

OBRA FUTURA: CESIÓN DE DERECHOS PATRIMONIALES. VICISITUDES

GUILLERMO ZEA FERNÁNDEZ

En nuestro sistema jurídico, en especial dentro de las instituciones del negocio jurídico, la legislación es una fuente de derechos y obligaciones, indispensable para determinar los límites y condiciones en las que la autonomía privada vincula a las partes contratantes.

La Ley, como manifestación democrática de una nación que se permite su autorregulación, encuentra buena parte de su justificación y fuerza jurídica, además, en la búsqueda necesaria de una *seguridad jurídica*, propia de aquellos sistemas que, como el nuestro, se nutren de una tradición jurídica romano-germánica y Napoleónica en cuanto a la codificación. La anhelada función de la seguridad jurídica, ha hecho de la Ley un instrumento general y abstracto que se crea con un ánimo de permanencia e inmutabilidad.

La realidad negocial entre particulares mantiene una relación dialéctica que es indisociable del fenómeno jurídico, realidad que es, por lo general, la causa que motiva y caldo de cultivo de la materia sobre la que posteriormente actuará el legislador promulgando leyes, y por ende, otorgando estabilidad, certeza y generali-

dad a los dictados primarios de la correspondiente praxis social.

Si el legislador no regula ciertas situaciones negociales requeridas y utilizadas intensamente entre los asociados, estos tendrán, a falta de regulación para determinados casos, acudir a interpretar la ley vigente conforme al espíritu general de la legislación y la equidad natural. Son fenómenos comprensibles: mientras las decisiones legislativas viajan aún por el tranvía, los hechos sociales se desplazan a través de la fibra óptica.

Nos proponemos, mediante un análisis de la legislación especial de los derechos de autor y el derecho común, resolver el problema jurídico referente a la existencia y validez de aquellos negocios jurídicos, tanto civiles como comerciales, cuya finalidad es la cesión de derechos patrimoniales de obras futuras, protegidas por el derecho de autor, no existentes al momento de su celebración. Tan compleja tarea, colmada de vicisitudes, nos lleva a comprender anticipadamente a aquellos lectores que piensan que escribimos galimatías jurídicas e insustanciales. Conocemos una gota de agua, ignoramos el océano. Intentamos bucear.

I. LA TITULARIDAD ORIGINARIA Y DERIVADA DEL DERECHO PATRIMONIAL DE AUTOR

Por razones de índole iusfilosóficas e histórico jurídicas, nuestro derecho de autor considera, sin excepciones, a la persona humana, al individuo, como el único que puede ser autor de una obra protegida. A diferencia de esta concepción, existen legislaciones que consideran que una persona jurídica puede ser autora de obras protegidas, como son las legislaciones de Rusia (arts. 480 y 492-5 C. C. ruso) y de Yugoslavia (arts. 20 y ss., 80 y 106 Ley de 19 de julio de 1957), al disponer el tratamiento de obras colectivas llevadas a cabo por organizaciones de trabajo, con personalidad propia.

Nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, establece una clara diferencia entre la institución de la *titularidad* y la de la *autoría*, gracias a la cual pueden convivir el principio según el cual la persona humana es la única que puede ser titular originario de una obra protegida por el derecho de autor, y sus respectivas excepciones¹. Las consecuencias, validez jurídica y filosófica que se derivan de diferenciar la *autoría* de ciertas obras con su *titularidad originaria*, son ajenas al objeto de este escrito, motivo por el cual no abordaremos este particular tema.

Ligada a la titularidad originaria se encuentra la institución de la titularidad derivada, entendiéndose por ésta a aquella adquirida por una persona, natural o jurídica, en forma total o parcial, de los derechos patrimoniales sobre una obra, o sobre una universalidad de obras protegidas. La titularidad derivada puede adquirirse sea a

título de cesión (legal o convencional), sea como presunción legal de cesión, y a través de los modos de la tradición y sucesión por causa de muerte, principalmente.

La titularidad derivada sobre una obra protegida comprende únicamente los derechos patrimoniales, pues es bien sabido que los derechos morales no pueden ser renunciados, ni cedidos.

II. PRIMERA APROXIMACIÓN A LA CESIÓN CONVENCIONAL DE DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR

La cesión convencional es el *título* con el cual una persona le transfiere a otra, de manera total o parcial, los derechos patrimoniales de autor sobre una obra protegida. Para la validez de la cesión de derechos patrimoniales se requiere, además, la *tradición* de la obra, entendida como la entrega efectiva que le hace el cedente al cesionario, con ánimo traslativo de sus derechos.

El contrato de cesión de derechos patrimoniales de autor debe diferenciarse tanto de la cesión de derechos del Código Civil, como de la cesión de contrato del Código de Comercio, y, también, del contrato de compraventa, siempre y cuando la cesión de derechos patrimoniales sea onerosa, característica que es la más usual en el tráfico de los negocios de obras protegidas por el derecho de autor.

La cesión de contrato a que se refiere el Código de Comercio parte de la existencia de un contrato, y se presenta cuando una parte se hace sustituir por un tercero, en la totalidad o parte de las relaciones derivadas del contrato, incluyendo créditos y débitos.

