



Facultad de Derecho

**LA PROPIEDAD INTELECTUAL DE LAS CREACIONES DE LOS OTROS
FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES**

POR: MARITZA ISABEL CAMUS VEGA

Tesina presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo
para optar al grado de Magíster en Derecho de la Empresa

PROFESOR GUÍA:

Sr. ANDRÉS GRUNEWALDT CABRERA

Julio 2020
CONCEPCIÓN

© Se autoriza la reproducción de esta obra en modalidad acceso abierto para fines académicos o de investigación, siempre que se incluya la referencia bibliográfica.

TABLA DE CONTENIDOS.

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO I: Conceptos:

Propiedad Intelectual

Funcionarios Públicos

CAPÍTULO II: Historia de la Ley.

CAPÍTULO III: Derechos Morales – Derechos patrimoniales

CAPÍTULO IV: Funcionarios a Honorarios.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

TABLA DE ABREVIATURAS

Constitución Política: C.P.

Ley de Propiedad Intelectual: LPI

Estatuto Administrativo: EA

Contraloría General de la República:

CGR

Dictámenes: Dm

INTRODUCCIÓN.

Este trabajo surge por la inquietud profesional de investigar acerca del estatus jurídico aplicable al derecho de propiedad intelectual en las creaciones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, más allá del tenor literal de la ley, que establece que en estas obras serán titulares del derecho de autor, el Estado, los Municipios, las Corporaciones oficiales, las Instituciones semifiscales o autónomas y las demás personas jurídicas estatales.

A texto expreso, poco más queda para doctrina o jurisprudencia y tanto es así, que no he encontrado literatura, como tampoco jurisprudencia, ni judicial, ni administrativa.

Ahora, surge la duda acerca de dos tópicos:

El primero, si bien es cierto El Estado, en términos generales es titular del Derecho de Autor de estas obras, es necesario hacer la distinción, entre las facultades que éste comprende, derechos morales y derechos patrimoniales. Sin duda, en este caso, los derechos patrimoniales son de titularidad del Estado, sin embargo, los Derechos Morales, son inalienables del creador, lo que nos lleva a establecer que el funcionario público, mantiene la titularidad de éstos.

El segundo, es que considerando la definición de funcionario público que nos entrega el Estatuto Administrativo, esta titularidad del Estado ¿se mantiene cuando las creaciones son de funcionarios cuyo vínculo con el ente estatal, es diverso al de planta, como son los Funcionarios a Honorarios y a Contrata? ¿Qué ocurre cuando el funcionario está en calidad de subrogante o suplente? ¿Y si el funcionario crea la obra, en el ejercicio de funciones que no le fueron encomendadas en su relación con la entidad estatal?

En estas páginas, luego de las definiciones necesarias para contextualizar, haremos un breve análisis sobre estos dos puntos, pese a que no tenemos doctrina ni jurisprudencia.

CAPÍTULO I

CONCEPTOS:

La Propiedad Intelectual, se encuentra reconocida en nuestra Constitución Política, en el artículo 19 N° 25, que reza:

“La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular.

El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley.¹”

A su vez, la LPI. N° 17.336, en su artículo 1, establece:

“La presente ley protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina

¹ Los incisos 2do. y 3ro no se transcriben, por no ser relevantes para este trabajo.

El derecho de autor comprende los derechos patrimonial y moral, que protegen el aprovechamiento, la paternidad y la integridad de la obra”.

Si bien es cierto la ley hace mención del “derecho de autor” y las facultades que comprende, no las define, por lo que pasamos a eso.

Previamente, hacemos presente que se establece en el artículo 7 LPI, que es el “titular original” del derecho, el autor de la obra y que el “titular secundario” del derecho, es el que la adquiera del autor, a cualquier título.

En términos sencillos, el derecho de propiedad intelectual, también llamado derecho de AUTOR surge, cuando la idea de una persona pasa a ser una creación. No es necesario que esta persona (el creador), publique, inscriba o difunda, su creación, tampoco es relevante el formato en que la plasme. Se protege la expresión específica y concreta de las ideas. En específico, lo que se protege es la OBRA, como creación resultante de la actividad intelectual de una o más personas, en los campos literario y artístico, a las que se conocen como obras literarias, musicales, artísticas, musicales, científicas y audiovisuales.

