útil como elemento negativo de contraste, ya que sin su presencia en la utilidad patrimonial no es posible tener un contrato sometido al derecho de trabajo; pero no resulta útil como elemento positivo de contraste, ya que "en los arrendamientos de servicios, así como en muchas otras formas de contratación civil, mercantil o administrativa suele existir también el elemento de la ajenidad en la utilidad patrimonial".

Es cuando, además de la ajenidad de la utilidad patrimonial, el trabajo se realiza de manera dependiente –subordinada– que nos encontraremos ante relaciones reguladas por la legislación laboral.

La teoría mejor estructurada es la que refiere a la ajenidad como utilidad patrimonial del trabajo, entendida como lo que el empleador puede obtener como consecuencia de la explotación de los derechos patrimoniales que recaen sobre la obra intelectual, y

respecto de los cuales es ajeno el trabajador, pese a ser quien de su actividad laboral resultan dichos productos.

Al respecto, como podremos entender en los capítulos siguientes, esta teoría es la que más resulta aplicable a nuestro tema de investigación, en tanto por fruto se entenderá no la atribución de la obra intelectual en sí, sino a la atribución de los derechos de explotación que esta pueda contener y son transferidos al empleador, a quien le generan una utilidad patrimonial.

Resulta cierto que dicha teoría es una derivación de la de la ajenidad de los frutos propuesta por el maestro Alonso Olea, mediante la cual se perfecciona las deficiencias de la tesis originaria, permaneciendo intacta respecto a sus planteamientos esenciales, como es la apropiación automática del resultado de la actividad laboral por parte del empleador (Alonso Olea & Casas Bahamonde, 2008).

Sin embargo, siendo que nuestro tema objeto de investigación se fundamenta en el presupuesto de que la relación laboral implica la apropiación, por parte del empleador, de los resultados derivados de la actividad laboral realizada por el trabajador, es claro que esencialmente nuestra investigación se dirige a reconocer la validez de la teoría de la ajenidad de los frutos, además de las precisiones ampliatorias respecto al significado del elemento "fruto" que realiza el maestro Montoya Melgar (2008) en su tesis de la ajenidad en la utilidad patrimonial.

Así, al momento de analizar el prototipo de relación laboral en el que la actividad de una empresa se relaciona con la explotación de los derechos de propiedad intelectual generados por creación humana, como resultado de la actividad laboral realizada por el trabajador, se debe tener en cuenta los siguientes presupuestos:

I.) A partir de la teoría de la ajenidad de los frutos, al solo nacimiento de la relación laboral, los frutos resultantes de la prestación de servicios realizada por el trabajador pasan automáticamente a ser adquiridos por el empleador, aun cuando estos aún no se hayan materializado.

II.) Se trata de una adquisición originaria automática que no necesita una manifestación de voluntad del trabajador acerca de la adquisición de la propiedad del resultado a favor del empleador.

III.) Lo que se destaca es la apropiación del “resultado” del trabajo y no la actividad laboral realizada por el trabajador para conseguirlo ni la utilidad patrimonial que tiene para el empleador.

IV.) Tomando la definición del maestro Alonso Olea, por “fruto” debe entenderse un bien o servicio producido como resultado de un trabajo intelectual o manual, y valioso por sí mismo o asociado al de otros.

V.) Por frutos debe entenderse, además, los derechos de explotación que son trasmitidos por el trabajador respecto de obras intelectuales creadas en el marco de una relación laboral, cuyos matices pasaremos a desarrollar en los capítulos posteriores.

CAPÍTULO II

PARTICULARIDADES DE LAS OBRAS INTELECTUALES CREADAS EN EL MARCO DE UNA RELACIÓN LABORAL

Una vez realizado el estudio de las diversas acepciones que ha tomado el concepto ajenidad del trabajo dentro la doctrina española, y mereciendo especial atención la tesis planteada por el maestro Alonso Olea respecto a la ajenidad de los frutos y la tesis de su predecesor Montoya Melgar sobre la tesis de ajenidad en la titularidad patrimonial, corresponde entrar a nuestro objeto de estudio.

Antes de pasar a desarrollar el objeto de estudio de nuestra tesis, como resulta entendible, existen algunos conceptos dentro del "derecho de autor" que debemos hacer mención de manera general para un mejor entendimiento de las particularidades que trae consigo la creación de una obra dentro de una relación laboral, respecto de la cual recae sobre los sujetos de dicha relación determinados derechos y obligaciones, tanto en materia laboral como autoral.

No se trata de realizar un estudio exhaustivo del derecho de autor, sino de aquellos conceptos que son necesarios para entender esta interrelación que existe entre el derecho de trabajo y el derecho de autor, como producto de la creación de obras dentro de una relación laboral.

Dentro de este Capítulo II abordaremos aquellas características que emanan de este tipo de relaciones laborales atípicas, lo cual permitirá que en el capítulo posterior podamos hacer un análisis descriptivo como crítico de la regulación nacional que abarca brevemente el tema de estudio.

2.1. DERECHOS DE AUTOR Y RELACIÓN LABORAL

2.1.1. Propiedad intelectual y derecho de autor

Antes de pasar a desarrollar el derecho de autor, es preciso indicar que este es un tema de "propiedad intelectual", una rama del derecho referida a toda creación del intelecto humano. Se trata de una disciplina jurídica cuyo objeto es la protección de los bienes inmateriales, de naturaleza intelectual, así como de sus actividades conexas (Antequera Parilli, 1995).

Tradicionalmente esta disciplina ha sido dividida en dos grandes ramas: el "derecho de autor"[6] y la "propiedad industrial". El primero es una especie dentro de la institución de la propiedad intelectual, cuyo ámbito de protección son las creaciones intelectuales que se desarrollan dentro del campo de las letras y de las artes, y que busca que estas creaciones o manifestaciones del espíritu puedan ser expresadas y percibidas (Zapata, 2001, p. 10).

Así, podemos definir el derecho de autor como

> una especialidad del derecho civil, que regula los derechos subjetivos de los autores respecto de sus obras, que son el resultado de una actividad intelectual caracterizada por su individualidad. La naturaleza de estos derechos tiene en su origen el acto de creación intelectual y se reconocen para estimular y recompensar dicha creación. (Borjas, 2013).

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante, OMPI) señala que el derecho de autor abarca todas las obras literarias y artísticas, incluidos dibujos y fotografías; mientras que la propiedad industrial incluye invenciones, patentes, marcas, dibujos y modelos industriales e indicaciones geográficas de procedencia (OMPI, 2022). La OMPI también encuentra dos significados en la expresión "derecho de autor". El primero únicamente alude a la protección de los derechos sobre las obras literarias y artísticas, y el segundo abarca además la protección de ciertos derechos denominados "conexos", que comprende los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los

[6] Aun existiendo características comunes entre el derecho de autor y la propiedad industrial, el primero goza de una autonomía legislativa, y cuenta con una doctrina científica autónoma al tener sus propios principios y soluciones para resolver los problemas que se presentan en dicha materia.

productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, sobre sus prestaciones artísticas, fonogramas y emisiones que están fuera del derecho de autor sobre obras literarias y artísticas (OMPI, 2022).

La Ley sobre el derecho de autor vigente en el ordenamiento jurídico peruano realiza un listado de las obras que se encuentran protegidas y deja abierta la posibilidad de considerar como obra sujeta a protección a toda producción del intelecto en el ámbito literario o artístico que se caracterice por ser original y susceptible de ser divulgada o reproducida por cualquier medio o procedimiento[7].

Por su parte, la Constitución Política del Perú de 1993 establece como derecho fundamental de la persona, el derecho de libertad de creación de obras intelectuales, artísticas, técnicas y científicas; así como, el reconocimiento del derecho de propiedad que recae sobre ellas[8]

---

[7] Decreto Legislativo Nº 822 – Ley sobre Derecho de Autor
Artículo 5º.-Están comprendidas entre las obras protegidas las siguientes:
a) Las obras literarias expresadas en forma escrita, a través de libros, revistas, folletos u otros escritos.
b) Las obras literarias expresadas en forma oral, tales como las conferencias, alocuciones y sermones o las explicaciones didácticas.
c) Las composiciones musicales con letra o sin ella.
d) Las obras dramáticas, dramático-musicales, coreográficas, pantomímicas y escénicas en general.
e) Las obras audiovisuales.
f) Las obras de artes plásticas, sean o no aplicadas, incluidos los bocetos, dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías.
g) Las obras de arquitectura.
h) Las obras fotográficas y las expresadas por un procedimiento análogo a la fotografía.
i) Las ilustraciones, mapas, croquis, planos, bosquejos y obras plásticas relativas a la geografía, la topografía, la arquitectura o las ciencias.
j) Los lemas y frases en la medida que tengan una forma de expresión literaria o artística, con características de originalidad.
k) Los programas de ordenador.
l) Las antologías o compilaciones de obras diversas o de expresiones del folklore, y las bases de datos, siempre que dichas colecciones sean originales en razón de la selección, coordinación o disposición de su contenido.
m) Los artículos periodísticos, sean o no sobre sucesos de actualidad, los reportajes, editoriales y comentarios.
n) En general, toda otra producción del intelecto en el dominio literario o artístico, que tenga características de originalidad y sea susceptible de ser divulgada o reproducida por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse.
Artículo 6º.-Sin perjuicio de los derechos que subsistan sobre la obra originaria y de la correspondiente autorización, son también objeto de protección como obras derivadas siempre que revistan características de originalidad:
a) Las traducciones, adaptaciones.
b) Las revisiones, actualizaciones y anotaciones.
c) Los resúmenes y extractos.
d) Los arreglos musicales.
e) e) Las demás transformaciones de una obra literaria o artística o de expresiones del folklore.
[8] Constitución Política del Perú de 1993
Título I. De la Persona y de la Sociedad

Además, es menester señalar que el derecho de autor es un derecho humano, reconocido como tal en la Declaración Universal de los Derechos Humanos[9] , lo que implica que es inherente a la persona humana y que no puede ser desconocido ni vulnerado.

En el ámbito del derecho internacional, en materia de derecho de autor y derechos conexos, el Perú ha ratificado los siguientes convenios y tratados: Convenio de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (1985); Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas (1988); Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la OMC – ADPIC (1995); tratado de la OMPI sobre derecho de autor (2002); y Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (2002)[10] . Además, en los Estados de la Comunidad Andina (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela) la Decisión 351, de fecha 17 de diciembre de 1993, da por aprobado el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, y crea el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuyas interpretaciones a la Decisión 351 tienen fuerza vinculante frente a los estados parte.

Cabe destacar que el Perú ha suscrito tratados bilaterales de libre comercio (TLC) con China (2009), Corea del Sur (2011), Panamá (2011), Costa Rica (2011) y el Acuerdo de Promoción Comercial Con Estados Unidos (2009), donde se incluye normas sobre propiedad intelectual que vinculan a los Estados parte.

Capítulo I. Derechos Fundamentales de la Persona
(…)
8. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.

9 Declaración Universal de Derechos Humanos
Artículo 27°.-
1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

10 Sobre los convenios y tratados ratificados por los países de América Latina, véase: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). (2006). Obligaciones Internacionales en Materia de Propiedad Intelectual: Espacios para diseños de políticas internacionales. Reunión General de Directores de Oficinas de Propiedad Industrial y Oficinas de Derecho de Autor de América Latina. Buenos Aires, 30 de mayo a 2 de junio de 2006, pp. 3 y ss.

2.1.2. Objeto del derecho de autor

El objeto del derecho de autor es "la obra", definida en el Decreto Legislativo Nº 822 como "toda creación intelectual personal y original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse", y en la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones como "toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma".

El derecho de autor solo protege las "creaciones formales" y no las ideas que contiene la obra (Antequera, 1995, p. 157), por lo que no es posible adquirir protección o propiedad alguna sobre estas , pese a ser novedosas. Con ello únicamente queda protegida "la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras" (Vega, 2010, p. 16).

Es importante tener en cuenta que para que la obra sea protegida necesita ser "exteriorizada"; sin embargo, para el derecho de autor es indiferente el medio a través del cual se expresa una obra . Ello se entiende en la medida que la propiedad intelectual es una propiedad inmaterial cuya existencia depende de un soporte, aunque no se identifique con él. Esta configuración de la irrelevancia del soporte es fundamental para la transmisión de derechos. Asimismo, es condición necesaria para la protección por parte del derecho de autor que la obra sea "original"[11] lo que implica que la creación

[11] El Decreto Legislativo 822, no ha incorporado a nivel normativo una definición de "originalidad". A nivel de la jurisprudencia administrativa a través de la Resolución 0286-1998/TPI-INDECOPI de fecha 23 de marzo de 1998, la Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPI ha establecido el siguiente marco conceptual a través de un precedente de observancia obligatoria.

Debe entenderse por originalidad de la obra, la expresión (o forma representativa) creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad. La obra debe expresar lo propio del autor, llevar la impronta de su personalidad.

No será considerado individual lo que ya forma parte del patrimonio cultural – artístico, científico o literario– ni la forma de expresión que se deriva de la naturaleza de las cosas ni de una mera aplicación mecánica de lo dispuesto en algunas normas jurídicas, así como tampoco será la forma de expresión que se reduce a una simple técnica o a instrucciones simples que solo requieren de la habilidad manual para su ejecución.
En consecuencia, no todo lo producido con el esfuerzo de su creador merece protección por derechos de autor. Igualmente, aun cuando exista certeza de que una creación carente de individualidad ha sido copiada textualmente, tal circunstancia no convierte a ésta en obra."

debe tener características propias que permita distinguirla de cualquier otra del mismo género[12] .

Ahora bien, es importante que la obra tenga un aporte creativo, independientemente de su mérito (concepto subjetivo que corresponde a la crítica y no al derecho) o de su destino (si es creada con el fin de promocionar un producto, por ejemplo).

Estos criterios de protección han sido recogidos por el propio Decreto Legislativo Nº 822, el mismo que señala en su artículo 3°: "La protección del derecho de autor recae sobre todas las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera que sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad".

El mismo artículo sostiene que los derechos reconocidos en esa norma no dependen de la propiedad del soporte de la obra, y que su goce o ejercicio no está sujeto al registro o cumplimiento de cualquier otra formalidad.

Finalmente, se debe señalar que el derecho de autor protege a las obras del ingenio por el solo hecho de haber sido creadas, con lo cual es imprescindible el cumplimiento de alguna formalidad para su protección. Siendo así, el registro de la obra únicamente tiene carácter declarativo, mas no constitutivo de derechos.

2.1.3. Contenido del derecho de autor

El contenido del derecho de autor es un conjunto de facultades que se les reconoce al creador de una obra y que tienen doble naturaleza, personal y patrimonial.

reduce a una simple técnica o a instrucciones simples que solo requieren de la habilidad manual para su ejecución.