1. Artículo 19 de la Ley 23 de 1982.

En el Código Civil no se encuentra regulada la cesión de contrato, como sí lo hace el Código de Comercio (arts. 887-896 C. Co.). Tratándose de una transferencia a título singular y por acto entre vivos, como lo es la cesión de contrato, el código civil permite la transferencia del vínculo obligatorio únicamente respecto de la parte activa del vínculo, es decir del crédito. La cesión de deudas a título singular y por acto entre vivos, no es permitida en esta legislación.

Independientemente de la reglamentación propia de cada una de éstas instituciones, y pese a tratarse de “cesiones”, es evidente que no guardan relación o semejanza con el contrato de cesión de derechos patrimoniales de autor y con sus elementos esenciales.

A diferencia de las instituciones mencionadas, el contrato de compraventa se presenta como el contrato típico y nominado que, conforme a sus elementos esenciales y naturales, más se asemeja al contrato de cesión de derechos patrimoniales de autor. De hecho, los elementos esenciales y los efectos jurídicos de ambos contratos son tan semejantes, que es preciso aclarar la razón por la cual no existe—estrictamente—compraventa de derechos patrimoniales de autor, cuando estos se transfieren a cambio de un precio.

La compraventa, lo dice la ley, es un título que sirve como medio para adquirir el dominio de una “cosa”. Conforme al artículo 1866 del Código Civil “*pueden venderse todas las cosas corporales, o incorporales, cuya enajenación no este prohibida en la ley*”. Cuando interpretamos sistemáticamente la anterior norma con el artículo 664 del C. C., comprendemos que para nuestro ordenamiento jurídico los derechos *incorporales* son los “*derechos rea-*

les o personales”, por lo que no es posible considerar, según tal descripción, a los derechos patrimoniales de autor y otros de naturaleza real semejantes (el dominio), como posibles objetos de una compraventa, pues sería redundante e ilógico adquirir el derecho de uso y disposición, sobre un derecho de uso y disposición.

Bastaría agregar que tal absurdo nos conduciría a que, si un intérprete del derecho y de los contratos analiza un supuesto acuerdo de compraventa de derechos patrimoniales de autor, podría equivocadamente equiparar o cotejar, más allá de lo debido, por tratarse de una compraventa, los derechos patrimoniales de autor a la propiedad común, y por tal camino, cubrir vacíos contractuales y legales con principios más cercanos a la compraventa que a los derechos de autor. Por esta potísima razón es inconveniente considerar, en estricto sentido, la compraventa de derechos patrimoniales de autor.

Frente al argumento anterior, y dado que conforme a la doctrina y jurisprudencia preponderante las obras protegidas por el derecho de autor se consideran en Colombia bienes incorporales, sería posible afirmar, por el contrario, que la compraventa podría ser válida cuando se trata de adquirir una obra protegida por el derecho de autor.

La lógica y coherencia del supuesto anterior es aparente y superflua. De celebrarse un negocio jurídico en estas condiciones, éste podría verse viciado de nulidad absoluta, en la medida en que todas las obras protegidas contienen simultáneamente derechos patrimoniales, que son una especie de propiedad, como también derechos morales. Al ser éstos últimos inalienables e intransferibles, por expreso e imperativo mandato legal, no pueden ser

objeto de compraventa, por tratarse de un objeto ilícito.

En conclusión, pretendemos afirmar que solo se puede disponer de los derechos patrimoniales de autor, y no de la *obra* como bien incorporal, pues como tal, en ella están implícitos unos derechos morales que son intransferibles. La disposición que sobre los derechos patrimoniales se hace a título de cesión, conlleva el uso y disposición sobre la obra protegida, por lo que no tendría sentido llegar al absurdo de celebrar una compraventa con el fin de adquirir el uso y disposición *de un derecho de uso y disposición*, amén de los inconvenientes mencionados con anterioridad.

III. EL CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR Y EL CONTRATO DE OBRA POR ENCARGO FRENTE A OBRAS FUTURAS

El contrato de cesión de derechos patrimoniales de autor es un contrato innominado pero solemne, que debe cumplir con los requisitos de forma establecidos en el artículo 183 de la Ley 23 de 1982. Para efectos prácticos del presente artículo, al contrato de cesión de los derechos patrimoniales de autor de una obra futura, en adelante lo denominaremos como *el contrato*.

Cuando es oneroso, sus elementos esenciales son: (i) Una obra protegida y existente, (ii) la especificación de los derechos patrimoniales objetos de la cesión y (iii) el precio de la cesión. De faltar alguno de estos elementos el contrato sería ineficaz en sentido amplio.

Consecuentemente, y en virtud al elemento que le es esencial a este contrato señalado en el numeral (i) anterior, el contrato de cesión de derechos patrimoniales no es

un instrumento idóneo para ceder los derechos patrimoniales de aquellas obras que no existan al momento de su celebración.

El tráfico mercantil, principalmente, ha demostrado que cada día es una necesidad más frecuente la celebración de cesiones de obras inexistentes al momento de suscribirse el acuerdo, las cuales serán creadas con posterioridad a la suscripción del respectivo negocio. La mayoría de las veces se ha optado por celebrar contratos de obra por encargo, los cuales, más allá de las ventajas de su consensualidad, se presentan como la solución legislativa más acertada para el caso comentado.