Para que una obra esté protegida por el derecho de autor, es necesario que sea una creación formal, original y susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma²”.

² Guía de derecho de autor. La protección de la creación. Consejo Nacional de la Cultura y las Artes.

- creación formal, significa que la protección no se concede a las ideas que se manifiestan en la obra, sino que a su expresión formal, siendo indiferente el medio que se emplee para hacerlo. La misma idea puede ser expresada de varias formas, por diferentes personas, y cada una de ellas constituye una obra protegida.

- creación original significa que la obra debe ser la expresión individual de su autor. El concepto de originalidad no es absoluto y no se requiere que la obra sea novedosa, es decir, que sea la primera en su género o que no exista otra obra que se refiera al mismo tema, y

- susceptible de divulgarse significa que la obra esté en condiciones de comunicarse al público, sin importar el medio de expresión que se utilice ya que el derecho surge desde el momento en el que la idea se exterioriza o manifiesta en el mundo material.

En Chile, el derecho de autor pertenece al autor de la obra, a aquel que crea la obra, aún cuando ésta fuere encargada por un tercero. En estos casos, el creador es el “titular original” quien siempre mantendrá los derechos morales; y quien

encargó la obra es el “titular secundario”, quien podrá ser dueño de los derechos patrimoniales, como se explicará más adelante (art. 6 LPI)

En nuestro ordenamiento jurídico esta regla, tiene excepciones, a saber, algunas de ella:

a.- **software**, Se define como programa computacional: "un conjunto de instrucciones para ser usadas directa o indirectamente en un computador a fin de efectuar u obtener determinado proceso o resultado, contenidas en un diskette, cassette, cinta magnética u otro soporte material". En este caso es titular del derecho de autor, la persona para la que trabaja el que crea el programa en el desempeño de sus funciones, laborales, salvo estipulación en contrario. También será titular, la persona que encargue la producción de un programa a un tercero, salvo que se pacte lo contrario.

b) **obras cinematográficas**: En este caso la titularidad corresponde al productor, es decir, el que toma la iniciativa y responsabilidad de realizarla.

c) **fotografías tomadas por encargo**, el titular será el que encargó la obra, así, éste tendrá los derechos para reproducir, exponer, publicar y vender las fotografías.

d) **funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones**, el artículo 88 LPI, establece que las obras las obras pertenecen al organismo público para el que el

creador presta funciones. Este trabajo desarrolla esta excepción y los alcances de esta.

FUNCIONARIO PÚBLICO:

El EA chileno, en su artículo 2, entrega la definición legal de Empleo público, señalando que es la función pública, remunerada o no, que se realiza en cualquier servicio de la Administración del Estado, y que se especifica por su cometido.

A su vez, define al Empleado público o funcionario como aquella persona que desempeña un empleo público en algún servicio fiscal o semifiscal y que, por lo tanto, se remunera con cargo al Presupuesto General de la Nación o del respectivo servicio.

Los artículos 3 y siguientes, nos señalan la clasificación de los empleos de la Administración, en categorías y grados, según su jerarquía y las funciones que les estén asignadas.

Letra a) Son empleos de planta, aquellos que se encuentran contratados en calidad de permanentes en la organización estable de un servicio, por mandato de la ley o de autoridad expresamente facultada para ello.

Letra c) Son empleos a contrata, aquellos de carácter transitorio que se consulta en la dotación de una institución.

Los empleos a contrata durarán, como máximo, sólo hasta el 31 de Diciembre de cada año y los empleados que los sirven expirarán automáticamente en sus funciones en esa fecha, a menos que hubiere sido propuesta la prórroga con treinta días de anticipación.

El artículo 11, se refiere a los empleados a Honorarios y establece que “Podrá contratarse sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la institución, mediante resolución de la autoridad correspondiente. Del mismo modo se podría contratar, sobre la base de honorarios, a extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se requiera.