En consecuencia, no todo lo producido con el esfuerzo de su creador merece protección por derechos de autor. Igualmente, aun cuando exista certeza de que una creación carente de individualidad ha sido copiada textualmente, tal circunstancia no convierte a ésta en obra."

Sobre esta particularidad , no se debe confundir la "originalidad" con "novedad", pues de derecho de autor, a diferencia de lo que ocurre con las invenciones en el campo de la propiedad industrial, no se requiere que la obra sea novedosa (Lipszyc, 1993, p. 65).

---

[12] Sobre esta particularidad , no se debe confundir la "originalidad" con "novedad", pues de derecho de autor, a diferencia de lo que ocurre con las invenciones en el campo de la propiedad industrial, no se requiere que la obra sea novedosa (Lipszyc, 1993, p. 65).

Las facultades de naturaleza personal están referidas a la tutela de la personalidad del autor respecto a su obra, lo que equivale al contenido de los "derechos morales", cuyo carácter es extrapatrimonial y cuya duración, por norma general, es ilimitada. De acuerdo con Lipszyc (1993), dentro de estos derechos morales encontramos: 1) el derecho a divulgar la obra o mantenerla en reserva, 2) el derecho de reconocimiento de la autoría intelectual sobre la obra, 3) el derecho al respeto e integridad de la obra, y 4) el derecho al retracto o arrepentimiento por cambio de convicciones y al retiro de la obra del comercio[13].

Por su parte, las facultades de naturaleza patrimonial permiten al autor obtener un beneficio económico a cambio de la explotación de la obra. Constituyen el contenido de los "derechos patrimoniales", que, siguiendo a la maestra Lipszyc (1993), se pueden enumerar de la siguiente manera: 1) reproducción de la obra en forma material, 2) comunicación pública de la obra en forma no material a espectadores por medio de representación y de la ejecución pública, la radiodifusión, la exhibición de cinematografía, la exposición, etc., y 3) transformación de la obra mediante su traducción, adaptación, arreglo musical, entre otros.

En la legislación peruana el contenido del derecho de autor está regulado por el Decreto Legislativo Nº 822, Ley sobre el derecho de autor, que en el artículo 21° señala expresamente que los derechos morales (divulgación, paternidad, integridad, modificación o variación, retiro de la obra del comercio y acceso) son "perpetuos, inalienables, irrenunciables e imprescriptibles". Además, "a la muerte del autor, los derechos morales serán ejercidos por sus herederos, mientras la obra esté en dominio privado, salvo disposición legal en contrario". En tanto, el artículo 31° precisa los derechos patrimoniales que recaen sobre el autor:

a. La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento.
b. La comunicación al público de la obra por cualquier medio.
c. La distribución al público de la obra.
d. La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

[13] Sobre los derechos morales, véase: Lipszyc, 1993.

e. La importación al territorio nacional de copias de la obra hechas sin autorización del titular del derecho por cualquier medio incluyendo mediante transmisión.
f. Cualquier otra forma de utilización de la obra que no está contemplada en la ley como excepción al derecho patrimonial, siendo la lista que antecede meramente enunciativa y no taxativa.

La condición de inalienabilidad establece que la transmisión del derecho de autor inter vivos puede involucrar solo a los derechos patrimoniales, por lo que son también inembargables, irrenunciables y perpetuos.

Por principio general del derecho de autor, cuando una persona crea una obra intelectual le corresponde ser reconocida como titular originario de la obra. Como consecuencia, puede ejercer tanto los derechos morales como los patrimoniales otorgados por la ley. No obstante, existen algunas figuras jurídicas propias del derecho de autor en que la titularidad de los derechos guarda ciertas particularidades, tal es el caso de las obras creadas por encargo y dentro de una relación laboral, que pasaremos a desarrollar posteriormente.

2.1.4. Titulares del derecho de autor

Una primera consideración importante es que no siempre la autoría coincide con la titularidad de la obra, pues se trata de figuras distintas. La obra es una creación de una persona natural, mientras que la titularidad del resultado (llámese propiedad de la obra) recaerá bien sobre el autor o bien sobre una persona natural o jurídica distinta. Esta segunda posibilidad se manifiesta claramente en las obras creadas en el marco de una relación laboral.

Al respecto, Castro Bonilla (s.f.) ha señalado:

El requisito por el cual la obra del espíritu debe ser producto de la labor intelectual de una persona natural para gozar de la protección jurídica autoral, es una cuestión distinta a la de la atribución de la titularidad sobre la misma. La primera es una condición natural intrínseca al propio fundamento de la protección jurídica autoral, esto es, la condición de autor constituye predicado real y no una atribución de derechos. (…). La segunda, la

atribución de derechos propiamente, consiste en una cuestión puramente jurídica cuyos contornos pueden ser modelados por el poder legislativo.

Dado que solo las personas físicas tienen la aptitud para crear obras intelectuales, solo sobre ellas puede recaer la calificación de "autor", con la consecuencia natural de que la titularidad originaria sea reconocida sobre la persona física que crea la obra.

Por otra parte, si bien las personas jurídicas no tienen las aptitudes del intelecto para crear obras, pueden ser titulares derivados de algunos derechos de autor, para lo cual será necesario acudir a una ficción jurídica[14].

Esto nos lleva a una segunda consideración: distinguir titularidad originaria de titularidad derivada. El titular originario de una obra es la persona física que la ha creado, aquella de quien nace el derecho de autor[15] y a quien se le atribuye una serie de prerrogativas sobre la obra (Lipszyc, 1993). Por tanto, tomando la clasificación de la profesora Castro Bonilla (s.f.),

la adquisición de la titularidad originaria se da en dos sentidos: a) por ser el creador de una obra intelectual (por autoría) o, b) por adquisición ex lege: cuando la titularidad no se adquiere directamente por ostentar una autoría, sino que media una expresión legal para ello derivada de un título de adquisición autónomo (obra colectiva, editores sobre obras de dominio público), cesión presumida (autor asalariado, obras audiovisuales) o por adquisición de derechos conexos.

[14] El tema de la autoría de las obras usualmente enfrenta a los dos sistemas de protección: el del derecho de autor (o de tradición latina) y el del copyright (o anglosajón). En el sistema de tradición latina se reconoce la calidad de autor únicamente a la persona física que realiza la creación, tal es el caso del ordenamiento jurídico peruano; por otro lado, en la tradición jurídica anglosajona se confunde los conceptos de "autoría" y "titularidad" de algunos derechos sobre la obra, y mediante una ficción jurídica se otorga la calidad de autor a persona distinta al creador de la obra, que usualmente es una persona jurídica.

[15] Sobre este punto precisa Lipszyc (1993) que en el caso de una obra derivada (adaptación, traducción o cualquier otra transformación) el autor de esta es el titular originario de los derechos sobre la misma, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra de la cual deriva, es decir, de la obra originaria.

Sobre la titularidad originaria, el artículo 10° del Decreto Legislativo Nº 822 establece que el autor es el titular originario de los derechos exclusivos, tanto de orden moral como patrimonial, sobre la obra. Además, precisa que en casos reconocidos por ley podrán beneficiarse persona naturales o jurídicas distintas del autor.

Asimismo, el artículo 18° de la norma reafirma la posición de titularidad del autor, al señalar lo siguiente:

El autor de una obra tiene por el sólo hecho de la creación la titularidad originaria de un derecho exclusivo y oponible a terceros, que comprende, a su vez, los derechos de orden moral y patrimonial determinados en la presente ley.

Por otro lado, la titularidad derivada está orientada a reconocer derechos sobre una obra en virtud de una cesión o enajenación, ya sea por mandato o cualquier otro tipo de transmisión mortis causa o inter vivos. Esta titularidad permite a una persona física o jurídica ostentar la propiedad patrimonial sobre determinada obra y la defensa del derecho moral del autor originario (Castro Bonilla, s.f.).

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

Antes de ingresar a analizar estas figuras propias del derecho de autor, debemos partir haciendo referencia a lo señalado por Callejas (2010, p. 223):

Algunas empresas comisionan la creación de obras con fines muy diversos, desde los ornamentales hasta los técnicos y comerciales; otras más disponen de una planta de personas asalariadas dedicadas a la creación de obras; en algunos casos, la mayor parte tal vez, se trata de trabajadores que en el curso de sus funciones normales, desarrollan alguna creación del espíritu una relación laboral, tal y como señala la doctrina nacional, presentada por Antequera & Ferreyros, 1996 (pp. 84-85):

En las primeras se trata de un contrato para la realización futura de una obra determinada, sin que medie entre el autor y quien la encomienda una relación de empleo. En las segundas se trata de una prestación de servicios bajo la cual el autor recibe un salario a cambio de un conjunto de prestaciones subordinadas, entre las cuales

–o la única- está las creaciones del ingenio. Así pues, mientras en las obras por encargo son aplicables además de las normas específicas previstas en la legislación autoral, al menos con carácter supletorio, las contempladas en el código civil para el contrato de locación de servicios (art. 1764); en las creadas bajo relación laboral, son atinentes, conjuntamente con la legislación autoral, las normas pertinentes de la respectiva legislación laboral.

Sin embargo, existen otras características propias de cada una de estas figuras, que pasaremos a revisar, poniendo mayor énfasis a la figura de la obra creada dentro de una relación laboral, en tanto es el objeto de estudio de la presente tesis de investigación.

2.2.1. Obra creada por encargo

Se trata de una figura jurídica mediante la cual, a cambio del pago de una remuneración, un autor recibe el encargo de crear una obra en la forma y con los alcances previamente estipulados. De acuerdo con Lipszyc (1993), el trabajo es realizado libremente y el comitente puede efectuar la explotación prevista en el contrato, incluso si el autor recibió indicaciones sobre el tema, los lineamientos principales y el título de la obra, y aunque estos elementos tengan originalidad, pues el derecho de autor protege creaciones formales.

Uribe Corzo (2007) define a la obra creada por encargo como aquella que resulta de la celebración de un contrato de prestación de servicios entre una parte llamada contratista, quien se obliga a la elaboración de una obra según las instrucciones y especificaciones impuestas por la otra, denominada contratante o comitente".

Eduardo Bautista (1991, p. 428) señala, en tanto:

En este caso, la libertad de creación parece sufrir ciertas restricciones. El autor queda comprometido con el comitente a realizar una o varias obras, en un plazo determinado, y a veces, bajo ciertas instrucciones que se especifican en el contrato, tales como el tema, la duración de la ejecución, los límites del presupuesto de producción, las condiciones sociales y económicas del público al que se destina, etc.

Sin embargo, dichas restricciones son aparentes; en primer lugar, la obligación de crear bajo dichas determinaciones nace de un acto voluntario del autor; segundo, el límite de la obligación es el derecho moral del autor; y tercero, e la creación no deja de ser soberana al autor (Bautista García, 1991).

Así pues, Callejas (2010) sostiene lo siguiente:

Evidentemente tratan de un acto jurídico bilateral que no puede identificarse con una relación de trabajo porque no constituye una situación de subordinación ni de mando, sino que se refiere a una prestación de servicios profesionales de carácter especial por la naturaleza del objeto material de la relación, esto es, la creación de una obra determinada según la voluntad del que la comisiona.

A partir de dichas definiciones, se puede establecer cuáles son los elementos esenciales que deben concurrir para que exista una obra por encargo:

- Un contrato de prestación de servicios celebrado entre la persona que encarga el trabajo y el autor de la obra: según las modalidades de prestación de servicios establecidas en el Código Civil Peruano, resultaría aplicable el contrato de locación de servicios o contrato de obra[16]
- Una persona natural o jurídica que encarga el trabajo: en virtud del contrato de locación de servicios o de obra, se denomina comitente y es quien ejecuta su prestación libremente[17].
- Uno o varios autores encargados: dentro de la relación de carácter civil adquiere el nombre de contratista.

[16] Decreto Legislativo Nº 295 – Código Civil Artículo 1771.- Por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución.

[17] Al respecto Eduardo Bautista (1991) señala: "Pero no olvidemos que en el caso de la obra creada por encargo hay una evidente independencia del autor respecto de su comitente (…). Los juristas coinciden en resaltar que se trata de una creación realizada mediante un trabajo no subordinado y el objeto de la prestación a la que se obliga el autor es una obra, que ha de ejecutar, pero que ha de entregar terminada" (p. 429).

- Un encargo: es el objeto del contrato de prestación de servicios que consiste en la creación de una obra conforme a un plan de trabajo[18].
- Un plan establecido por la persona que encarga la obra: el autor se encuentra sujeto a las instrucciones dadas por el comitente, quien orienta las características de la obra que quiere obtener a través del encargo realizado.
- La ejecución del contrato y los costos para la producción de la obra deben ser por cuenta y riesgo del comitente.
- Retribución: el autor de la obra percibe los honorarios pactado por el contrato. Si bien la doctrina que aborda los derechos de autor habla de una remuneración que percibe el autor por la realización de la obra, a efectos de evitar confusiones con el derecho laboral, se debe entender por "retribución" el concepto propio del derecho civil.

Es importante precisar que si bien la figura de la obra creada por encargo es propia del derecho de autor, comparte alguno de sus rasgos con el contrato de locación de servicios, que es regulado por la normativa civil.

Así pues, el contrato de locación de servicios obliga al locador a prestar sus servicios al comitente por un periodo o para un trabajo determinados, sin estar subordinado a él y a cambio de una retribución, pudiendo ser materia de este tipo de contrato todo tipo de servicios materiales e intelectuales[19]. En el caso de que el objeto del contrato sea la prestación de un servicio intelectual, serán aplicables las normas relativas al derecho de autor siempre que se presente los rasgos para su protección. En primer lugar, respecto a la prestación del servicio, tanto en el caso de la obra por encargo como el contrato de locación de servicios, se realiza de manera personal.

[18] Al respecto María Uribe (2007) ha señalado, que la obra por encargo destaca por dos aspectos principales: 1. La obra no existe al momento de la celebración del acuerdo; y 2. La obra será creada por el autor siguiendo los parámetros e instrucciones otorgadas por el comitente.

[19] Decreto Legislativo Nº 295 – Código Civil Artículo 1764.- Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución. Artículo 1765.- Pueden ser materia del contrato toda clase de servicios materiales e intelectuales.

Si bien en ambas figuras la prestación de servicios que realice personalmente el autor consistirá en crear una obra intelectual sobre la cual recaen derechos morales y patrimoniales, la posibilidad de valerse de auxiliares o sustitutos [20] pierde fuerza en tanto la obra proviene de la creación del intelecto humano que es distinto en cada persona. Por ejemplo, en caso un comitente encargue la elaboración de una pintura a un autor reconocido, se entiende que el encargo se justifica en las características individuales de este autor que lo diferencia de otros, por lo cual no es posible que un tercero pueda ostentar sus propias habilidades creativas.