Los elementos esenciales del contrato de obra por encargo son: (i) El encargo de crear, por cuenta y riesgo del encargante, una obra protegida, (ii) el plan y diseño de la obra por parte del encargante y (iii) el precio del contrato, a título de honorarios para el encargado.

Por lo general, la celebración de estos contratos de obra por encargo no suministran una solución jurídica adecuada, especialmente en situaciones en donde el encargante solo aporta el precio y corre con los riesgos de su encargo, dejando al talento del autor, el diseño y el plan de la obra a ser creada. En este escenario, más común de lo que se piensa, el contrato de obra por encargo así celebrado podría ser ineficaz por carecer de uno de sus elementos esenciales.

Tarea difícil sería el pretender trazar una línea que delimitara cuando estamos en presencia o en ausencia del hecho de diseñar y planear una obra por parte del encargante, con más razón si se trata de obras protegidas por el derecho de autor, donde el talento, el ingenio y el ser mismo del autor—su personalidad— las determinan irremediabilmente.

Frente a este dilema, el artículo 2053 del Código Civil nos aporta algunas luces, no como norma jurídica aplicable al caso que nos ocupa, sino como una apreciación de la lógica y espíritu del legislador.

Respecto de los contratos para la confección de una obra material, se dispone: *“Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra. Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento”*.

En este artículo estamos frente al encargo de la confección de una obra, con la diferencia que esta es material. Semejante al contrato de obra por encargo, que lleva inmerso un arrendamiento de servicios, el contrato de confección de obra material puede devenir en uno de arrendamiento de servicios, si la materia principal es suministrada por el que ordenó la obra.

En nuestro concepto, el talento, el ingenio y la personalidad del autor en el contrato de obra por encargo son un presupuesto obvio de la celebración del contrato, y no el objeto del mismo. En otros términos, el talento y las condiciones artísticas e intelectuales del autor no son nada diferentes a las herramientas mecánicas y facilidades técnicas con las que cuenta el artífice contratado para la confección de una obra material.

Así las cosas, el punto importante a resolver es qué se entiende por *“materia principal”*. Tratándose del contrato de confección de obra material podría decirse que la materia principal es aquella que se necesita en mayor medida para realizar la obra, como lo sería la madera en la confección de una mesa, sin necesidad, en la mayoría de los casos, de indagar más allá de esto.

En cuanto al contrato, en derechos de autor, de obra por encargo, es importante diferenciar las necesidades que llevaron al encargante a contratar la obra encargada, de sus aportes reales en la creación de ella. Una razón es que el encargante le explique al encargado, aún en extremo detalle, acerca de las circunstancias y necesidades que pretende solucionar con la creación de la obra, y otra muy distinta es que le aporte *“materia principal”* a esta. Solo en el último caso estaríamos frente a una verdadera obra por encargo.

En derechos de autor, la *“materia principal”* de una obra siempre es de orden intelectual y, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.º de la Ley 23 de 1982, es posible deducir en alguna medida que *las ideas y contenido conceptual* de las obras literarias, artísticas y científicas, pese a no ser protegidas por el derecho de autor, son presupuestos de su creación y uno de sus sustratos más relevantes.

En consecuencia, para que un contrato de obra por encargo sea herramienta jurídica idónea para garantizarle a una persona encargante la titularidad de los derechos patrimoniales de autor sobre una obra a crearse en el futuro, tendrá éste —el encargante— que indicarle al encargado las ideas y el contenido conceptual que determinarán la creación de la obra, pues de lo contrario estaríamos frente a un contrato ineficaz por ausencia de uno de sus elementos esenciales.

En la hipótesis en que lo antes afirmado tenga como efecto el asumir ciertas precauciones en la redacción de contratos de obra por encargo, es evidente que en muchos negocios que se celebran respecto de obras no existentes al momento de suscribirlos, el encargante, por así decirlo, solo estaría interesado en asegurar la titularidad

de una obra futura, por la importancia única de las condiciones personales de quien será su autor, o por encontrarse interesado en las ideas que éste, en busca de recursos, le planteó en algún momento acerca del contenido de la obra. En fin, ejemplos sobrarían, todos ellos sobre el hecho en el cual el encargante no aporta idea alguna que determine, en forma sustancial, la creación de la obra, en los términos exigidos en el contrato de obra por encargo.

Esta instancia es, precisamente, en la cual debemos interpretar la ley vigente del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y la equidad natural, resaltando el análisis comprensivo de la legislación especial sobre derechos de autor y el derecho común, para luego establecer la posibilidad de celebrar un contrato de cesión de una obra futura, y en caso afirmativo, cómo debería redactarse tal documento.

IV. EL CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS PATRIMONIALES DE UNA OBRA FUTURA Y LAS LEGISLACIONES DE DERECHOS DE AUTOR, CIVIL Y COMERCIAL

El contrato es una de las especies del negocio jurídico, a través del cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa. El contrato supone siempre la presencia de dos o más partes, entre las que confluyen unos intereses negociales, los cuales versan sobre asuntos de *contenido económico*.

El contrato es una fuente de derechos y obligaciones y un instrumento a través del cual las partes, en ejercicio de su autonomía privada, disponen de sus intereses particulares, ejercen sus derechos y contraen obli-

gaciones, todo ello como medio para alcanzar unos fines y objetivos concretos.