Además, se podrá contratar sobre la base de honorarios, la prestación de servicios para cometidos específicos, conforme a las normas generales.

Las personas contratadas a honorarios se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones de este Estatuto”.

En ningún caso podrá entenderse que es un empleo a contrata el servicio que una persona preste a la Administración mediante el pago de un honorario, ni que ésta tiene la calidad de empleado regido por este Estatuto.

También, consideramos importante resaltar que sólo los funcionarios de planta podrán tener la calidad de titulares, interinos, suplentes o subrogantes.

Son titulares aquellos empleados que se nombran para ocupar en propiedad una plaza vacante.

Son interinos aquellos empleados que se nombran para ocupar una plaza vacante, mientras ésta se provee con un titular.

Son suplentes aquellos empleados que se nombran para ocupar el empleo de un titular o interino, mientras éste se encuentre impedido por cualquier causa para desempeñarlo.

Subrogantes son aquellos empleados que entran a desempeñar el empleo de un titular, de un interino o de un suplente, por el solo ministerio de la ley, cuando éstos se hallen impedidos por cualquier causa de desempeñarlo.

Los empleados nombrados en calidad de interinos podrán desempeñarse como tales por un plazo no mayor de seis meses, al cabo de los cuales cesarán automáticamente en el empleo.

El nombramiento de los empleados suplentes se hará por las mismas autoridades llamadas a hacer el de los empleados titulares, y se sujetará a las normas sobre

ascensos.

Para que sea procedente la designación de un suplente es menester que la ausencia o impedimento del titular o interino sea superior a quince días.

CAPÍTULO II

HISTORIA DE LA LEY. ARTÍCULO 88 LEY 17.336³

El texto del artículo 88 propuesto por el Ejecutivo, bajo el Artículo 113, rezaba “La subvención concedida por una entidad oficial para la publicación, la representación o cualquier otra forma de comunicación pública de una obra de dominio privado no generará ningún derecho en su favor, salvo pacto en contrario con el autor. No obstante, cabrá la titularidad del derecho al Estado, a los Municipios, a las Corporaciones oficiales, instituciones semifiscales o autónomas, o demás personas jurídicas estatales en los siguientes casos:

- a) Cuando la obra haya sido adquirida por los medios que la presente ley señale;
- b) Cuando la obra sea producida por sus funcionarios en el desempeño de sus funciones públicas, o
- c) Cuando la obra sea producida por personas ajenas a su administración, pero por cuenta o encargo de estas.

La letra c) sufre modificaciones, en las sucesivas instancias legislativas:

³<https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3773/1/HL17336Art88.pdf>

“c) Cuando la obra sea producida por personas ajenas a las entidades señaladas, pero por cuenta y encargo de estas”

“c) Cuando la obra haya sido producida por personas ajenas a las entidades señaladas, pero por cuenta y encargo de estas”.

Finalmente, al artículo se le asigna el N° 88 y queda redactado como sigue:

“El Estado, los Municipios, las corporaciones oficiales, las Instituciones semifiscales o autónomas y las demás personas jurídicas estatales serán titulares del derecho de autor respecto de las obras producidas por sus funcionarios en el desempeño de sus cargos”

Importante es aclarar que, en las actas del Congreso, no existe mención alguna a la discusión que lleva a cambiar el tenor del artículo mencionado.

CAPITULO III

FACULTADES QUE COMPRENDE EL DERECHO DE AUTOR⁴.

A) Los derechos morales protegen la personalidad del autor en relación con su obra y se refieren al derecho de éste a decidir la divulgación de su obra y a que se respete su calidad de creador de la misma (derecho a la paternidad e integridad de la obra). Estas facultades pueden ejercerse en forma positiva y negativa, por lo que, según sea la forma en que se ejerzan, su contenido es diferente.