En segundo lugar, en ambos casos, tanto el que encarga la obra o el comitente pagará al autor o locador una retribución por el servicio prestado.

Y en tercer lugar, en ambas figuras es imprescindible que los servicios se presten de manera autónoma. Si bien el comitente puede indicar el resultado que desea obtener y orientar el trabajo a través de instrucciones, no podrá dirigir el servicio que efectúe el autor. Esto encuentra sentido dentro del derecho de autor, en tanto la obra es creación del intelecto de una persona individual, con lo cual el resultado depende de su imaginación, destreza u otras características subjetivas.

Como bien señala Callejas (2010, p. 223) respecto a la libertad del autor y su independencia, los límites de la libertad creativa están enmarcados en las necesidades y deseos expresados por el comitente, ya sea que estén manifestados por escrito o por mero consenso. Asimismo, Bautista (1991, p. 429) explica que el comitente se reserva el derecho de rechazar la obra, ya sea porque no se atiene a sus instrucciones o porque no le satisface, e incluso puede desistir del encargo, indemnizando al autor.

Ahora bien, cabe señalar que en nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 16° del Decreto Legislativo Nº 822, Ley sobre derecho de autor[21], hace referencia a las obras

[20] Decreto Legislativo Nº 295 – Código Civil Artículo 1766.- El locador debe prestar personalmente el servicio, pero puede valerse, bajo su propia dirección y responsabilidad, de auxiliares y sustitutos si la colaboración de otros está permitida por el contrato o por los usos y no es incompatible con la naturaleza de la prestación

[21] Decreto Legislativo Nº 822 – Ley sobre Derecho de Autor

creadas en la ejecución de un contrato por encargo, sin definirlas y precisando únicamente respecto la titularidad de los derechos patrimoniales sobre este tipo de obras.

Así, en el caso peruano, el artículo 16° del Decreto Legislativo Nº 822 , Ley sobre derecho de autor, señala que, en el caso de las obras creadas en ejecución de un contrato por encargo, el consenso entre las partes es el que rige la titularidad de los derechos que pueden ser transferidos, mientras que la ausencia de una estipulación contractual expresa hará presumir que los derechos patrimoniales sobre la obra son cedidos al comitente en forma no exclusiva y en tanto sea necesario para sus actividades habituales en la época de creación.

En ese sentido, en nuestro ordenamiento jurídico, la titularidad de los derechos que pueden ser transferidos, en el caso de las obras creadas por encargo, se rige por el principio de autonomía de voluntad, es decir, por lo pactado entre las partes a través del contrato. Y es la falta de esta estipulación contractual lo que hace presumir que únicamente los derechos patrimoniales sobre la obra son cedidos al comitente, sin perjuicio de que este pueda defender los derechos morales en tanto sea necesario para la explotación de la obra.

En suma, como señala Uribe Corzo (2007, p. 3), se debe entender que en la obra por encargo se presume la transferencia total de los derechos patrimoniales sobre la obra, es decir, la transferencia comprende todos los derechos patrimoniales y modalidades de explotación, conocidas o por conocer, y sus efectos son ilimitados espacial y temporalmente. (…). Finalmente, debemos resaltar que pese a que la cesión de derechos opera en virtud de una presunción legal, no se puede desconocer

---

Artículo 16°- Salvo lo dispuesto para las obras audiovisuales y programas de ordenador, en las obras creadas en cumplimiento de una relación laboral o en ejecución de un contrato por encargo, la titularidad de los derechos que puedan ser transferidos se regirá por lo pactado entre las partes.
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, lo que implica, igualmente, que el empleador o el comitente, según corresponda, cuentan con la autorización para divulgar la obra y defender los derechos morales en cuanto sea necesario para la explotación de la misma

que el autor es quien realiza efectivamente la creación intelectual, y como reconocimiento a su labor la ley establece que él conservará algunas prerrogativas morales".

Al respecto, Callejas (2010, p. 225) señala:

Hay que insistir en que la titularidad de los derechos patrimoniales en el caso de la obra por encargo se presume en favor de quien la comisiona, toda vez que para entenderse que tales derechos entraron a la esfera jurídica del autor, se requiere pacto en tal sentido, pacto que, desde luego es materia de prueba, de ahí la necesidad material de que conste por escrito. Sin embargo, los derechos morales sobre la obra así creada tienen peculiaridades que la propia ley establece. Por un lado, las facultades relativas a la divulgación, integridad y colección, pertenecen a la persona que la comisiona, pues está en su naturaleza ser verdadero propietario de la obra con todos sus derechos; pero ante la imposibilidad material de que quien comisione la obra sea al mismo tiempo autor material, o causa eficiente en términos de lógica, corresponde el derecho de paternidad al autor material, esto se traduce en el derecho que le asiste de que siempre sea mencionado su nombre en calidad de autor, artista, intérprete o ejecutante, sobre la obra o bien sobre la parte en cuya creación haya participado".

2.2.2. Obra creada bajo una relación laboral

Como ya hemos hecho referencia en el primer apartado del presente capítulo, el autor que crea una obra por cuenta propia goza de todos los derechos sobre ella por el simple hecho de haberla creado . Esos derechos son de dos tipos. Primero, los derechos morales, que son facultades de contenido personal, mas no económico: derecho a la divulgación, a reivindicar la autoría de la obra, a la integridad de la obra, entre otros que resultan intransmisibles. Segundo, los derechos patrimoniales, por lo que el autor puede explotar económicamente la obra, reproducirla, distribuirla, comunicarla públicamente y transformarla.

El autor puede explotar la obra él mismo o cederla a un tercero a cambio de alguna retribución, para ello tiene absoluta libertad.

Sin embargo, en un sinfín de ocasiones, el autor no realiza su labor creativa por cuenta propia, sino en el ámbito organizativo de una empresa o dentro de una relación laboral, esto es, a través de un contrato de trabajo por cuenta ajena con una correspondiente contraprestación. En este caso, el régimen de derechos que se atribuye al autor y la cesión de derechos al empleador ha de ser necesariamente distinto y eso es justamente lo que pasaremos a analizar en los siguientes apartados.

Es frecuente que los bienes y servicios protegidos por el derecho de autor sean producidos dentro de relaciones típicamente laborales, que por lo general se desarrollan en el ámbito de la información (radio, televisión y prensa), las artes gráficas, el entretenimiento y el espectáculo; asimismo, dentro de una relación de trabajo puede el trabajador ser artista plástico, escultor, pintor, escritor, etc.

Bautista (1991, p. 430) explica que la obra creada en el marco de una relación laboral ha generado una nueva categoría de trabajadores que la doctrina española denomina "autor asalariado", que se define como aquel que es contratado para realizar una actividad creativa y con tal fin es retribuido […]. Dicha actividad la realiza el autor como una prestación subordinada de servicios en el seno de la empresa y dentro del ámbito de organización y dirección del empleador. En el desarrollo de ella tiene a su disposición, y es posible que se sirva, de los medios técnicos y personales del empresario.

En ese sentido, se entiende por "autor asalariado" un trabajador dependiente y por cuenta ajena que crea una obra intelectual como resultado de su actividad laboral. Dicha obra genera derechos de autor de acuerdo con la normativa sobre propiedad intelectual" (Altés Tárrega, s.f.).

A esta categoría de trabajadores la doctrina colombiana ha denominado "creadores intelectuales". Además, ha señalado una figura denominada "trabajador-creador", que junto con el empleador debe regir su relación tanto por los principios y la normativa del derecho de autor como por la normativa laboral (Uribe Corzo, 2007, p. 13).

La figura de la obra creada dentro de una relación laboral implica esencialmente lo siguiente: i) que se produzca una actividad de producción intelectual; ii) que la misma sea desarrollada de manera personal por el trabajador-creador; iii) este último se encuentra en continua subordinación respecto del empleador; y iv) percibe una remuneración como retribución al servicio de creación intelectual.

Dicha calificación de trabajador-creador recaerá en todos aquellos trabajadores contratados por el empleador y que participan de alguna manera con ayuda de su intelecto en la consecución de una obra intelectual. Así pues, dentro de una relación laboral y las características empresariales, puede presentarse que la creación de una obra sea encargada a un solo trabajador-creador o a varios de ellos, dentro de un proceso creativo, respecto de los cuales recaerá determinados derechos de autor, independientemente de si quien ha colaborado con la creación es un trabajador ordinario o un practicante.

Respecto al ordenamiento jurídico peruano, se debe precisar que el artículo 16° del Decreto Legislativo Nº 822 está referido a las obras creadas en cumplimiento de una relación laboral, sin conceptualizarlas y haciendo la precisión únicamente respecto a la titularidad de los derechos patrimoniales sobre este tipo de obras, estudio que pasaremos a desarrollar en los apartados siguientes.

Sobre este punto es necesario señalar que la obra bajo las características antes descritas debe ser creada en virtud de la relación laboral entre el empleador y el trabajador-creador. Debe además responder a los intereses de la empresa y estar enmarcada en sus actividades ordinarias, pues si es una obra creada a causa de una labor ajena por la cual se contrató al trabajador-creador, es decir, que no es parte de su actividad laborativa, no existe razón para la cesión de los derechos a favor del empleador.

Ahora bien, resultar importante diferenciar dos situaciones:

a) Relaciones laborales comunes en que, a raíz de las actividades ordinarias o llámese actividad laborativa del trabajador, se crea una obra protegida por derechos de autor, sin que el objeto del contrato haya sido la creación de la obra en sí.

b) Relaciones laborales atípicas en donde el objeto del contrato es precisamente la creación, por parte del trabajador, de una obra que los derechos de autor protegen.

Sobre el primer tipo de la relación laboral se podría definir como aquellas en que la creación de la obra no fue encargada por el empleador y que resulta de la sola iniciativa del trabajador-creador, la cual fue realizada dentro del horario y jornada de trabajo y con los materiales proporcionados por su empleador. Sin duda en el caso el trabajador-creador realice una obra intelectual por iniciativa propia fuera de su horario y jornada de trabajo no estaremos dentro de este tipo de la relación laboral.

En ambos tipos de relación laboral, resulta aplicables los conceptos de derecho de autor desarrollados anteriormente; sin embargo, a efectos de delimitar nuestro objeto de estudio, debemos mencionar que en el presente caso será materia de análisis únicamente aquella figura jurídica en la que una persona es contratada por un empleador para realizar específicamente una labor de creación de una obra.

2.2.2.1. Deuda de resultado por parte del trabajador-creador

Como es sabido, en toda relación laboral ordinaria, la prestación del servicio por parte de un trabajador es de actividad y nunca de resultado.

Ahora bien, en el caso de las obras creadas dentro de una relación laboral, existe una particularidad a destacar, en tanto al trabajador-creador se le remunera por aplicar sus conocimientos en la creación de una determinada obra, independientemente de que esta llegue finalmente a ver la luz, aunque también es cierto que el objeto de la prestación está en la obra efectivamente creada.

Así, como señala Valdés (2001, p. 101):

Tenemos, por tanto, dos concepciones contrapuestas de una misma realidad: por un lado la laboral, que fija en la actividad creativa el eje fundamental de la relación contractual; por otro lado la concepción intelectual de la relación, que gravita, no sobre la actividad, sino en mayo medida sobre la obra efectivamente creada, esto es, el resultado.

De otro lado, resulta entendible que lo que resulta útil al empleador no es la obra inconclusa, sino la obra finalmente terminada y que es susceptible de explotación, lo que permite, como señala Valdés (2001), que el objeto del contrato de trabajo en este ámbito de la creación intelectual está altamente "causalizado" y pueda ser caracterizado como "tendente a un resultado".

2.2.2.2. Alteraciones de las características esenciales del contrato de trabajo en las obras creadas en el marco de una relación laboral

Sobre esta consecuencia de la creación de obras en el marco de una relación laboral se ha pronunciado Alberto Valdés (2001, pp. 93-94), quien a modo de preámbulo al estudio de estas atenuaciones señala lo siguiente:

Habremos por tanto, de indagar hasta que punto la especial naturaleza de la actividad creativa modaliza la formulación de los presupuestos básicos de la relación laboral. Intuimos que, de la especial configuración del objeto y de la causa, se desprenderán consecuencias que alterarán, más que sensiblemente, algunos de estos elementos o índices tipificadores del contrato de trabajo.

Así pues, sin duda, la creación de una obra en el marco de una relación laboral trae consigo una alteración de los elementos que caracterizan el contrato de trabajo, entre ellos, el elemento de la "subordinación" y la "ajenidad de los frutos", que pasaremos a analizar.

Sobre ello, se ha pronunciado el profesor Altés Tárrega (s.f.) al señalar que

> si bien la concepción clásica de la dependencia sería incompatible con una relación laboral de esta naturaleza, al quedar la subordinación en entredicho en referencia a la creación intelectual, su actual formulación, entendida como la inclusión del trabajador en el ámbito de dirección y control del empresario, permite compatibilizar el contrato de trabajo y las creaciones intelectuales. Igualmente, se entiende aplicable a estas relaciones la nota de ajenidad que define una relación laboral, aunque para ello, como más adelante se expone, en opiniones de algunos autores, se hace necesario modalizar dicho concepto. (…)"

En ese sentido, si bien se puede admitir que la actividad intelectual puede ser objeto de una relación laboral, dadas las prerrogativas que el trabajador-creador posee sobre su obra, los presupuestos constitutivos típicos de toda relación laboral deben ser matizados.

Además, la conjunción de dos regímenes jurídicos distintos, como el derecho de trabajo y el derecho de autor, provoca fricciones que conllevan, como mínimo, a relativizar derechos y obligaciones comprendidos en ambos.

2.2.2.2.1. La subordinación

La subordinación en el ámbito del trabajo es definida por Alfredo Montoya (2008) como el "sometimiento del trabajador al poder de organización y disciplina del empresario" (p. 37), y por Macchiavello (1986, p. 174) como la sujeción personal del trabajador, en la actividad laborativa, en su fase de ejecución, dentro de la organización técnico productiva de la empresa, a las directivas, normas y disciplina del empleador, a fin de que sólo incorpore su acción a las tareas específicas que le señale éste bajo sus poderes empresariales.

En relación con las obras creadas dentro de una relación laboral, la subordinación, como elemento esencial típico de todo contrato de trabajo, se ve alterada, en tanto la creación de la obra –objeto de la propiedad intelectual[22] implica para el trabajador-creador un acto personal libre, producto de su inteligencia humana; sin embargo, dada la subordinación que implica, la obra es creada dentro del ámbito organizacional y la dirección de un empleador.

Es decir, existe una alteración respecto del poder de dirección del empleador en cuanto, debido a la libertad de creación intelectual del trabajador-creador, este se ve impedido en gran medida de dar órdenes respecto a la ejecución del servicio.