El ejercicio de la autonomía privada no es, ni puede ser, absolutamente libre e ilimitado. Para que los particulares puedan alcanzar los fines y las consecuencias jurídicas perseguidas mediante el ejercicio de su autonomía privada, deben observar diligentemente los límites y las cargas que la determinan, so pena de verse frustrado jurídicamente el objetivo deseado. Dentro de los límites a la autonomía privada encontramos las normas imperativas, cogentes o de orden público y las buenas costumbres, entre otros. Así mismo, entre las cargas de la autonomía privada se encuentran las de legalidad y corrección, lealtad y buena fe, precisión y claridad, como las de advertencia y sagacidad.

A través de *el contrato*, las partes pretenden que los derechos patrimoniales de una obra que no existe al momento de su celebración, sean transferidos a favor del cesionario, una vez esta sea creada. Sin embargo, al considerar los límites y cargas de la autonomía privada, deberá tenerse en cuenta las siguientes normas e instituciones jurídicas, las que de alguna u otra manera determinan este contrato, con el fin de establecer los términos en que tal contrato vincularía a las partes generando las consecuencias jurídicas deseadas.

a. Artículo 1518 del Código Civil: *“No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, o a lo menos, en cuanto a su género”*.

Esta norma es una primera aproximación al problema jurídico planteado, y de ella

es posible deducir, en principio, que los derechos patrimoniales de una obra futura pueden ser objeto de una declaración de voluntad, expresada previamente a la existencia de la obra.

Sin embargo, quedan importantes vacíos respecto de la manera en la cual debe formalizarse esa declaración de voluntad para que produzca los efectos deseados, porque, como se anotó, la debida observancia de los límites y cargas de la autonomía privada conducen a la plena eficacia de los negocios jurídicos, en general.

b. Artículo 129 de la Ley 23 de 1982: *“La producción intelectual futura no podrá ser objeto del contrato regulado por este Capítulo, a menos que se trate de una o de varias obras determinadas, cuyas características deben quedar perfectamente establecidas en el contrato. Será nula toda estipulación en virtud de la cual se comprometa de modo general o indeterminadamente la producción futura o se obligue a restringir su producción intelectual o a no producir”*.

Esta norma está contenida en el capítulo VIII de la Ley 23 de 1983 donde se regula el contrato de edición. Si bien el capítulo donde ésta se incorporó es un capítulo especial—contrato de edición—perteneciente a un cuerpo normativo también especial—derechos de autor y conexos—, es evidente que dicha disposición podría aplicarse por vía de la interpretación sistemática y extensiva a otras instituciones estrechamente relacionadas con los derechos de

autor, ajenas al contrato de edición, como lo sería, en este caso, la cesión de los derechos patrimoniales de una obra futura.

La razón de ser de esta afirmación es que el artículo 129 de la Ley 23 de 1982 dispuso una regla relativa a la disposición de obras futuras, limitada a una licencia o autorización (uso y goce a través de su edición), y no a una cesión de derechos patrimoniales propiamente dicha, norma que también podría aplicarse a esta última institución, porque el espíritu y núcleo esencial de la norma, no solo se mantiene incólume, sino que es la única solución legal que se encuentra en todo el ordenamiento de los derechos de autor en cuanto a este tema de análisis se refiere. Una interpretación sistemática² y extensiva de esta norma podría servir para establecer la viabilidad jurídica de *el contrato*.

Si le aplicamos esta norma a *el contrato*, este podría celebrarse únicamente respecto de obras determinadas cuyas características estén perfectamente consignadas en el acuerdo de voluntades.

En nuestra opinión, esta norma de la ley sobre derechos de autor ha sido redactada de manera antitécnica e incompleta. La fuente del problema radica en permitir *“la disposición sobre una obra futura”* sin que medie una condición concreta que la determine, referente a la existencia misma de la obra.

Si le aplicáramos, por analogía, bajo una interpretación exegética el artículo 129 de la Ley 23 de 1982 a *el contrato*, concluiríamos que la cesión dispuesta en

2. Artículo 30 del Código Civil: *“El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”*.

Artículo 31 del Código Civil: *“Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según la reglas de interpretación precedentes”*.

el mismo, pese a estar contemplada en la legislación de los derechos de autor, carecería de uno de los elementos esenciales de toda cesión de derechos patrimoniales, como lo es la existencia misma de los derechos cedidos, la que necesariamente se traduce en la presencia de la respectiva obra.

Al respecto, el artículo 898 del Código de Comercio dispone que “*Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales*” (destacamos).

En materia civil, compartimos la tesis de quienes consideran que la institución de la inexistencia civil existe de manera autónoma a la de la nulidad absoluta cuando esta se da por ausencia de alguno de los elementos esenciales del contrato. Esta tesis se argumenta con base en el artículo 1501 del Código Civil que establece: “*Se distinguen en cada contrato las cosas de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente*” (destacamos).

Cualquiera sea la posición que el lector asuma respecto de la inexistencia en materia civil, sea que la comparta o sea que prefiera el camino de la nulidad absoluta (arts. 1740 y 1741 *ibídem*), nos encontramos en un escenario de ineficacia en sentido amplio.