El derecho de divulgación consiste en la facultad del autor de dar a conocer su obra al público. Cuando se ejerce en sentido positivo, significa la facultad del autor de dar a conocer su creación y decidir las modalidades bajo las cuales va a divulgar su obra. Cuando se ejerce en sentido negativo, significa el derecho del autor a mantener inédita su obra, impedir su divulgación o retractarse de hacerlo.

En cuanto al derecho a la paternidad de la obra, cuando se ejerce en sentido positivo, significa el derecho del autor a dar a conocer su nombre

⁴ Guía de derecho de autor. La protección de la creación. Consejo Nacional de la Cultura y las Artes.

cuando decide divulgar su obra. En sentido negativo, significa el derecho al anonimato o a la utilización de un seudónimo.

Finalmente, el derecho a la integridad de la obra consiste en la facultad que tiene el autor de exigir que su obra sea divulgada respetando su integridad, es decir, sin supresiones, adiciones o modificaciones que alteren la concepción de la obra o su forma de expresión. Cuando se ejerce en sentido positivo, significa el derecho del autor a realizar modificaciones a su obra y, en sentido negativo, el derecho del autor a prohibir a terceros la mutilación o alteración de su obra.

Los derechos morales son derechos personales porque están íntimamente unidos a la persona del autor; son inalienables porque las facultades que lo conforman no pueden transmitirse a terceros puesto que, al no contener elementos patrimoniales, están fuera del comercio; son irrenunciables, porque el autor no puede disponer, mediante contrato, el no ejercicio de ese derecho; y algunas de sus facultades son perpetuas porque se mantienen aún después de la muerte del autor.

B) Los derechos patrimoniales son las facultades que se otorgan al autor para la explotación económica de su obra. Debido a que las posibilidades de explotación son infinitas, las modalidades previstas en las leyes de la región tienen carácter enunciativo y cualquier forma de

utilización de la obra requiere de la autorización del autor, salvo las excepciones legales establecidas. A diferencia de los derechos morales, los derechos patrimoniales sí pueden ser objeto de comercio y están sujetos a un plazo de protección.

Dentro de las facultades que la ley considera que forman parte de los derechos patrimoniales se incluyen las siguientes:

El derecho de reproducción, que consiste en la facultad que tiene el autor de autorizar o no la fijación de su obra en un soporte material, con el objeto de que se puedan obtener copias o ejemplares de ella. La fijación de la obra puede ser permanente o temporal, total o parcial, y para ello puede emplearse cualquier forma o procedimiento. Así, una obra puede ser reproducida en soportes como papel, cintas magnetofónicas, cintas digitales, discos compactos, etc.

El derecho de traducción consiste en la facultad que tiene el autor de autorizar o prohibir que su obra sea expresada en un idioma distinto al original.

El derecho de adaptación consiste en la facultad que tiene el autor de autorizar o prohibir que su obra sea expresada en un género distinto al

original (por ejemplo, la adaptación de una obra literaria al teatro o a la cinematografía y la fotografía de obras artísticas).

El derecho de arreglo consiste en la facultad que tiene el autor de una obra musical de autorizar la transcripción de su obra a otros instrumentos distintos a aquéllos para los que fue originalmente concebida.

El derecho de comunicación, que consiste en la facultad que tiene el autor de autorizar o prohibir el acceso del público a su obra por medios distintos a la distribución de ejemplares, como por ejemplo, la declamación, la disertación, la ejecución musical y coreográfica, la representación teatral, la escenificación para cinematografía y televisión, la radiodifusión, la transmisión por cable, la exposición pública y el acceso a bases de datos.

El derecho de distribución, que consiste en la facultad del autor a decidir la modalidad a través de la cual pondrá a disposición del público las copias o ejemplares de su obra (venta, arrendamiento u otras).

El derecho de importación, que consiste en la facultad que tiene el autor a prohibir la importación de ejemplares de su obra en determinados territorios.

El derecho de seguimiento o “droit de suite”, que consiste en el derecho que tiene el autor de una obra de arte de percibir, en todas las ventas de su obra que se realicen con posterioridad a la primera que él efectúe, un porcentaje del precio de la reventa.