Como señala Valdez (2001, p. 126), citando a Bayón Chacón:

en su aspecto técnico, la dependencia no existe cuando los conocimientos profesionales del trabajador son superiores a las del empresario o a su representante, lo cual ocurre en el ámbito creativo en innumerables ocasiones. Pocas prestaciones de servicios son

[22] El profesor Carlos Lasarte (2009) define el objeto de la propiedad intelectual como "la plasmación original de una obra producto de la inteligencia humana, susceptible de ser identificada y distinguida de los demás

tan difíciles de encuadrar en órdenes y disciplinas ajenas, como las que se establecen para creación de obras del ingenio, donde el resultado, en gran cantidad de ocasiones, no es otra cosa que la expresión del sentir del autor.

Sin embargo, si bien el empleador pierde en gran medida su poder de dirección, en tanto no podrá dirigir la prestación del servicio en cuanto a su creación propiamente dicha, en cuanto la obra proviene de la creación del intelecto humano del trabajador-creador, que es distinto en cada persona, sí podrá dirigir de alguna manera la actividad laborativa del trabajador. Así, el empleador especificará el lugar y el tiempo en que se va a ejecutar las labores, suministrará al trabajador las herramientas necesarias para ejecutar las labores, entre otras.

Asimismo, en el contexto de una relación laboral , el empleador podrá ejercer su poder de fiscalización de las labores realizadas por el trabajador-creador, en tanto el hecho de que sea este último quien realice la creación con su intelecto no repercute en el hecho de que el empleador puede verificar o fiscalizar que se cumpla las obligaciones contractuales, como es el caso de la jornada y el horario de trabajo, el cumplimiento de metas o avances que se pueda convenir, la utilización de herramientas de acuerdo a proyectados, entre otros.

De otro lado, el empleador también podrá ejercer su poder sancionador, en caso se incumpla las obligaciones laborales, lo que implica que el trabajador-creador está sujeto a la imposición de una sanción, que puede ser desde un llamado de atención hasta el despido, según el procedimiento establecido en la normativa nacional para dicho fin.

Se debe advertir, finalmente, que la alteración del elemento subordinación respecto al poder de dirección del empleador –en tanto el trabajador-creador goza de un elevado margen de autonomía sobre la creación de la obra– implica que el trabajador-creador realice sus labores bajo el principio de buena fe laboral[23], el cual se concretiza en las

[23] Sobre el principio de buena fe laboral Pacheco (2015, p. 3) ha señalado: "Este principio se concreta en el deber de obrar de buena fe, que puede definirse como la disposición personal de realizar las prestaciones voluntariamente asumidas, con probidad en la ejecución y efectiva voluntad de correspondencia a la confianza ajena, que excluye el engaño y cualquier finalidad que pudiese alterar el equilibrio de la relación contractual. Este modelo de conducta, que permite lograr una convivencia pacífica y próspera entre las personas de una comunidad. Se concreta en la confianza o esperanza de una actuación correcta de la otra parte, así como en la lealtad en los tratos y en la fidelidad a la palabra dada. Es uno de los pilares del mundo jurídico y un presupuesto de la convivencia civilizada.".

siguientes características: honestidad, lealtad, diligencia, confianza, honradez, comportamiento correcto, cumplimiento de la palabra dada, etc(Pacheco, 2015).

2.2.2.2.2. Ajenidad de los frutos

Como ya habríamos señalado en el primer capítulo, en virtud de este elemento del contrato de trabajo, el trabajador presta sus servicios al empresario, quien adquiere a título originario los frutos del servicio, independientemente de la utilidad patrimonial que estos frutos lleguen o no a producir, y el empresario está obligado al pago de una remuneración.

Partiendo de la teoría clásica de la ajenidad de los frutos, estos "son atribuidos inicial y directamente a [una] persona distinta de quien ejecuta el trabajo" (Alonso Olea, 1994, p. 50). Tal atribución es ab initio, es decir, desde el mismo momento en que se produce. Asimismo, como señala Valdés (2001, p. 103), los frutos –ya tomados en sentido amplio[24]

pertenecen al empresario ab initio; es una traslación del derecho a apropiarse de la fuerza del trabajo del trabajador o, en la terminología de MENGONI, de su profesionalidad. Esta traslación de la utilidad patrimonial del trabajo –aún antes de existir– a una esfera de dominio distinta a la del propio trabajador, justifica la absoluta ajenidad del trabajador respecto de los riesgos de la actividad empresarial.

Sobre este punto debemos volver a hacer hincapié en que se debe entender el concepto de fruto no con la atribución de la obra en sí, sino con la atribución de los derechos de explotación que la obra pueda contener. Como señala Valdés (2001, p. 96), "de poco o nada le sirve al empresario la obra físicamente creada si no puede disponer de ella por carecer de los derechos de explotación inherentes a la misma.

Ahora bien, cuando el fin de la prestación es la creación de obras intelectuales, el concepto de ajenidad al que hemos hecho referencia sufre una serie de alteraciones en su propia esencia, con lo cual, al momento de analizar la atenuación de la propiedad de los frutos a favor del empleador, debemos tener en cuenta que, si bien la relación laboral

[24] Entendiéndose por tal "toda resultante del trabajo productivo del hombre, intelectual o manual, tenga valor por sí mismo o lo tenga asociado al resultado del trabajo de otros hombres, consista en un bien o consista en un servicio" (Alonso & Casas, 2008, pp. 22 y ss).

típica implica ceder a otro de manera anticipada los frutos del propio trabajo, este rasgo se ve atenuado al momento en que los frutos pueden calificarse como una obra, objeto de protección del derecho de autor, respecto de la cual el trabajador tiene derechos inherentes a su persona.

Se puede señalar, de manera general, que se atenúa los efectos en lo que corresponde a la ajenidad de los frutos[25] producidos en el marco de una relación laboral, en tanto existe una fricción respecto a la titularidad de la obra creada por el trabajador-creador, protegida por el derecho de autor y la propiedad de aquella obra (llámese fruto) a favor del empleador, en cuanto el trabajo desarrollo es por cuenta ajena.

Por otro lado, el empleador adquiere de manera relativa la titularidad de los derechos de autor como contraprestación por la remuneración otorgada y como consecuencia de la ajenidad propia de la relación laboral.

Al respecto, Castro Bonilla (s.f.) ha señalado:

> las obras creadas por asalariadas en el ejercicio de su trabajo le pertenecen al empleador en contraprestación del pago que realiza en virtud del salario; pues el principio laboral de la ajenidad de los frutos justifica que las obras de asalariados pertenezcan por titularidad originaria al empleador (por una fictio legis) aunque dicha cesión no necesariamente sea sobre la totalidad de los frutos sino sobre parcialidad de los mismos, sobre todo en virtud de la existencia de derechos morales inalienables como el de la paternidad de la obra. El empleador podrá disfrutar de tales frutos y explotarlos patrimonialmente en la medida necesaria para sus actividades ordinarias.
>
> Castro Bonilla (s.f.) agrega que si un trabajador recibe un salario para crear una obra, está obligado a asegurar ese trabajo y a permitir al empleador el libre ejercicio de la titularidad originaria, en particular de los derechos

[25] Sobre la ajenidad, Ackerman (2004, pp. 55-56) señala que tiene dos significados: "Por un lado, lo esencial y definitorio del trabajo por cuenta ajena está en la distribución originaria, en que los frutos –esto es la utilidad patrimonial del trabajo– desde el momento mismo de su producción pertenecen a otra persona, nunca al trabajador. Pero también la ajenidad se proyecta sobre el crédito salarial, en cuanto el trabajador por su prestación laboral dependiente percibirá de su empleador, en cualquier caso, una compensación económica garantizada, sin quedar afectado por el riesgo de la ejecución de aquélla, al no asumir la responsabilidad del resultado del trabajo en sí mismo considerado".

patrimoniales. Esto constituye una actuación recíproca de buena fe: fidelidad del trabajador hacia el empleador y el pago del salario según lo acordado. Asimismo, el profesor Campos Micin (2005) considera que cuando el trabajador está obligado a prestar servicios creativos, el principio de ajenidad encuentra un sólido contrapeso. Dice este autor (pp. 198-199):

En efecto, si se aplicara el principio de ajenidad, se debería atribuir originaria y directamente al empleador la titularidad del Derecho de autor sobre toda obra creada por el trabajador en cumplimiento de sus funciones, a fin de que el primero pueda explotarla y desarrollar normalmente su actividad económica; no obstante, si entre las finalidades de un estatuto de Derecho de autor se encuentran [asegurar a los autores una protección adecuada para los resultados de su creación y estimular la actividad creativa], la aplicación irrestricta del principio de ajenidad se torna ciertamente problemática.

En tal sentido, esta relación laboral de trabajador-creador y empleador con deberes y derechos, a causa de la aplicación de dos regímenes, como el laboral y de derechos de autor, ha implicado que uno de los elementos de la relación, como es la ajenidad de los frutos, se vea atenuado, y no puede existir derecho de propiedad absoluto por parte del empleador sobre las obras protegidas con derecho de autor.

Sobre esta alteración, resulta importante destacar, como señala Valdés (2001, pp. 102-123), que las teorías existentes válidas para poder explicar el concepto de “ajenidad de los frutos” en el trabajo de los autores describen o justifican un juego de atribuciones y titularidades que no se ajusta a las particularidades de la relación laboral de los autores asalariados y que, por lo tanto, requiere una reformulación del concepto de ajenidad.

2.2.2.3. Transmisión de la titularidad de los derechos de autor en las obras creadas bajo una relación laboral

Las obras creadas bajo una relación laboral plantean la discusión acerca de la verdadera autoría, debido a que podría sostenerse que el trabajador-creador, al responder a instrucciones del empleador en cuanto al género y a las características de la obra a realizar, no ejecuta una creación, sino que es un simple ejecutor. Como consecuencia, el empleador resulta ser el verdadero autor.

Por otro lado, si bien a través de las doctrinas que han desarrollado el concepto de "ajenidad" resulta posible aplicar la figura de adquisición originaria de titularidades o su traslación ab initio (de los frutos en el patrimonio del empleador), cuando se trata de una relación laboral común. Lo cierto es que dicha figura tiene alteraciones cuando se trata de aquellas relaciones laborales con autores asalariados.

Como ya habíamos adelantado, existe una fricción en cuanto a la titularidad de la obra creada por el trabajador-creador, protegida por el derecho de autor, y la propiedad de aquella obra (llámese fruto) a favor del empleador, en cuanto el trabajo desarrollado a favor de este, que nos lleva a hablar de una transmisión de la titularidad de los derechos de autor del trabajador a favor del empleador.

Así pues, la consecuencia propia del contrato de trabajo –como es el nacimiento de los frutos en el patrimonio del empleador– difícilmente se puede cumplir en las relaciones laborales con autores asalariados. En el caso de las obras creadas dentro de una relación laboral, los frutos o utilidad patrimonial extraíble nacen originariamente en el patrimonio del trabajador-creador, con una posterior cesión de los mismos al empleador.

Ahora bien, la doctrina jurídica latina del derecho de autor y el copyright no siguen un mismo planteamiento sobre la autoría y titularidad de las obras creadas bajo una relación laboral. No existe una norma de carácter internacional que regule esta materia de modo uniforme.

Asimismo, como señala Uribe (2007, p. 16), aunque en general se tienda a reconocer que el empleador es el titular de los derechos patrimoniales, es heterogénea la forma en que cada país incluye en su regulación las características de la titularidad originaria o derivada de la obra que recae sobre el empleador, así como las circunstancias y límites bajo los cuales el trabajador-creador puede ejercer los derechos, tanto morales como patrimoniales, que corresponden a su creación.

Al respecto, cabe señalar que no es parte de presente trabajo de investigación hacer una revisión de cada una de las vertientes doctrinales que han desarrollado el tema de la autoría y titularidad de los derechos de autor de las obras creadas bajo relación laboral; sin embargo; si será parte del desarrollo de la presente tesis lo regulado al respecto en la normativa peruana de derecho de autor.

Debemos partir señalando que el artículo 10 del régimen comunitario (Decisión Andina 351 de 1993), del cual el Perú es parte, da a los países miembros la potestad de otorgar como consideren conveniente la titularidad originaria o derivada de los derechos patrimoniales de las obras creadas en el marco de una relación laboral, sea a una persona natural o jurídica, al empleador o al trabajador-creador.

En el caso peruano, esta disposición significa que se debe acudir al régimen interno – Decreto Legislativo Nº 822– para determinar qué tratamiento aplica a las obras creadas dentro de una relación laboral.

Al respecto, como ya se había hecho referencia, el artículo 16° del Decreto Legislativo Nº 822, Ley de los derechos de autor, señala taxativamente lo siguiente:

Artículo 16°- Salvo lo dispuesto para las obras audiovisuales y programas de ordenador, en las obras creadas en cumplimiento de una relación laboral o en ejecución de un contrato por encargo, la titularidad de los derechos que puedan ser transferidos se regirá por lo pactado entre las partes.

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, lo que implica, igualmente, que el empleador o el comitente, según corresponda, cuentan con la autorización para divulgar la obra y defender los derechos morales en cuanto sea necesario para la explotación de la misma.

Como se puede señalar de manera general, del artículo antes citado, la legislación peruana permite que las partes de la relación laboral acuerden los alcances de la titularidad y transferencia de la obra, y solo ante la falta de acuerdo, la cesión de los derechos patrimoniales de autor se asume a favor del empleador, con lo cual nuestra regulación da una importancia notable a la autonomía de la voluntad.

2.2.2.4. Principio de autonomía de voluntad como principio más representativo de las obras creadas en el marco de una relación laboral

Se debe tenerse en consideración que la mayoría de las legislaciones discípulas de la doctrina jurídica latina del derecho de autor reconoce en su regulación la importancia del "principio de autonomía de la voluntad", cuando se trata de obras creadas en el contexto de una relación laboral. Es decir, pese a los elementos de dependencia y subordinación que existe entre empleador y trabajador-creador, en virtud del contrato de trabajo, se permite que las partes acuerden los alcances de la titularidad y transferencia de la obra, y solo ante la falta de acuerdo la cesión de los derechos patrimoniales de autor se asume legalmente a favor del empleador. Entre estas legislaciones se encuentra la ley peruana de derecho de autor, Decreto Legislativo N° 822.

Ahora bien, como señala María Uribe (2007), para otorgar la titularidad derivada de la obra al empleador se debe recurrir a las normas generales de transmisión. Estas influyen tanto en "los derechos objeto de transmisión como en la forma requerida para la transferencia"; es decir, la obra creada bajo una relación de trabajo pertenece al trabajador-creador en el ámbito moral y patrimonial y en el evento de querer transmitir los derechos al empleador se deben seguir parámetros generales de transmisión mediante la modalidad de "cesión convencional" (Uribe, 2007, p. 14).