Aplicando las anteriores normas, un contrato cuyo objeto sea la cesión de los derechos patrimoniales de una obra futura, que pese a ser plenamente determinada y perfectamente definida en cuanto a sus características, sería ineficaz por faltarle uno de sus elementos esenciales, cual es la

existencia misma de la obra. Un contrato redactado en estos términos no vincularía a las partes, por lo que no produciría los efectos jurídicos por ellas perseguidos.

Por tal razón, recurriremos al espíritu general de la legislación y la equidad natural, con el fin de encontrar otras instituciones que regulen la disposición de derechos reales sobre bienes futuros inexistentes al momento de celebrarse el contrato correspondiente, extrayendo los puntos relevantes que convengan a nuestro estudio.

c. Artículo 1869 del Código Civil: “*La venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir*” (destacamos).

d. Artículo 917 del Código de Comercio: “*La venta de cosa futura sólo quedará perfecta en el momento en que exista*” (destacamos).

Las normas anteriores se refieren al contrato de compraventa, el cual, como se anotó, guarda una estrecha relación en sus elementos esenciales con *el contrato*.

Acudimos, en consecuencia, a las disposiciones establecidas respecto del contrato de compraventa para la venta de cosas futuras, con la finalidad de encontrar el espíritu del legislador en esta materia, el que nos servirá para argumentar analógicamente en favor de *el contrato*, y abordar conclusiones coherentes.

La interpretación de estas dos normas jurídicas, en concordancia con el artículo 1518 del Código Civil transcrito, nos conduce a concluir que la compraventa de cosa futura es válida en la medida en que la “cosa” sea comercial y se encuentre determinada en el contrato, sea por lo menos en

cuanto a su género, bajo la condición de la existencia de la cosa, para su perfeccionamiento.

Estas normas tienen técnica jurídica más depurada que la norma contemplada en el artículo 129 de la Ley 23 de 1982, pues aún si las partes no mencionan nada al respecto, el contrato está condicionado en forma suspensiva a la existencia de la cosa, motivo por el cual éste sí nace a la vida jurídica, vinculando eficazmente a las partes.

Con la norma del artículo 129 de la Ley 23 de 1982, si las partes solo se limitan a aplicarla exegéticamente, sin condicionarla a la existencia de la obra, obrando con desconocimiento de las cargas de legalidad, precisión y advertencia de la autonomía privada, estarían suscribiendo un contrato ineficaz, el cual no las vincularía jurídicamente.

De las normas transcritas relativas a la venta de cosa futura, extraemos la importancia que suscita en *el contrato* el condicionar el perfeccionamiento de la cesión a la existencia de la obra, so pena de que este sea ineficaz. Dicho esto, es preciso examinar la institución de las “*obligaciones condicionales*”.

Una obligación condicional es aquella que depende de un acontecimiento futuro que puede suceder o no. Para nuestro análisis son importantes las condiciones suspensivas, entendiendo por tales a aquellas que suspenden la adquisición de un derecho mientras la condición no se cumpla.

Tratándose de *el contrato*, habrá de estipularse que la cesión, lo que es lo mismo, los derechos a usar y disponer de la obra, solo se adquirirán desde el momen-

to en que se cumpla la condición, es decir, desde el momento en que la obra es creada. Mientras la condición no suceda, el contrato existe, es válido y sus efectos si bien solo son exigibles hasta el acaecimiento de la condición, éstos tienen su fuente en el contrato celebrado previamente.

Lo dicho respecto de las condiciones suspensivas frente a *el contrato*, goza de una aparente verdad jurídica, por lo que nos puede crear la sensación de que el camino hasta ahora superado concluirá en feliz abordaje jurídico.

Sin embargo, el artículo 1535 del Código Civil establece que: “*Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga*”.

Si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes, valdrá”.

Al respecto: “*la condición potestativa admite una subclasificación, según la doctrina, en simplemente potestativa y mera o puramente potestativa; la primera supone de parte del obligado no sólo una manifestación de voluntad sino la realización de un hecho exterior; la segunda, en cambio, depende exclusivamente de la mera voluntad o capricho de la persona que se obliga.*

La condición simplemente potestativa es válida, porque la obligación del deudor se subordina, en parte al menos, a contingencias que no dependen de su solo arbitrio. Por el contrario, la condición mera o puramente potestativa puede ser válida o no según las circunstancias. Si depende de la voluntad del acreedor es válida, sea suspensiva o resolutoria; si depende de la voluntad del deudor también es válida cuando es resolutoria”³.

3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 3 de julio de 1969.

Condicionar la cesión o la adquisición de los derechos patrimoniales sobre una obra protegida por el derecho de autor a su existencia, es lo mismo, para la mayoría de los casos⁴, a condicionar la cesión o la adquisición de los derechos patrimoniales exclusivamente a la creación de la obra.

La creación de una obra es un acto que emana intrínsecamente de la persona humana, de su ser, de su voluntad, de su esencia y espíritu, y por ello es, en últimas, un acto que depende enteramente de la voluntad del autor; para el análisis que nos ocupa, la creación de la obra como supuesto que condiciona, es, evidentemente, una condición potestativa.