Una de las características de los derechos patrimoniales es que cada una de las facultades señaladas es independiente de las otras y puede ser materializada en múltiples formas de explotación. Por ejemplo, la autorización para reproducir una obra, aún cuando ese derecho se haya concedido en exclusiva, no menoscaba el derecho del autor a autorizar la transformación de su obra porque se trata de facultades distintas; y el derecho a reproducir una obra en soporte de papel, no autoriza a quien ha obtenido ese derecho a reproducirla en medio magnético, porque se trata de formas de explotación diferentes.

En Chile el derecho de autor corresponde a la persona individual que crea la obra (autor). Las personas jurídicas no pueden ser consideradas autoras de una obra pero sí pueden adquirir la titularidad originaria de los derechos. Esta situación se prevé en los casos en los que la obra haya sido creada bajo la dirección o por encargo de otra persona, sea que haya sido elaborada en cumplimiento de un contrato laboral o de prestación de servicio

CAPITULO IV

El funcionario a Honorarios, es funcionario público?

Los siguientes dictámenes, dictados por la CGR, relacionado al EA nos dejan claro, que no es funcionario público, que su relación con el Estado, como empleador, se rige por el contrato celebrados.

- Las personas que prestan servicios a la Administración sobre la base de honorarios, no poseen la calidad de funcionarios, razón por la cual, los montos que dichas personas perciban como honorarios, no revisten el carácter de remuneración (Dm 56.402/2008)

- En general, los suplentes gozan de las atribuciones y prerrogativas inherentes al cargo que desempeñan como tales, en las mismas condiciones que el titular, de manera que no pueden serles restadas las obligaciones que les habría correspondido ejecutar a los titulares, entre las que se cuenta la de asumir como subrogantes cuando resulte procedente (Dm 10.214/2017).

- La figura de la suplencia requiere de un acto formal de la autoridad, a través del cual exprese su intención inequívoca de designar a una persona para que cumpla

⁵ <https://www.contraloria.cl/portalweb/web/cgr/portada#>

funciones en la calidad indicada. Ello, por cuanto el suplente es designado por la autoridad precisamente para ejercer un empleo determinado y debe, por lo tanto, asumirlo con todas las facultades, prerrogativas, derechos y deberes inherentes al cargo, toda vez que desde el momento en que asume la suplencia pasa a ser funcionario de la repartición de la cual se trate (Dm 72.986/2016 y 67.101/2016).

- La subrogación es una figura que opera de pleno derecho y en cuya virtud el funcionario que corresponda, con el objeto de mantener la continuidad de la prestación de la función pública, debe ejercer en calidad de subrogante el cargo que no es desempeñado por el titular o suplente de esa plaza, y en tal condición tiene la obligación de suscribir los actos administrativos pertinentes, dejando constancia expresa de la calidad con que actúa (Dm 32.251/2004).

- De conformidad con lo prescrito en los artículos 3ro. y 11 de la ley No 18.834, el legislador ha confiado la ejecución de las tareas necesarias para cumplir las funciones públicas que la ley asigna a cada institución, en primer lugar, a la dotación permanente de la misma, constituida por los funcionarios de planta; luego, a aquella dotación transitoria, esto es, a los empleados a contrata y, finalmente, de manera excepcional y restringida, a quienes sirven labores en calidad de contratados a honorarios (Dm 70.929/2012, 29.224/2013, 9.778/2014).

De acuerdo con el inciso final del artículo 11 de la ley No 18.834, las personas contratadas a honorarios se rigen por las reglas que establece el respectivo contrato y no les son aplicables las disposiciones de esa ley, personas que no poseen la calidad de funcionarios y tienen como norma reguladora de sus relaciones con ella el propio convenio, careciendo de los derechos de que gozan los empleados públicos. De este modo, los contratados a honorarios no tienen los derechos establecidos en el artículo 90 A de la ley No 18.834, toda vez que aquellos han sido establecidos exclusivamente en favor de los funcionarios públicos (Dm 2.466/2008).