Con la finalidad de ceder los derechos patrimoniales sobre la obra a favor del empleador, en el marco de una relación laboral, se requiere un acuerdo específico entre las partes, el cual puede estipularse en diferentes momentos de la relación contractual.

Por otro lado, siguiendo a Alberto Valdés (2001, pp. 149-172), resulta claro que dentro de una relación laboral existen una serie de mecanismos que permiten estructurar la transmisión de derechos de propiedad entre el empresario y el trabajador-creador. Estos son:

a) Por contrato de trabajo escrito donde figure una cláusula específica que recoja expresamente el acuerdo sobre las condiciones de la transmisión de los derechos de propiedad intelectual entre el empleador y el trabajador-creador.

   Sobre este primer mecanismo cabe acotar que nos encontramos en el supuesto objeto de estudio, en que una persona es contratada por un empleador para realizar específicamente una labor de creación de una obra intelectual y respecto de quien se encuentra en una constante subordinación en la prestación del servicio. Y donde, sin duda, cabe la posibilidad de que las partes concreticen la celebración de un contrato de trabajo por escrito con cláusulas sobre condiciones de transmisión de derechos de propiedad, ya sea antes de iniciar la relación laboral o dentro de la vigencia del vínculo laboral.

b) Por pacto escrito de manera formal, independientemente del contrato de trabajo: este es ajeno a la decisión sobre las condiciones generales de trabajo.

   Su único contenido es el que alude a la cesión de los derechos de propiedad intelectual. El pacto podrá realizarse al inicio de la relación laboral, durante el desarrollo de la actividad o bien puede modificar el régimen de transmisión contenido en un acuerdo preexistente.

   Este segundo mecanismo resultaría aplicable también, en el caso de que un trabajador que no fue contratado para realizar una obra intelectual, pero que por su actividad laborativa por la que fue contratada, puede catalogarse como autor, realiza una obra protegida por derechos de autor, las partes de la relación

laboral podrán pactar por escrito de forma independiente al contrato, las condiciones de la cesión de los derechos de propiedad intelectual.

En este caso, el hecho de que el trabajador-creador haya realizado la obra intelectual dentro de su horario y jornada de trabajo, recibido una remuneración mensual e incluso haberse proporcionado material de trabajo, conlleva que se reconozca sobre el empleador el ejercicio de los derechos patrimoniales sobre la obra sin dejar de reconocer los derechos morales del trabajador-creador. Esta situación no opera en caso el creador haya realizado la obra por su propia iniciativa y fuera de la jornada de trabajo.

c) Por convenio colectivo de condiciones de trabajo.

Al respecto, debemos hacer referencia a lo que señala Alberto Valdés citando a Fernández Domínguez, "el convenio colectivo podría ser un instrumento sumamente útil para coordinar los intereses de todos los sujetos implicados en la creación de una obra, teniendo en cuenta que cada día es más frecuente la elaboración de obras intelectuales mediante las aportaciones individuales de diferentes trabajadores" (Valdés Alonso, 2001, p. 160).

2.2.2.5. Relativización del derecho a la titularidad de los frutos a favor del empleador

Como habíamos señalado en la parte introductoria, el contenido de derecho de autor es un conjunto de facultades que se le reconoce al creador de una obra. Tienen una doble naturaleza: personal (derechos morales) y patrimonial (derechos patrimoniales).

Así, el autor que crea una obra por cuenta propia goza de todos los derechos sobre ella por el simple hecho de haberla creado. Esos derechos son de dos tipos. Primero, los derechos morales, que son facultades de contenido personal, mas no económico: derecho a la divulgación, a reivindicar la autoría de la obra, a la integridad de la obra, entre otros que resultan intransmisibles. Segundo, los derechos patrimoniales, por lo que el autor puede explotar económicamente la obra, reproducirla, distribuirla, comunicarla públicamente y transformarla.

Por otro lado, como señala Valdés (2001), en una relación laboral común el empleador es titular de cuantos frutos genere el trabajador en virtud de la actividad contratada e, igualmente, puede explotar libremente dichos frutos del trabajo. “No existen limitaciones ni en la recepción de los mismo, ni en la disposición que de éstos de haga”, dice Valdés (2001, p. 109).

Sin embargo, en el ámbito de las creaciones intelectuales bajo una relación laboral esta disponibilidad se encuentra muy limitada. Y dicha limitación radica en que el trabajador-

creador no es ajeno a la explotación del producto que resulta de su trabajo, ni tampoco es ajeno a la utilidad patrimonial que dicha explotación puede reportar.

Como ya hemos señalado, el trabajador-creador mantiene unas prerrogativas sobre la explotación de la obra de creación en virtud de la subsistencia de los denominados derechos morales, los cuales como precisamos, son aquellos que se refieren a la tutela de la personalidad del autor respecto a su obra y que son “perpetuos, inalienables, irrenunciables e imprescriptibles”.
En ese sentido, la explotación de la obra por parte del empleador se ve limitado a causa de que el trabajador-creador mantiene los derechos morales sobre la obra. Lo que permite señalar que la disponibilidad con que cuenta el empleador sobre los frutos es relativa, debiéndose incluso tener en cuenta aquellas limitaciones que por ley se regulan.

Nuestro ordenamiento peruano regula determinadas limitaciones a la explotación de la obra por parta del empleador, las cuales pasaremos a analizar en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO III

REGULACIÓN DE LA OBRA INTELECTUAL CREADO BAJO UN RELACIÓN LABORAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Una vez desarrollado en el capítulo II las características propias de las obras realizadas bajo una relación laboral, las cuales guardan una influencia tanto del derecho de autor como el derecho de trabajo, corresponde realizar en el presente capítulo un análisis de dicha figura, según lo regulado discretamente por el ordenamiento jurídico peruano a través del Decreto Legislativo Nº 822, Ley sobre el derecho de autor.

Como ya hemos señalado, es heterogénea la forma en que cada país incluye en su regulación las características de la titularidad originaria o derivada de la obra que recae sobre el empleador, así como las circunstancias y límites bajo los cuales el trabajador-creador puede ejercer los derechos, tanto morales como patrimoniales, que corresponden a su creación.

Ahora bien, dichas características son reguladas por el derecho de autor, traen sin duda ciertas manifestaciones en la esfera de la relación laboral entre el trabajador-creador y el empleador, que resulta importante revisar.

Como se había hecho referencia, los cuatro elementos constitutivos del contrato de trabajo: libertad, ajenidad, subordinación y remuneración, ante las reglas de titularidad reguladas en la normativa legal se ven alteradas y crea una relación laboral atípica, que merece ser analizada detenidamente, en tanto los derechos y obligaciones del trabajador-creador como del empleador se van a ver matizados.

La revisión del ordenamiento jurídico peruano no solo permitirá tener en claro cuáles son aquellas situaciones que han sido reguladas mediante el Decreto Legislativo Nº 822, sino que permitirá realizar de aquellas situaciones que no están comprendidas y que necesitan a nuestro entender de un tratamiento normativo.

3.1. TITULARIDAD DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN LAS OBRAS CREADAS EN CUMPLIMIENTO DE UNA RELACIÓN LABORAL SEGÚN ARTÍCULO 16° DEL DECRETO LEGISLATIVO Nº 822: AUTONOMÍA INDIVIDUAL Y PRESUNCIÓN DE TITULARIDAD

Como habíamos hecho mención, tomando en cuenta lo señalado por María Uribe, cada país regula de modo heterogéneo las características de la titularidad originaria o derivada de la obra a favor del empleador y sobre las circunstancias y límites bajo los cuales el empleador podrá ejercer los derechos patrimoniales, que le pertenecen en razón de dicha transferencia.

Al respecto, en nuestro ordenamiento nacional, el artículo 16° del Decreto Legislativo Nº 822 – Ley de los derechos de autor, señala taxativamente lo siguiente:

> Artículo 16°- Salvo lo dispuesto para las obras audiovisuales y programas de ordenador, en las obras creadas en cumplimiento de una relación laboral o en ejecución de un contrato por encargo, la titularidad de los derechos que puedan ser transferidos se regirá por lo pactado entre las partes.
>
> 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, lo que implica, igualmente, que el empleador o el comitente, según corresponda, cuentan con la autorización para divulgar la obra y defender los derechos morales en cuanto sea necesario para la explotación de la misma.

Como se puede apreciar del artículo antes citado, la legislación peruana permite que las partes de la relación laboral acuerden los alcances de la titularidad y transferencia de la obra, y solo ante la falta de acuerdo, la cesión de los derechos patrimoniales de autor se asume a favor del empleador.

Al respecto, según Antequera y Ferreyros (1996, pp. 104-105), la doctrina peruana de derecho de autor ha señalado que

> 5. La solución adoptada por el Decreto Legislativo Nº 822 se basa en el principio de respeto a la libre voluntad contractual, de manera que la titularidad de los derechos transferibles, o sea, los de orden patrimonial, en las obras creadas bajo relación de trabajo o por encargo, se rige por lo acordado entre las partes (art. 16°, primer párrafo). 6. Pero es común que por imprevisión, rutina o descuido,

empleador o comitente por un lado, y autor asalariado o comisionado por el otro, no resuelvan expresamente de qué manera han acordado el régimen de la titularidad y el ejercicio de los derechos de explotación sobre la obra creada, y esa inseguridad puede generar conflictos posteriores, especialmente si la creación resulta un éxito económico. 7. Por eso, el Decreto Legislativo 822 suple la voluntad de las partes, a falta de pacto expreso, y establece una presunción iuris tantum de cesión no exclusiva de los derechos patrimoniales al empleador o comitente, según los casos, pero únicamente en la medida necesaria para las actividades habituales del cesionario en la época de la creación (art. 16, segundo párrafo).

En ese sentido, en el caso peruano, en las obras creadas bajo relación de trabajo, de ninguna manera se produce una cesión anticipada –nacimiento originario– de los frutos del trabajo a favor del empleador, sino que, las partes deberán llevar a cabo una valorización pormenorizada de cuáles son los derechos inherentes a la obra creada esenciales o no para la actividad habitual del empleador. Ante la falta de acuerdo se presumirá la cesión exclusiva de los derechos patrimoniales a favor del empleador con las limitaciones establecidas en la normativa de derecho de autor.

Asimismo, como se ha desarrollado anteriormente, con la finalidad de ceder los derechos patrimoniales sobre la obra creada bajo una relación laboral a favor del empleador, se requiere un acuerdo específico entre las partes, que puede estipularse en diferentes momentos de la relación contractual, a través de mecanismos como el contrato escrito de trabajo, el pacto por escrito independientemente del contrato de trabajo y el convenio colectivo.

Por otro lado, la presunción que señala la norma bajo análisis, opera bajo ciertos límites que se imponen al empleador, en tanto, como ya habíamos señalado en el capítulo anterior, la explotación de la obra por parte del empleador se ve limitado a causa de que el trabajador-creador mantiene los derechos morales sobre la obra.

Así pues, el trabajador-creador mantiene unas prerrogativas sobre la explotación de la obra de creación en virtud de la subsistencia de los denominados derechos morales, los cuales como precisamos, son aquellos que se refieren a la tutela de la personalidad del autor en relación con su obra y, que son, "perpetuos, inalienables, irrenunciables e imprescriptibles".

En ese sentido, la explotación de la obra por parte del empleador se ve limitado a causa de que el trabajador-creador mantiene los derechos morales sobre la obra. Lo que permite señalar que la disponibilidad con que cuenta el empleador sobre los frutos es relativa, debiéndose incluso tener en cuenta aquellas limitaciones que cada ordenamiento regula.

Para entender en mayor medida el tema de la titularidad de los derechos de autor en las obras creadas bajo la relación laboral, debemos tener en cuenta que el titular originario del derecho moral[26] que recae sobre la obra tiene las siguientes facultades:

- Derecho de paternidad

  El mismo que se traduce en la facultad de reivindicar que tiene el autor para que se le reconozca la condición de creador de la misma. Lo que se relaciona con el derecho que tiene a que se le mencione como autor de la obra según la forma que esta ha elegido, incluyendo el seudónimo o el anónimo.

  Este derecho se infringe básicamente en dos supuestos, cuando se omite publicar la autoría de la obra o cuando se hace con el nombre de otro.

[26] Sobre el derecho moral Alberto Valdés (2001, p. 63) lo define como el cúmulo de facultades del autor que tienden a preservar aquellos derechos estrictamente vinculados con el proceso creativo: "Son en definitiva los mecanismos por los cuales el ordenamiento trata de preservar aquello más íntimo y personal que el autor ha plasmado en su obra".

- Derecho de integridad

Es la facultad del autor para que se respete la obra y por la cual puede oponerse a cualquier cambio, deformación o mutilación de la obra que afecte el decoro de la misma, la demerite o perjudique el honor y/o la reputación del autor.

Este derecho es relevante en los casos en que un tercero utiliza una obra sin autorización expresa del autor: alterándola, adaptándola, modificándola de alguna forma; pero también cuando el tercero autorizado para hacer uso de la obra la modifica sin autorización.

Como señala Lipszyc (1993, p. 168), "el autor tiene derecho a que su pensamiento no sea modificado o desnaturalizado, y la comunidad tiene derecho a que los productos de la actividad intelectual creativa le lleguen en su auténtica expresión".

- Derecho de divulgación

Es el derecho que tiene el autor a decidir sobre la divulgación de su obra y el medio o el formato, o decidir mantenerla reservada en la esfera de su intimidad. Solo le corresponde al autor determinar en qué momento dará a conocer su obra al público. Sobre esta facultad resulta importante señalar, que la misma se ejerce respecto de cada una de las posibles formas de explotación de la obra. A modo de ejemplo, si el autor decidiere divulgar su obra mediante representación teatral, mantiene intacto el derecho a darla a conocer mediante otra manera.

Asimismo, la divulgación de la obra adquiere importancia ya que si bien los derechos patrimoniales del autor nacen con la creación, se manifiestan recién a partir de la divulgación (Lipszyc, 1993, p. 161).

- Derecho de modificación

Es la facultad que tiene el autor de realizar modificaciones a la obra, aun cuando esta ya haya sido divulgada. La modificación que se realice de la obra deberá respetar los derechos que adquirieron terceros, a quienes deberá indemnizar por eventuales daños y perjuicios que genere la variación.

- Derecho de retracto o arrepentimiento

  Es la posibilidad que tiene el autor de retirar la obra del acceso público, incluso luego de haberlo autorizado, previa compensación económica por eventuales daños ocasionados a quienes habría concedido derechos de utilización.

  Ahora bien, los derechos morales antes enunciados quedan dentro del círculo rector del trabajador, pero, el ejercicio de estos derechos se encuentra como es lógico muy "mediatizado" por la presencia de la relación laboral.