Conforme a la jurisprudencia mencionada, dicha condición potestativa para ser nula, debe estar en cabeza del deudor y debe ser además de suspensiva, puramente potestativa.

En nuestro pensar, la creación de una obra, si bien depende de muchos factores, éstos tienen únicamente relevancia en la órbita interna del autor, quien tiene la última palabra al momento de decidir si crea o no la obra. Dichos factores y la relación que tienen con la creación o no de la obra, siempre dependerán del arbitrio único del autor y no de contingencias externas a su ser⁵. Por ello, la condición de suspender la cesión de la obra futura a la creación de la obra de que se trate, además de ser suspensiva es puramente potestativa, motivo por el cual es nula para nuestro ordenamiento.

En resumen, lo dicho en este numeral, es que *el contrato* no puede suscribirse como una cesión pura y simple de una obra futura plenamente determinada y definida en sus características, pues de ser así, el contrato será inexistente o nulo, por la ausencia de uno de sus elementos esenciales, en este caso, la existencia de los derechos patrimoniales cedidos, o lo que es igual, la existencia misma de la obra.

Es de considerar, también, que la cesión a que se refiere *el contrato* no puede condicionarse a la creación de la obra, pues dicha condición se encuentra en cabeza del deudor (el autor) la cual, además de ser suspensiva, también lo es puramente potestativa, características estas que conllevan a su nulidad.

V. TESIS RESPECTO DE CÓMO SE DEBE REDACTAR EL CONTRATO

Las conclusiones obtenidas en el numeral anterior, nos sirven como punto de partida para la tesis que nos proponemos exponer a continuación.

En primera instancia, es de considerar el principio según el cual no sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino que pueden serlo, también, las que se espera que existan.

Luego concluimos que, frente a la cesión de los derechos patrimoniales de una obra futura, una declaración en este sentido no puede ser pura y simple (ineficacia del contrato), como tampoco puede con-

4. Si el contrato de cesión de obra futura se celebra con quien será un titular derivado, la condición, además de la creación de la obra, estaría sujeta a la transferencia de los respectivos derechos patrimoniales al contratante que posteriormente será cedente.

5. Proponemos como excepción aquellos infrecuentes casos donde la obra, para tomar forma, debe ser necesariamente incorporada en un soporte de difícil adquisición o empleando materiales de igual naturaleza, en donde circunstancias ajenas a la voluntad del autor son determinantes para la creación de la obra.

dicionarse a la creación y consecuente existencia de la obra (nulidad de la condición).

Esta última conclusión parece ser, en principio, un gran impedimento u obstáculo al momento de estipular y acordar los términos de *el contrato*. Frente a esta dificultad derivada del mismo ordenamiento jurídico, una posible e inmediata solución sería no celebrar *el contrato* propiamente dicho, sino suscribir una promesa de contrato de cesión de derechos patrimoniales.

La ventaja de celebrar una promesa de contrato, conforme el numeral 3 del artículo 1611 del Código Civil, es que se puede someter la cesión de los derechos patrimoniales de una obra futura a un plazo o condición que fije la época en que habrá de celebrarse el contrato.

Por las razones expuestas en el numeral anterior, es claro que un contrato de promesa así celebrado no puede condicionarse a la creación de la obra, motivo por el cual, para evitar una nulidad y su consecuente ineficacia, deberá estipularse un plazo u otra condición que no este íntimamente relacionada o que dependa de la creación de la obra, pues de ser así, entraríamos en un círculo vicioso que conduce necesariamente a la nulidad del negocio; es importante agregar que las condiciones que se pueden pactar en un contrato de promesa deben ser condiciones determinables, pues ellas deben fijar la época en que se celebrará el contrato. Este es otro argumento adicional por el cual no se puede condicionar la promesa de cesión a la creación de la obra, pues esta condición es tanto nula como indeterminable.

Respecto del numeral 4 del artículo 1611 *ibídem*, el que obliga a las partes promitentes a determinar de tal suerte el contrato que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales, podemos recurrir, ahora sí, bajo

presupuestos de interpretación aceptables jurídicamente, a lo establecido en los artículos 129 de la Ley 23 de 1982 y 1518 del Código Civil.

En síntesis, pese a que la obra cuyos derechos patrimoniales serán cedidos, y ella no existe al momento de celebrarse la promesa, bien podría determinarse la obra en dicho contrato con una descripción perfecta de sus principales características, incluyendo la estipulación del precio y los demás elementos esenciales del contrato de cesión, cumpliendo de esta manera con el requisito señalado en el numeral 4 del artículo mencionado.

De celebrarse un contrato de promesa de cesión de derechos patrimoniales de autor en las condiciones mencionadas, tendríamos que este contrato existiría en el mundo jurídico, vinculando a las partes que lo suscribieron. Sin embargo, la pregunta a resolver es qué pasaría si al cumplirse el plazo señalado o la condición determinable estipulada en el contrato de promesa, el autor o promitente cedente no ha creado la obra. ¿Habría en este caso un incumplimiento del contrato de promesa de cesión?

La respuesta es que no habría incumplimiento por parte del autor o promitente cedente. Explicamos.