Los contratos a honorarios deben regirse por las reglas contempladas en los respectivos convenios, cuyos contenidos deben necesariamente ajustarse al carácter público que posee la parte que requiere de los servicios que se prestarán, lo que obliga a la autoridad administrativa a considerar y respetar los principios que rigen su accionar, entre los cuales, y para estos efectos, tienen especial importancia los de probidad, eficiencia y el respeto a la igualdad ante la ley. En otras palabras, si bien las personas contratadas a honorarios no se rigen por el Estatuto Administrativo, ello no obsta a que se les hayan hecho aplicables ciertos principios rectores de la función pública, como son los ya mencionados, en

atención a que desarrollan labores públicas, aun cuando no son funcionarios públicos ni ejercen un cargo de tal naturaleza (Dm 8.233/2001).

CONCLUSIONES

En cuanto al primer tópico que nos interesa comentar: la titularidad por parte de los funcionarios públicos en su calidad de autores de la creación u obra, sobre los derechos morales y patrimoniales.

En base a las definiciones a que nos referimos en el Capítulo III, y considerando que los derechos morales son inalienables por parte del autor, podemos afirmar que el funcionario público que crea una obra en ejercicio de sus funciones, no podrá desprenderse de estos, salvo por causa de muerte.

El artículo 88 LPI, establece que “El Estado, los Municipios, las corporaciones oficiales, las Instituciones semifiscales o autónomas y las demás personas jurídicas estatales serán titulares del derecho de autor respecto de las obras producidas por sus funcionarios en el desempeño de sus cargos”.

Podemos concluir entonces que, la titularidad a la que se refiere la norma, es a los derechos patrimoniales, con todas las facultades que ello implica.

En cuanto a la segundo tópico, esto es, podemos, en base a lo que dispone la ley y la interpretación de las normas que ha hecho la CGR, que los funcionarios a contrata si cumplen funciones propias de los funcionarios públicos, por el contrario, los funcionarios a honorarios no son considerados funcionarios

públicos y sus relaciones laborales con el estado, se rigen por el contrato celebrado, entre el estado y el empleado.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 11 del EA, el funcionario a honorarios, no puede ser considerado funcionario público, bajo ningún respecto, por lo que para determinar la titularidad de sus creaciones en el ejercicio del cargo, deberemos estarnos a lo que establezca el contrato celebrado entre éste y el Estado, en caso de no existir clausulas al respecto, se estará a las reglas generales.

Lo anterior ha sido, reiteradamente resuleto por la CGR, en diversos dictámenes, así como se ha descrito en el capítulo anterior.

En cuanto a la subrogancia y suplencia, atendido que de acuerdo a la ley, sólo pueden subrogar funcionarios de planta o a contrata, esta condición le está vetada al funcionario a honorarios. En base a esto, la conclusión es que si un funcionario en calidad de subrogante o suplente crea una obra, se encuentra en la hipótesis del artículo 88 LPI y la titularidad de los derechos patrimoniales corresponden al Estado.

Por último, en la hipótesis de que la creación sea realizada por un funcionario público, sea de planta o a contrata; titular, suplente, subrogante, sin embargo, la creación no se encuentra dentro de las funciones del ejercicio de su cargo, en base a lo dispuesto en la Ley N° 18575, en su artículo 63 y haciendo una interpretación armónica de la norma, podríamos concluir que en esa creación el Estado mantendría la titularidad patrimonial de derecho de autor.

El artículo 63 antes mencionado reza, “La designación de una persona inhábil sería nula. La invalidación no obligará a la restitución de las remuneraciones percibidas por el inhábil, siempre que la inadvertencia de inhabilidad no le sea imputable. La nulidad del nombramiento en ningún caso afectará la validez de los actos realizados entre su designación y la fecha en que quede firme la declaración de nulidad.”

BIBLIOGRAFÍA:

- Constitución Política de República.
- Ley de propiedad Intelectual N° 17336.
- Estatuto Administrativo, ley N° 18834.
- Guía de derecho de autor, la protección de la creación. Consejo Nacional de la Cultura y las Artes de Chile.
- Página de la Contraloría General de la República, sección jurídica, dictámenes.