Señala Alberto Valdés (2001, p. 174):

> Aun cuando el trabajador, como autor, se encuentra asistido por las facultades del derecho moral, su ejercicio real se vincula muy estrechamente al éxito de la empresa [causa] para la cual fue contratado (…). Es por ello que se debe conciliar la presencia de unas facultades morales del trabajador sobre su obra, con el respeto a los legítimos intereses del empresario, de la síntesis de ambas proposiciones surge un derecho moral atenuado, que, sin privar al trabajador de determinadas prerrogativas sobre la obra creada, modaliza en gran medida su ejercicio.

Así pues, en las obras creadas bajo una relación laboral, no solo se atenúan los elementos propios de la relación laboral como la subordinación y la ajenidad antes vista, sino que también trae consigo atenuaciones para el derecho de autor, sobre los derechos morales, en tanto como señala el autor su ejercicio se ve limitado.

Por otro lado, dentro de las facultades exclusivas del autor de controlar los distintos actos de explotación económica de la obra[27], sea que este la explote directamente o autorice a terceros a hacerlo y participe de la explotación obteniendo un beneficio económico, tenemos:

[27] Sobre los derechos de explotación Alberto Valdés (2001, p. 68) señala que se entienden aquellas facultades cuyo ejercicio genera o puede generar un aprovechamiento patrimonial para su autor. Estos derechos suponen el reconocimiento al autor de su derecho a controlar la obra y a obtener rendimientos económicos de su trabajo o creación.

- Derecho de reproducción

  Es la facultad exclusiva de explotar la obra en su forma original o derivada, mediante su fijación material en cualquier medio y por cualquier procedimiento y la obtención de una o varias copias de todo o de parte de una obra. Los medios por los cuales se materializa la reproducción de la obra son diversos.[28]

- Derecho de comunicación pública

  Consistente en el derecho a que una pluralidad de personas pueda acceder a toda o a parte de una obra, sea en su forma original o transformada, por medios que no consisten en la distribución de ejemplares.[29]

- Derecho de transformación

  Facultad que recae sobre el autor de la obra originaria para autorizar la creación de obras derivadas de aquella: adaptaciones, traducciones, compilaciones, etc.

---

[28] Decreto Legislativo N° 822 – Ley sobre Derecho de Autor
Artículo 32°.- La reproducción comprende cualquier forma de fijación u obtención de copias de la obra, permanente o temporal, especialmente por imprenta u otro procedimiento de las artes gráficas o plásticas, el registro reprográfico, electrónico, fonográfico, digital o audiovisual.

[29] Decreto Legislativo N° 822 – Ley sobre Derecho de Autor
Artículo 33°.- La comunicación pública puede efectuarse particularmente mediante:
a) Las representaciones escénicas, recitales, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales, por cualquier medio o procedimiento, sea con la participación directa de los intérpretes o ejecutantes, o recibidos o generados por instrumentos o procesos mecánicos, ópticos o electrónicos, o a partir de una grabación sonora o audiovisual, de una representación digital u otra fuente.
b) La proyección o exhibición pública de obras cinematográficas y demás audiovisuales.
c) La transmisión analógica o digital de cualesquiera obras por radiodifusión u otro medio de difusión inalámbrico, o por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo o digital que sirva para la difusión a distancia de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, sea o no simultánea o mediante suscripción o pago.
d) La retransmisión, por una entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida.
e) La captación, en lugar accesible al público y mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión.
f) La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones.
g) El acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, o cualquier otro medio o procedimiento en cuanto incorporen o constituyan obras protegidas.
h) En general, la difusión, por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes.

La individualidad de la obra originaria pese a la transformación permanece inalterada.

3.2. LÍMITES A LA EXPLOTACIÓN DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 16° DEL DECRETO LEGISLATIVO Nº 822

3.2.1. Cesión de los derechos patrimoniales de forma no exclusiva

El artículo 16° Decreto Legislativo Nº 822 señala 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 (…)".

A partir de ello se concluye, que en aquellos casos en que el trabajador – creador y empleador no hubieran suscrito un pacto sobre la explotación de los derechos patrimoniales, se presumirá que estos han sido cedidos al empleador en forma no exclusiva. Es decir, el empleador y el trabajador-creador comparten el ejercicio de los derechos patrimoniales. Y tal protección sin duda tiene como fundamento el ejercicio de los derechos morales que son propios de la esfera personalísima del trabajador-creador.

Dicha facultad permite, que el trabajador – creador pueda ceder los derechos patrimoniales que recaen sobre su obra a otra persona distinta de su empleador, lo que trae consigo una ruptura de la característica de "exclusividad" en la ejecución del servicio por parte del trabajador respecto de su empleador. Si bien el trabajador-creador no realizará un servicio subordinado para una persona distinta a su empleador, lo cierto es que cederá los frutos de su trabajo a una persona distinta.

Asimismo, dicha facultad no resulta ser lo más equitativo para el empleador, en tanto pese a proporcionar del material necesario para la realización de las labores y realizar el pago de una remuneración, no gozará de los derechos patrimoniales que recaen sobre la obra creada por el trabajador-creador de manera exclusiva.

Finalmente, si bien la legislación sobre derecho de autor protege sin duda los derechos morales que son propios del trabajador-creador, no se ha puesto en determinados supuestos que se pueden presentar en una relación de trabajo, como sería el caso, de la posibilidad de que el trabajador-creador pueda ceder los derechos patrimoniales de la obra a la competencia del empleador, sin que este haya invertido en su consecución y solamente comprando los derechos de explotación.

En ese sentido, en este supuesto, la relación laboral queda supeditada a la buena fe del trabajador – creador, quien pese a disponer del derecho de ceder sus derechos patrimoniales a favor de terceros, incluso a la competencia, se caracterice por un valor de lealtad frente a su empleador.

En el caso del empleador, podrá optar por la suscripción previa de cláusulas de exclusividad con el trabajador – creador y posterior demanda por indemnización de daños y perjuicios en sede judicial por la cesión de derechos patrimoniales a la competencia.

3.2.2. Cesión de los derechos patrimoniales en la medida necesaria para sus actividades habituales en la época de la creación

El artículo 16° Decreto Legislativo Nº 822 señala que "A falta de estipulación contractual expresa, se presume que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido cedidos al patrono o comitente (…) la medida necesaria para sus actividades habituales en la época de la creación".

Conforme al artículo en mención, en aquellos casos en que el trabajador – creador y empleador no hubieran suscrito un pacto sobre la explotación de los derechos patrimoniales, se presumirá que estos han sido cedidos al empleador únicamente en la medida necesaria para cubrir las actividades habituales del empleador en la época de creación de la obra.

Sin embargo, dicha regulación trae consigo inquietudes tanto para el derecho de autor como derecho de trabajo en tanto, habrá una medida que identificar para proceder a la cesión de los derechos patrimoniales, como es dilucidar que debemos entender como actividad habitual del empleador y cuál será la época de creación de la obra a identificar.

Respecto a la actividad habitual del empleador, la normativa nacional de derecho de autor no ha definido la misma, por lo cual existe un primer problema en identificar cual será la actividad habitual del empleador, en tanto puede tratar de aquella actividad del empleador que está en acción o funcionamiento o específicamente la ligada con su objeto social empresarial. Claro está, que la segunda de las acepciones englobaría no solo la actividad que se encuentra en funcionamiento sino todas aquellas señaladas en el objeto social de la empresa, la cual reúne actividades principales como secundarias.

Desde una postura limitativa del derecho de autor es lógico entender que los derechos patrimoniales serán cedidos al empleador en la medida necesaria para sus actividades

que se encontraban en acción o en funcionamiento y esta postura se afianza con el término “medida necesaria” utilizado por la normativa peruana de derecho de autor.

En segundo lugar, el artículo 16° del Decreto Legislativo Nº 822 impone un límite temporal, al señalar que los derechos patrimoniales serán cedidos no solo en tanto sea necesario para sus actividades habituales, que además para aquellas habituales en la época de la creación.

Con ello, salta a la vista un segundo problema, que es identificar la época de creación de la obra, es decir, el periodo de tiempo en que el trabajador – creador ejecutó el servicio subordinado de creación de una obra intelectual a favor de su empleador. En este punto, la norma de derecho de autor es clara en establecer que el tiempo a identificar es el que se tomó el trabajador para crear la obra, el cual en la práctica puede ser corto como un periodo prolongado.

En suma, en atención a la normativa nacional de derecho de autor, la cesión de los derechos patrimoniales a favor del empleador, se dará en la medida necesaria para sus actividades en funcionamiento en la época de la creación de la obra intelectual por parte del trabajador – creador.

Desde la perspectiva del derecho de trabajo, esta regulación trae sin duda una serie de acotaciones. En primer lugar, al limitar la cesión de derechos patrimoniales en la medida necesaria para sus actividades en funcionamiento, se está privando al empleador de ejercer su derecho a la libertad de empresa al no poder realizar su objeto social, lo cual como ya habíamos señalado no resulta justo para el empleador quien ha procurado los medios necesarios para la realización de un servicio e incluso pagado una remuneración por el mismo y, se ve atado con la imposibilidad de utilizar dichos frutos para sus actividades secundarias o conexas o incluso principales pero no habituales.

Segundo, al momento de identificar la época de creación de la obra, entendiendo que en toda relación laboral, el trabajador pone a disposición su fuerza de trabajo a favor del empleador dentro del plazo fijado por las partes; el tiempo de duración de la relación laboral entre el trabajador – creador y el empleador queda sin importancia y ello en tanto la creación de la obra en sí puede haberse dado durante todo el plazo de la relación

laboral o simplemente en un plazo inferior, o incluso tratarse de la realización de diferentes obras intelectuales dentro una sola relación de trabajo.

Si bien, la norma limita la cesión de derechos patrimoniales a favor del empleador a las actividades en funcionamiento al momento de la época de la creación de la obra, lo cierto es que existe una relación de trabajo en el tiempo, en que en empleador ha remunerado al trabajador – creador por el servicio realizado y no solo por la etapa misma de creación de la obra.

Estas dos acotaciones nos hacen darnos cuenta, que si bien la ley nacional de derecho de autor tiene una visión proteccionista de los derechos de autor de los trabajadores – creadores que se funda especialmente en los derechos morales que les son propios, no se ocupa en gran medida de ciertas situaciones que sin duda ponen en desventaja al empleador.

3.2.3. El empleador cuenta con la autorización para divulgar la obra y defender los derechos morales en cuanto sea necesario para la explotación de la misma

El artículo 16° Decreto Legislativo Nº 822 establece que el empleador o el comitente, "según corresponda, cuentan con la autorización para divulgar la obra y defender los derechos morales en cuanto sea necesario para la explotación de la misma".

Conforme al artículo en mención, en aquellos casos en que el trabajador-creador y empleador no hubieran suscrito un pacto sobre la explotación de los derechos patrimoniales; el empleador cuenta con la autorización para divulgar la obra y defender los derechos morales en cuanto sea necesario para la explotación de la misma.

Claro está, que dicha disposición resulta aplicable siempre bajo la doble limitación que trae la norma de derecho de autor: (i) de forma no exclusiva y (ii) en la medida necesaria para sus actividades habituales en la época de la creación.

No cabe duda, que el permitir al empleador la divulgación de la obra encuentra sentido en los fines que persigue el empleador-empresario con la contratación subordinada del trabajador-creador, como es la obtención de beneficios económicos en razón de la exteriorización de la obra intelectual. No permitirlo implicaría desconocer no solo la

razón de ser de este tipo de contratación laboral, sino poner en desventaja al empleador en tanto no solo ha cedido los medios para la consecución de la obra intelectual, sino que ha realizado el pago de una remuneración por el servicio prestado.

Con lo cual, el trabajador – creador cede al empleador su derecho moral para poder divulgar la obra, quien a realizar el acto de divulgación puede defender los derechos morales que le son propios al autor. Dicha situación no implica que el empleador pueda desconocer los demás derechos morales que son propios del trabajador – creador como es el caso del derecho de paternidad.

Señala Alejandra Castro (s.f.): "Evidentemente, en este caso el trabajador no tendrá todas las prerrogativas que implica el derecho moral pues el ejercicio del mismo le corresponde al empleador, pero sí debe poseer el derecho sobre la paternidad de la obra".

No cabe duda, que el trabajador-creador seguirá conservando el derecho a que se le mencione como autor de la obra, pese a que cede a su empleador los derechos patrimoniales que recaen sobre la obra. Al respecto, señala Castro (s.f.), "el derecho moral admite una renuncibilidad por cuanto si bien el empresario puede conservar derechos morales sobre la obra, el nombre y la paternidad de la misma a favor del autor responsable del hecho generador, no puede sustituirse".

Pese a ello, es muy común que se omita publicar la autoría de la obra o que la obra sea publicada con el nombre de otro. Situación que a nuestra opinión, desde ninguna perspectiva del derecho laboral, puede verse alterada; en tanto se trata de conciliar los derechos de autor que recaen sobre la obra y los derechos laborales que son propios a las partes de la relación laboral, más no desconocer derechos que son personalísimos e irrenunciables.

Por otro lado, continúa señalando Alejandra Castro (s.f.), los derechos morales, aunque son absolutos, son limitados, y en la relación laboral esta limitación se justifica jurídicamente por una norma expresa y por una serie de condiciones que ya hemos citado.

Dentro de estas condiciones que justifican los límites impuestos al derecho moral que ostentaría el trabajador sobre la creación cedida al empleador, se encuentran la buena

fe en la relación laboral, la compensación salarial recibida y el reconocimiento de los extremos de la contraprestación (la finalidad contractual) (Castro, s.f.).

Así, en lo que respecta al derecho de integridad, señala Castro (s.f.) que no es absoluto, pues permitir que el empleado limite al empresario o patrono la transformación o modificación de la obra, resultaría perjudicial para el normal funcionamiento de la empresa y estaría en contra de la finalidad contractual-laboral en virtud de la cual se encargó la creación de la obra.

Al respecto, señalamos previamente que el derecho de integridad es la facultad que tiene el autor con la finalidad que se respete la obra, así el autor puede oponerse a cualquier deformación, mutilación o modificación de la obra, que atente el decoro de la misma, la demerite o perjudique su honor o reputación.

Sin embargo, para Alejandra Castro (s.f.), limitar al empleador de transformar o modificar la obra perjudicaría el normal funcionamiento de la empresa, e incluso desconocería la razón de la relación laboral que existe entre las partes. Pero las modificaciones no podrán desconocer el derecho de paternidad de la obra del trabajador-creador ni atentar contra su honor o reputación, situaciones que incluso se fundamentan en el principio de buena fe laboral.

3.3. SOBRE UNA REFORMULACIÓN DE LA NORMATIVA DE DERECHO DE AUTOR EN CUANTO A LAS OBRAS CREADAS BAJO UNA RELACIÓN DE TRABAJO

Ya analizada la regulación que trae consigo el artículo 16° del Decreto Legislativo Nº 822 y las consecuencias que tiene para las partes en las obras creadas bajo una relación de trabajo, creemos necesarios se deba realizar una reformulación de la normativa de derecho de autor en cuanto a dicha figura.