El contrato de promesa genera obligaciones de hacer, concretamente la obligación de suscribir un contrato, en este caso, una cesión de derechos patrimoniales de autor de una obra. ¿Como podría justificarse jurídicamente que el autor o promitente cedente incumplió con su obligación de hacer, consistente en celebrar un contrato de cesión, si al momento de cumplirse el plazo o condición señalado la obra que será objeto de la cesión no existe?. Es imposible ceder los derechos patrimonia-

les de autor de una obra que no existe, porque nadie está obligado a lo imposible.

La única alternativa que tendría el promitente cesionario es alegar que el autor o promitente cedente tenía la obligación de crear la obra. El punto es que dicha obligación, para serle exigible al autor o promitente cedente, debe ser estipulada de manera especial, pues una obligación en este sentido que no ha sido expresamente pactada en el contrato de promesa no puede serle impuesta al autor o promitente cedente por vía de la interpretación o de la integración del contrato con otras fuentes jurídicas.

En ninguna de las normas cogentes ni subsidiarias, ni en los usos ni en las costumbres, ni con base en el principio de la buena fe o la equidad que integran los contratos de promesa en su contenido, se puede deducir una obligación en este sentido en cabeza del autor o promitente cedente.

Dicho lo anterior, ¿cuál sería entonces el sentido de celebrar una promesa de cesión de derechos patrimoniales de autor de una obra futura, la que en caso de no ser creada tendría como consecuencia la no generación de los efectos jurídicos perseguidos, ni una responsabilidad contractual en cabeza del promitente cedente?

La respuesta podría darse en forma correcta si acudimos al contrato derivado de los artículos 1869 del Código Civil y 917 del Código de Comercio, disposiciones que en principio se refieren a la venta de cosa futura.

Estas normas permiten que dos contratantes celebren un negocio jurídico donde uno de ellos le “compra” al otro el álea o la suerte referente a que una cosa exista, por lo que dicho contrato es perfecto desde su suscripción, y aleatorio por definición.

En un contrato de promesa de cesión de derechos patrimoniales sobre una obra que puede o no existir al momento del cumplimiento del plazo o del acaecimiento de la condición, las partes están contratando el álea y la suerte de la existencia de la obra, pactando previamente unas consecuencias jurídicas deseadas, en caso de la existencia futura de ese álea o suerte⁶.

Pactar sobre el álea o suerte de la existencia de la obra, es, en últimas, acordar dentro de la legalidad un contrato condicionado a la creación de la obra, ya que el acuerdo sobre el álea o la suerte es el camino residual ante la imposibilidad de celebrar un negocio bajo la condición suspensiva de la creación de la obra, como ya se explicó.

Una vez analizada la alternativa de pactar un contrato de promesa de cesión de derechos patrimoniales, es posible considerar que todo el análisis anterior ha sido inoficioso; el trabajo aquí realizado nos permite obtener dos importantes conclusiones.

La primera es que nada nos impide incluir una cláusula en el contrato de promesa, semejante a una cláusula penal⁷, a través de la cual se le traslade el riesgo de

6. En este caso no se “compraría” el álea o la suerte. En este caso dicho álea o suerte se pacta en beneficio recíproco de las partes, una de las cuales está interesada en crear una obra y asegurar desde ya un beneficio económico mediante su cesión, mientras que la otra quiere asegurar la titularidad de la obra antes que cualquier otro posible titular derivado.

7. No es propiamente una cláusula penal pues en ella no se sanciona un incumplimiento, sino que se traslada un riesgo en cabeza de una de las partes quien debe asumirlo de alguna manera, en este caso pagándole un dinero al otro contratante.

la no creación de la obra al autor o promitente cedente, obligándolo a pagarle una suma de dinero determinada al promitente cesionario en caso que la obra no haya sido creada y por ende no se haya podido cumplir el contrato de promesa. Esta cláusula, semejante a una cláusula penal, tendría dos efectos: por un lado presiona e invita eficazmente al autor o promitente cedente a crear la obra, y por el otro le garantiza al promitente cesionario algún beneficio económico derivado del negocio celebrado. Con esta cláusula, el contrato de promesa de cesión se presenta como una alternativa interesante y jurídicamente posible al dilema planteado en el presente escrito.

La segunda conclusión, la más relevante para la tesis que nos proponemos exponer en este numeral, es la suma importancia que tiene el pactar en el contrato una obligación de hacer en cabeza del autor, consistente en la obligación que tiene de crear una obra en determinado sentido.

Con base en esta segunda conclusión es posible determinar las estipulaciones que deberá contener *el contrato* para que genere por sí mismo los efectos perseguidos por las partes. De lograrse el objetivo propuesto, *el contrato* sería la alternativa más idónea para la cesión de los derechos patrimoniales de una obra futura, pues, por un lado, *el contrato* sería en sí mismo el título traslativo de dominio, sin que se requiera la suscripción de otro documento como sucedería en un contrato de promesa de cesión, y por el otro, *el contrato* sería el negocio adecuado para incluir una obligación de hacer consistente en la creación de una obra, obligación que desnaturalizaría un contrato de promesa de cesión en caso de incluirse en su texto.

El objeto de *el contrato* debe ser, entonces, la obligación de hacer en cabeza del autor contratante, obligación que consiste en crear una obra protegida por el derecho de autor. En cuanto a la cesión de los derechos patrimoniales de la obra correspondiente, esta sería una consecuencia del cumplimiento de la obligación de crear la obra por parte del autor, y se pactaría en el contrato como un elemento accidental de este.

La cesión de los derechos patrimoniales de autor no puede ser el objeto de *el contrato* como tampoco uno de sus elementos esenciales, pues si se pacta de manera pura y simple o se sujeta a un plazo, el contrato sería ineficaz en la medida que los derechos objeto de la cesión aún no existen en el mundo jurídico. Igualmente, si la cesión como objeto del contrato se sujeta a la condición de la creación de la obra, la nulidad de esta condición viciaría todo el contrato.

Si un intérprete del derecho y de los contratos considerase que condicionar la cesión de derechos patrimoniales a la creación de la obra es perfectamente válido, tendríamos que un contrato así suscrito nacería a la vida jurídica, pero solo sería exigible desde el acaecimiento de la condición. En este escenario volvemos a una pregunta semejante a las surgidas cuando tratamos el contrato de promesa de cesión: ¿qué pasa si el autor no crea la obra? En esta hipótesis no podríamos hablar de un incumplimiento contractual, pues el contrato que tiene por objeto la cesión de derechos patrimoniales aún no es exigible entre las partes.

En este evento, tendría necesariamente que pactarse una obligación de hacer en cabeza del autor relativa a la creación de una obra determinada. Y esta obligación de

hacer, si consideramos que la cesión de derechos patrimoniales de una obra no puede condicionarse a su creación, adquiere tal relevancia que necesariamente se convierte en el objeto mismo del contrato, pues es de allí de donde se originan todos los demás derechos y obligaciones del negocio.

La cláusula correspondiente al objeto de *el contrato* debe contener las condiciones de tiempo, modo y lugar que determinen la obligación de hacer, en cabeza del autor. Estas condiciones de tiempo, modo y lugar deben determinar tanto al acto de creación de la obra u obras, como a las obras en si mismas consideradas. Para efectos de su exigibilidad, se aconseja, respecto de las condiciones de tiempo, establecer plazos determinados de creación y entrega de las obras. En esta cláusula se compromete la producción futura de un autor en los términos que la Ley 23 de derechos de autor exige en su artículo 129, en concordancia con el artículo 1518 del Código Civil. Estamos, pues, frente a una estipulación válida.

El contrato, como acto que conlleva la enajenación de derechos patrimoniales de autor, debe constar en escritura pública o en documento reconocido y firmado ante Notario Público, conforme lo dispone el artículo 183 de la Ley 23 de 1982.

Esta solemnidad se le exige a los títulos traslativos de derechos patrimoniales, sin afectar esta solemnidad, al *modo* de adquirir el dominio.

En efecto, una vez el autor cumpla con su obligación de crear la obra, y dado que *el contrato* como título traslativo de los derechos patrimoniales ya cumplió con la solemnidad exigida por la ley, bastará entonces que el autor cumpla con su otra obligación de *entregar* la obra, para que

opere la tradición de los respectivos derechos patrimoniales, y el otro contratante asume, desde el mismo momento de la entrega, su condición de titular derivado de los derechos patrimoniales de autor sobre la obra u obras referidas en el contrato.

Dicho lo anterior, *el contrato* deberá disponer, como elemento secundario, una cláusula expresa que se refiera a la cesión de derechos patrimoniales de autor de la obra u obras referidas en el objeto del mismo. Esta cláusula tendrá que ser redactada en el sentido en que se condicione el *modo* (la tradición) de adquirir los respectivos derechos patrimoniales de autor, a la entrega de la obra u obras por parte del autor, a su contraparte contractual.

La condición aquí referida es una condición suspensiva perfectamente válida, que no condiciona la cesión de la obra a su creación, sino que condiciona el nacimiento de un derecho en cabeza de una de las partes, a la entrega de una obra.

A manera de conclusión final, es preciso afirmar que el contrato de cesión de los derechos patrimoniales de una obra futura puede ser válidamente celebrado en ejercicio de la autonomía privada.

Se expresó que este contrato debe ser suscrito de una manera especial y solemne, para evitar los posibles vicios de nulidad, como la inexistencia del contrato y, en general, su ineficacia en sentido amplio.

El objeto del contrato de cesión de los derechos patrimoniales de una obra futura no debe ser la cesión de unos derechos patrimoniales de autor, sino que lo debe de ser la obligación de un autor de crear y entregar una obra determinada, conforme a las condiciones de tiempo, modo y lugar establecidas por la mutua voluntad de las partes.

Se indicó, también, que la cesión de los derechos patrimoniales de la obra creada en cumplimiento del objeto del contrato es un elemento accidental del mismo, el que debe ser expresamente pactado, indicándose que la cesión solo se entenderá hecha una vez le sea entregada la obra al otro contratante por parte del autor. Con la mencionada entrega opera la *tradición*, la cual, dado que el contrato ya debió haber cumplido con la solemnidad exigida

por el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, se entiende perfectamente válida y generadora de los efectos finales buscados y deseados por las partes.

Es de esperar que el presente y modesto análisis contribuya, a través de las páginas de esta publicación, al debate académico que enriquezca la comprensión y aplicabilidad de las instituciones de los derechos de autor, como es la voluntad de sus editores.