Resulta claro señalar que el Decreto Legislativo Nº 822 es netamente proteccionista de los derechos de autor y lo mismo ocurre cuando se ha regulado la figura de las obras creadas bajo una relación laboral; sin embargo, como ya habíamos señalado, de lo que se trata es de armonizar tanto el régimen de derecho de autor como del derecho de trabajo, sin desconocer aquellos derechos que son personalísimos e irrenunciables.

En primer lugar, creemos que sí se debe mantener el protagonismo a la autonomía individual, siendo el contrato de trabajo u otro acuerdo entre partes la principal fuente de regulación de la transmisión de derechos.

3.3.1. Cesión de los derechos patrimoniales de forma exclusiva

Como señalamos anteriormente, lo regulado en el artículo 16° del Decreto Legislativo Nº 822 no resulta justo para el empleador, en tanto pese a proporcionar el material necesario para realizar las labores y a pagar una remuneración al trabajador-creador, no gozará de manera exclusiva de los derechos patrimoniales que recaen sobre la obra intelectual.

Lo cierto es, que con dar exclusividad al empleador se busca armonizar el derecho de autor con el derecho de trabajo, en tanto, el trabajador, ante la ausencia de un acuerdo por escrito, se asumirá que cedió justamente los derechos patrimoniales que recaen sobre la obra intelectual, que fue realizada con la proporción del material por parte de su empleador e incluso por la cual recibió una remuneración para su consecución.

En ese sentido, creemos importante la reformulación de la normativa del derecho de autor en lo que respecta a las obras creadas como parte de una relación laboral, donde la cesión de derechos que realiza el trabajador a su empleador sea de manera exclusiva.

3.3.2. Cesión de los derechos patrimoniales en la medida necesaria para sus actividades habituales en el momento de la entrega de la obra

Conforme el artículo 16° del Decreto Legislativo Nº 822, en aquellos casos en que el trabajador – creador y empleador no hubieran suscrito un pacto sobre la explotación de los derechos patrimoniales, se presumirá que estos han sido cedidos al empleador únicamente en la medida necesaria para cubrir las actividades habituales del empleador en la época de creación de la obra.

Sin embargo, esta regulación traía consigo un problema, que es identificar la época de creación de obra, entendiendo que dentro de la relación laboral, si bien el trabajador – creador pone a su disposición su fuerza de trabajo, las obra como resultado en sí puede originarse en diferentes momentos dentro de la relación laboral. Así, por ejemplo, puede ocurrir que en una relación laboral la realización de una obra intelectual sea periódica o incluso que se trate de un solo resultado.

Dicha disyuntiva a nuestro criterio se puede solucionar, con una reformulación de la normativa del derecho de autor en lo que respecta a las obras creadas bajo una relación

laboral, en donde la cesión de derechos que realiza el trabajador a su empleador sea en la medida necesaria para sus actividades habituales en el momento de la entrega de la obra.

Sobre las reformulaciones señaladas, resulta importante traer a colación lo regulado en el artículo 51° de la actual Ley de Propiedad Intelectual española, en donde expresamente se señala lo siguiente:

1. La transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se regirá por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito.

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. (resaltado nuestro)

3. En ningún caso podrá el empresario utilizar la obra o disponer de ella para un sentido o fines diferentes de los que se derivan de lo establecido en los apartados anteriores.

3.4. SUPUESTOS PROPIOS DE LAS OBRAS CREADAS BAJO UNA RELACIÓN LABORAL NO CONTEMPLADOS EN LA NORMATIVA DE DERECHO DE AUTOR

3.4.1. Disposición por parte del trabajador-creador de los derechos patrimoniales que recaen sobre la obra en beneficio propio

El primero de nuestros supuestos trata sobre la posibilidad del trabajador – creador de incorporar las obras cedidas al empresario, como por ejemplo, a sus página web o galerías profesionales, como herramientas fundamentales para buscar trabajo. Para contestar a esta pregunta debemos hacer hincapié al contenido de la cesión que se realiza al empresario dentro de la relación laboral.

En efecto, hemos visto con anterioridad que el artículo 16° del Decreto Legislativo Nº 822 alude a que "se presume que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido cedidos al patrono o comitente ". Es decir, sólo se cede al empleador la explotación de la obra y en ese ámbito no podemos entrar en concurrencia con él. Pero el resto de facultades sobre la obra, las de contenido no económico, se retienen por el trabajador - creador y no se puede poner límite a su ejercicio.

Cuando un trabajador - creador incorpora su obra a su página web o galería profesional, como muestra de su trabajo y capacitación profesional, no está explotando económicamente esa obra. No está realizando ninguna de las actividades que la ley cataloga como explotación que son la reproducción, distribución, comunicación pública y transformación. Se limita únicamente a mostrar la obra atribuyéndose la autoría de la misma, lo cual tiene razón de ser en el derecho moral de paternidad.

Sin embargo, esta conducta debe limitarse única y exclusivamente a mostrar la obra como propia y no puede entrar en conflicto con los derechos de explotación cedidos al empresario, los cuales se concretan en la reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de la obra dentro de una actividad empresarial.

Cabe señalar, que no se podría hablar de la transgresión de los deberes éticos-jurídicos por parte del trabajador – creador, en tanto como ya venimos señalando no se trata de desconocer derechos personalísimos e irrenunciables, como es facultad de reivindicar que tiene el autor para que se le reconozca la condición de creador de la misma.

Finalmente, ya desde una perspectiva del derecho de trabajo podríamos señalar, que la limitación a que el trabajador – creador pueda incorporar una obra a su página web o galería profesional, como herramientas fundamentales para buscar trabajo; atentaría contra el derecho del trabajador a acceder libremente a un puesto de trabajo.

3.4.2. Titularidad de los premios que pueda obtener la obra creada por el trabajador – creador

El segundo de los supuestos trata sobre en quien recae la titularidad de los premios que puede obtener la obra que si bien es creada por el trabajador – creador es reproducida por el propio empleador en razón de los derechos patrimoniales que le son cedidos.

Como primera conclusión podemos señalar, que en razón del derecho de paternidad que es propio del trabajador – creador, el cual no resulta transmisible al empleador, el reconocimiento público que puede obtener la creación; si bien puede incluir al empleador en tanto es quien ha reproducido la obra haciéndola pública, no puede desconocer el hecho creativo por parte del trabajador – creador, quien tiene derecho a que en dicha obra figure su nombre o seudónimo.

Con lo cual, no resulta posible que el empleador desconozca la autoría de la obra al trabajador-creador y se atribuya para sí solo el reconocimiento público por el solo hecho de la reproducción de la obra e incluso, pese a las transformaciones o modificaciones que haya podido realizar.

Por otro lado, sí consideramos que resulta importante el acuerdo por escrito que puedan firmar las partes de la relación laboral; donde se estipule claramente a quien corresponderá la titularidad de los premios que pueda obtener la obra intelectual y de corresponder tanto al trabajador – creador como al empleador, precisar en que proporción corresponderá a cada uno.

Asimismo, en caso de no existir un acuerdo expreso, creemos necesario que la titularidad del premio que obtenga la obra, deberá corresponder en partes iguales tanto al trabajador – creador, reconociendo con ello el hecho creativo y al empleador, en tanto es quien a través de sus propios medios empresariales ha divulgado al público la obra intelectual.

Sin embargo, si bien resulta claro que la solución antes planteada busca reconocer el aporte de ambas partes de la relación laboral en la obtención del premio, cada caso tendrá sus diferencias, en tanto puede ocurrir que el aporte del empleador en algunos casos sea mucho mayor en cuanto a inversión económica para la divulgación de la obra. En ese sentido, resulta importante para este caso de la titularidad de los premios que pueda obtener la obra intelectual, que las partes lleguen a un acuerdo por escrito, en donde se plasme a mayor medida la realidad que se pueda presentar respecto al modo y tiempo de la divulgación de la obra por parte del empleador y la inversión económica que trae consigo para este.

3.4.3. Proporcionalidad de la remuneración percibida por el trabajador-creador como contraprestación al resultado de creación de la obra

El tercer de los supuestos trata sobre la posibilidad de que el trabajador-creador pueda percibir un pago adicional a su remuneración por la explotación de la obra.

Como se sabe, en toda relación laboral, el trabajador presta sus servicios a cambio de un salario o remuneración, el cual constituye el objeto básico de la obligación del empleador.

Ahora bien, como señala Valdés (2001), citando al profesor Alonso Olea, la obligación del pago del salario deriva inmediatamente de la prestación de trabajo y –en virtud del principio de ajenidad- es independiente de las satisfacciones o beneficios que la prestación procure al empresario. El salario se paga en virtud de la prestación realizada, no de los frutos realmente obtenidos, siendo la cuantía de la remuneración de carácter fijo e independiente –en principio-de la utilidad patrimonial efectivamente obtenida por el empresario (p. 128).

Con lo cual, también el caso de las obras creadas bajo una relación laboral, la remuneración que paga el empleador al trabajador – creador es en virtud de la actividad laboral que realiza este y no de los frutos que puede obtener el empleador con la creación de la obra intelectual.

Asimismo, la remuneración retribuye tanto el desarrollo de la pura actividad creativa, como la cesión de los derechos de explotación que la obra creada lleva aparejada. Así, en palabras del autor en mención, que el salario deba remunerar ambos conceptos es evidente, pues poca utilidad patrimonial puede obtener el empleador de la actividad e incluso de la obra creada, si carece de la posibilidad de explotarla (Valdés, 2001, p. 129). Por otro lado, Alejandra Castro (s.f.) señala que el empleador debe realizar una explotación económica acorde a sus necesidades, evitando que supere su cometido normal, ya que en ese caso otorgaría al trabajador-creador un derecho de participación de las ganancias excesivas que genere la obra por encima de la actividad ordinaria de la empresa.

Continúa Castro (s.f.):

En estos casos excepcionales, dicha participación bien podría retribuirse al trabajador por medio de un plus salarial, por medio de la compensación por copia privada (…), por participación en la reventa (obras artísticas), por participación exhibición pública de la obra (obras audiovisuales), por posibilidades de asenso o participación en la venta de la obra.

Y agrega:

Este derecho de remuneración adicional debe ser considerado excepcional porque un doble pago por un mismo rubro equivaldría a un enriquecimiento ilícito por parte del autor o a un uso no diligente de fondos públicos, cuando se trate de empleadores de instituciones o entidades adscritas al aparato estatal.

En esa misma línea señala Alberto Valdés (2001, p. 134) que la participación en beneficios presupone, en esencia, la conexión de salario con el beneficio patronal. De este modo participación en beneficio puede considerarse como una técnica de incentivo retributivo, por medio de la cual el óptimo rendimiento de la empresa conlleva un incremento en la retribución del trabajador.

En ese sentido, compartimos la posición de que una explotación que supere la actividad ordinaria de la empresa otorgaría al trabajador-creador un derecho de participar de las ganancias que la obra genere.

Sin embargo, el hecho de que la empresa pueda generar pérdidas, no afectaría la remuneración del trabajador-creador que retribuye la creación de la obra intelectual como la cesión de los derechos patrimoniales, en tanto el destino o éxito empresarial no puede depender del trabajador.

CONCLUSIONES

1) El término “ajenidad” es una creación de la doctrina española que se originó por el hecho de sustantivar el adjetivo de la expresión “por cuenta ajena”. Asimismo, con la finalidad de explicar la significación y alcance de la ajenidad en la prestación de los servicios se han elaborado diversas tesis.

2) Algunos autores interpretan la ajenidad en un sentido amplio, incluyendo elementos como la remuneración y la dependencia, con la justificación de que nadie trabaja por cuenta ajena si no es a cambio de una remuneración, y que pocos estarían dispuestos a pagar un salario por un trabajo sin dirigirlo o supervisarlo. Asimismo, otros autores consideran que no es necesario hacer referencia al trabajo por cuenta ajena, debido a que ya está comprendido en la relación de dependencia o subordinación.

3) La legislación peruana ha adoptado una postura reduccionista sobre los elementos esenciales o presupuestos de la relación laboral, al fusionar en uno los elementos de dependencia y ajenidad. Esta postura se materializa en el artículo 9° de la LPCL, que se refiere a la “subordinación” y las facultades del empleador, elementos que encuentran justificación en el hecho de que la prestación de servicios que realiza el trabajador es por cuenta ajena.

4) Cada una de las tesis desarrolladas hacen referencia a diversas manifestaciones del contrato de trabajo que no son típicas o exclusivas de él, pero que constituyen un gran aporte para el derecho de trabajo. Así, cada una de las acepciones de ajenidad contribuye al reconocimiento al modelo de trabajo objeto de protección por parte del ordenamiento laboral.

5) La tesis de ajenidad aplicable al presente objeto de investigación es la de la ajenidad en la utilidad patrimonial, ya que explica de manera óptima el contenido de la

obligación del trabajador de prestar servicios, es decir, poner su trabajo a disposición del empleador con la finalidad de que este obtenga un resultado económico.

6) Dicha teoría es una derivación de la teoría de la ajenidad de los frutos propuesta por el maestro Alonso Olea, mediante la cual se perfecciona las deficiencias de la tesis originaria, permaneciendo intacta respecto a sus planteamientos esenciales como es la apropiación automática del resultado de la actividad laboral por parte del empleador, llamado "fruto".

7) En el marco de la presente tesis de investigación, por frutos debe entenderse a los derechos de explotación que son trasmitidos por el trabajador respecto de obras intelectuales producidas en el marco de una relación laboral.

8) Las Obras por encargo son aquellas que se crean en cumplimiento de un convenio por el cual se encomienda al autor la creación de una obra, que será utilizada en la forma y los alcances establecidos, a cambio del pago de una contraprestación.

9) En el caso peruano, el artículo 16° del Decreto Legislativo Nº 822 – Ley sobre derecho de autor, señala que, en caso de las obras creadas en ejecución de un contrato por encargo, la titularidad de los derechos que pueden ser transferidos se rige por lo pactado entre las partes, y será a falta de estipulación contractual expresa, que se presumirá que los "derechos patrimoniales" sobre la obra han sido cedidos al comitente en forma no exclusiva y en la medida necesaria para sus actividades habituales en la época de creación.

10) La figura de la obra creada en el marco de una relación laboral implica esencialmente lo siguiente: i) que se produzca una actividad de producción intelectual; ii) que la misma sea desarrollada de manera personal por el trabajador – creador, iii) este último se encuentra en continua subordinación respecto del empleador y iv) percibe una remuneración como retribución al servicio de creación intelectual.

11) En el caso de las obras creadas dentro de una relación laboral, existe una particularidad a destacar, en tanto al trabajador-creador se le remunera por aplicar

sus conocimientos en la creación de una determinada obra, independientemente, de que esta llegue finalmente a ver la luz, pero también es cierto que el objeto de la prestación está en la obra efectivamente creada.

12) La creación de una obra en el marco de una relación laboral trae consigo una alteración de los elementos que caracterizan el contrato de trabajo, entre ellos la "subordinación" y la "ajenidad de los frutos".

13) Existe una alteración respecto del poder de dirección del empleador en cuanto debido a la libertad de creación intelectual del trabajador-creador, este se ve impedido en gran medida de dar órdenes respecto a la ejecución del servicio.
14) Al momento de analizar la atenuación de la propiedad de los frutos a favor del empleador, debemos tener en cuenta que, si bien la relación laboral típica implica ceder a otro de manera anticipada los frutos del propio trabajo, este rasgo se ve atenuado al momento en que los frutos pueden calificarse como una obra, protegida por el derecho de autor, respecto de la cual el trabajador tiene derechos inherentes a su persona.

15) Esta relación laboral de trabajador-creador y empleador con diferentes deberes y derechos, a causa de la aplicación de dos regímenes distintos como el laboral y de derechos de autor ha implicado a que uno de los elementos de la relación laboral como es la ajenidad de los frutos se vea atenuado, no pudiendo existir derecho de propiedad absoluto por parte del empleador sobre las obras protegidas con derecho de autor.

16) La consecuencia propia del contrato de trabajo -como es el nacimiento de los frutos en el patrimonio del empleador- difícilmente se puede cumplir en las relaciones laborales con autores asalariados. Con lo cual, en el caso de las obras creadas bajo una relación laboral, los frutos o utilidad patrimonial extraíble nacen originariamente en el patrimonio del trabajador – creador; operando posteriormente, una cesión de los mismos al empleador.

17) La mayoría de legislaciones que tienen como referencia la doctrina jurídica latina del derecho de autor destacan en su regulación el "principio de autonomía de la voluntad" cuando se trata de obras creadas en el marco de una relación laboral. Es decir, pese a los elementos de dependencia y subordinación que existe entre el trabajador-creador y el empleador en virtud del contrato de trabajo, se permite que las partes acuerden los términos de la titularidad y transferencia de la obra. A falta de acuerdo, se presume legalmente la cesión de los derechos patrimoniales de autor a favor del empleador. Entre estas legislaciones se encuentra la ley peruana de derecho de autor – Decreto Legislativo 822.

18) Dentro de una relación laboral existen una serie de mecanismos por los que se puede estructurar la transferencia de derechos de propiedad: (i) contrato de trabajo, (ii) pacto escrito independiente del contrato del trabajo y, (iii) convenio colectivo.

19) La explotación de la obra por parte del empleador se ve limitado a causa de que el trabajador-creador mantiene los derechos morales sobre la obra. Lo que permite señalar que la disponibilidad con que cuenta el empleador sobre los frutos es relativa.

20) En el caso peruano, en las obras creadas dentro de una relación de trabajo, de ninguna manera se produce una cesión anticipada –nacimiento originario– de los frutos del trabajo a favor del empleador, sino que las partes deberán realizar una valorización pormenorizada de cuáles son los derechos inherentes a la obra creada esenciales o no para la actividad habitual del empleador. A falta de acuerdo se presumirá la transferencia de los derechos patrimoniales a favor del empleador, con las limitaciones establecidas en la normativa de derecho de autor.

21) En aquellos casos en que el trabajador-creador y el empleador no hubieran suscrito un pacto sobre la explotación de los derechos patrimoniales, se presumirá que estos son cedidos al empleador en forma no exclusiva. Es decir, el empleador y el trabajador-creador comparten el ejercicio de los derechos patrimoniales. Y, sin

duda, tal protecciónтiene como fundamento el ejercicio de los derechos morales que son propios de la esfera personalísima del trabajador-creador.

22) Dicha facultad permite que el trabajador-creador pueda ceder los derechos patrimoniales que recaen sobre su obra a otra persona distinta de su empleador, lo que trae consigo una ruptura de la característica de "exclusividad" en la ejecución del servicio por parte del trabajador respecto de su empleador. Si bien el trabajador-creador no realizará un servicio subordinado para una persona distinta a su empleador, lo cierto es que cederá los frutos de su trabajo a una persona distinta.

23) Conforme al artículo 16° del Decreto Legislativo Nº 822, en aquellos casos en que el trabajador-creador y empleador no hubieran suscrito un pacto sobre la explotación de los derechos patrimoniales, se presumirá que estos han sido cedidos al empleador únicamente en tanto sea necesario para cubrir las actividades habituales del empleador en la época de creación de la obra.

24) Conforme al artículo en mención, en aquellos casos en que el trabajador-creador y el empleador no hubieran suscrito un pacto sobre la explotación de los derechos patrimoniales, el empleador cuenta con la autorización para divulgar la obra y defender los derechos morales en cuanto sea necesario para la explotación de la misma.

25) Permitir al empleador la divulgación de la obra encuentra sentido en los fines que persigue el empleador-empresario con la contratación subordinada del trabajador-creador, como la obtención de beneficios económicos en razón de la exteriorización de la obra intelectual. No permitirlo implicaría desconocer no solo la razón de ser de este tipo de contratación laboral, sino poner en desventaja al empleador en tanto no solo ha cedido los medios para la consecución de la obra intelectual, sino que ha realizado el pago de una remuneración por el servicio prestado.

26) A nuestro criterio, dicha disyuntiva se puede solucionar con una reformulación de la normativa del derecho de autor en lo que respecta a las obras creadas bajo una relación laboral en la que la cesión de derechos que realiza el trabajador a favor del

empleador sea necesaria para sus actividades habituales en el momento de la entrega de la obra.

27) Cuando un trabajador-creador incorpora su obra a su página web o galería profesional, como muestra de su trabajo y capacitación profesional, no realiza una explotación económica de la obra: no realiza ninguna de las actividades que la ley cataloga como explotación (reproducción, distribución, comunicación pública y transformación), sino que se limita únicamente a mostrar la obra atribuyéndose la autoría de la misma, lo cual tiene razón de ser en el derecho moral de paternidad.

28) En razón del derecho de paternidad que es propio del trabajador-creador, no resulta transmisible al empleador el reconocimiento público que puede obtener la creación. Si bien puede incluir al empleador, en tanto es quien ha reproducido la obra haciéndola pública, no puede desconocer el proceso creativo del trabajador-creador, quien tiene derecho a que en dicha obra figure su nombre o seudónimo.

29) Sí consideramos que resulta importante el acuerdo por escrito que puedan firmar las partes de la relación laboral, donde se estipule claramente a quien corresponderá la titularidad de los premios que pueda obtener la obra intelectual y de corresponder tanto al trabajador-creador como al empleador, precisar en que proporción corresponderá a cada uno.

30) En el caso de las obras creadas bajo una relación laboral, la remuneración que percibe el trabajador-creador es en virtud de la actividad laboral que realiza, y no de los frutos que puede obtener el empleador con la creación de la obra intelectual. Sin embargo, compartimos la posición de que una explotación que supera la actividad ordinaria de la empresa debe otorgar al trabajador-creador el derecho a participar de las ganancias excesivas que genere la obra.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFÍCAS

Ackerman, M. (2004). El trabajo, los trabajadores y el derecho del trabajo. Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica, 1, 209-232. Obtenido de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=792974

Alarcón Caracuel, M. R. (1986). La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo. Revista española de derecho del trabajo(28).

Albiol Montesinos, I., Camps Ruiz, L. M., López Gandía, J., & Sala Franco, T. (2008). Compendio de derecho del trabajo. Tomo I. Fuentes y relaciones colectivas (Segunda ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Alonso Olea, M., & Casas Bahamonde, M. E. (2008). Derecho del Trabajo (Vigésimo quinta ed.). Madrid: Thomson Civitas.

Altés Tárrega, J. A. (s.f.). El contrato de trabajo del autor asalariado: supuestos de aplicación del art. 51 de la Ley de Propiedad Intelectual. Valencia: Universidad de Valencia. Obtenido de http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/40862/066004.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Antequera Parilli, R. (1995). El derecho de autor y los derechos conexos en el marco de la propiedad intelectual. El desafío de las nuevas tecnologías. ¿Adaptación o cambio? Quito: Curso de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.

Antequera Parilli, R. (2009). Estudios de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Pontificia Universidad Javeriana de Colombia. Bogotá: Temis.

Antequera Parilli, R., & Ferreyros Castañeda, M. (1996). El nuevo derecho de autor en el Perú. Lima: Perú Reporting.

Bautista García, E. (1991). Planteamiento General y Problemática Español. En A. (. Delgado, Derechos de autor y derecho conexos en los umbrales del año 2000: I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual (Vol. I, págs. 427-432). Madrid.

Borjas, S. (2013). Los derechos de autor en la obra audiovisual. Bercelona: Eureca Media. Obtenido de http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/70065/1/Derechos%20de%20autor%20audiovisual_portada.pdf

Borrajo Dacruz, E. (1969). Introducción al derecho español del trabajo. (Segunda ed.). Madrid: Tecnos.

Callejas, C. B. (2010). Relaciones contractuales en el derecho de autor. Ciudad de México: UNAM. Obtenido de https://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-cultura/pdf/CJ(Art_15).pdf

Campos Micin, S. (2005). Sobre la titularidad del derecho de autor de la obra creada en cumplimiento de funciones laborales y validez, límites y alcances de la cesión anticipada. En U. B. O'Higgins, Ars Boni et Aequi (Vol. 14, págs. 181-226). Santiago: Universidad Bernardo O'Higgins.

Castro Bonilla, A. (s.f.). Autoría y titularidad en el derecho de autor. Lima: Congreso de la República. Obtenido de https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/91E36991FAA323B405257A93007AB530/$FILE/AUTOR%C3%8DA_Y_TITULARIDAD_EN_EL_DERECHO_DE_AUTOR.pdf

Cavalié Cabrera, P. (2021). A vueltas con la ajenidad de los riesgos laborales en el Perú: Apuntes en tiempos del Covid-19. Revista de Ciencias Jurídicas(154), 207-248. Obtenido de https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/download/45912/45810

Congreso de la República del Perú. (1997). Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Lima. Obtenido de https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/BE35EA4B0DF56C0A05257E2200538D4C/$FILE/1_DECRETO_SUPREMO_003_27_03_1997.pdf

Córdova, E. (1997). Naturaleza y elementos del contrato de trabajo. En U. N. México, Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Serie G. Estudios Doctrinales. Ciudad de México: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Cruz Villalón, J. (2009). Compendio de derecho del trabajo (Segunda ed.). Madrid: Tecnos.

De la Puente García, E. (1993). El derecho de distribución. Asunción: VIII Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales.

De La Villa, L. E. (1972). Apuntes sobre el concepto de trabajador en el derecho español. Cuadernos de la cátedra de derecho del trabajo, 2(4).

De la Villa, L., García, G., & García-Perrote, I. (1983). Instituciones de derecho del trabajo. Madrid: CEURA. Centro de Estudios Universitarios Ramón Cáceres.

Dieguez, G. (1988). Lecciones de derecho del trabajo (Segunda ed.). Madrid: Civitas.

International Labour Organization (ILO). (19 de mayo de 1994). Estatuto de los Trabajadores. España. Ley N° 11/1994. Obtenido de ILO: https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/37817/64929/S94ESP01.htm#:~:text=La%20presente%20ley%20ser%C3%A1%20de,jur%C3%ADdica%2C%20denominada%20empleador%20o%20empresario

Lasarte, C. (2009). Propiedad y derechos reales de goce. Principios de derechos civil (Novena ed.). Madrid: Marcial Pons. Obtenido de https://www.marcialpons.es/media/pdf/100855439.pdf

Lipszyc, D. (1993). Derecho de autor y derechos conexos. Ediciones Unesco.

Macchiavello, G. (1986). Derecho del Trabajo, Tomo I. Santiago: Fondo de Cultura Económica.

Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo, F., & García Murcia, J. (2013). Derecho del Trabajo (Vigésimo segunda ed.). Madrid: Tecnos.

Palomeque, M., & Álvarez de la Rosa, M. (1996). Derecho del Trabajo (Cuarta ed.). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A.

Mercader Uguina, J. (2009). Lecciones de derechod el trabajo (Segunda ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.Palomeque, M., & Álvarez de la Rosa, M. (1996). Derecho del Trabajo (Cuarta ed.). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A.

Montoya Melgar, A. (2008). Derecho del Trabajo (Vigésima novena ed.). Madrid: Tecnos.Palomeque, M., & Álvarez de la Rosa, M. (1996). Derecho del Trabajo (Cuarta ed.). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A.

Neves Mujica, J. (2003). Introducción al derecho laboral. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.Palomeque, M., & Álvarez de la Rosa, M. (1996). Derecho del Trabajo (Cuarta ed.). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A.

Ojeda Avilés, A. (2007). Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato. Derecho PUC(60), 375-402. Obtenido de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/2956/2859 Palomeque, M., & Álvarez de la Rosa, M. (1996). Derecho del Trabajo (Cuarta ed.). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). (2022). ¿Qué es la propiedad intelectual? Obtenido de OMPI: https://www.wipo.int/about-ip/es/Palomeque,

M., & Álvarez de la Rosa, M. (1996). Derecho del Trabajo (Cuarta ed.). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A.

Pacheco, L. (2015). Los principios del derecho del trabajo. En J. Zavala (Ed.), Libro homenaje a Mario Pasco Cosmópolis (págs. 589-607). Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

Palomeque, M., & Álvarez de la Rosa, M. (1996). Derecho del Trabajo (Cuarta ed.). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A.

Real Academia Española. (2022). Diccionario de la Lengua Española (RAE). Obtenido de RAE: https://dle.rae.es/

Sánchez -Rodas, C. (2002). El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español-comunitario. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración(37), 37-60. Obtenido de http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/37/inf2.pdf

Uribe Corzo, M. C. (2007). El derecho de autor en las obras creadas por encargo y en el marco de una relación laboral. Revista La Propiedad Inmaterial(10-11), 45-70. Obtenido de https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/897

Valdés Alonso, A. (2001). Propiedad intelectual y relación de trabajo. La transmisión de los derechos de propiedad intelectual a través del contrato de trabajo. Artistas, programadores informáticos y producción audivisual. Madrid: Civitas.

Vega Jaramillo, A. (2010). Manual de Derecho de Autor. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor del Ministerio del Interior y de Justicia. Obtenido de https://www.yumpu.com/es/document/view/34542644/manual-de-derecho-de-autor-alfredo-vega-jaramillo

Zapata López, F. (junio de 2001). El derecho de autor y la marca. La Propiedad inmaterial. Revista del Departamento de Estudios de la Propiedad Intelectual(2), 9-24.