

EL CONTRATO DE OBRA POR ENCARGO: FUENTE, TÍTULO Y MODO DE ADQUIRIR LOS DERECHOS PATRIMONIALES

GUILLERMO ZEA FERNÁNDEZ

I. EL CONTENIDO PATRIMONIAL DEL DERECHO DE AUTOR PERMITE QUE LAS OBRAS PRODUCTO DE LA CREACIÓN HUMANA NO SEAN SIMPLES “COSAS”, SINO “BIENES”

Al disponer el Código Civil en su artículo 653 que “Los bienes consisten en cosas corporales o incorpóreas”, debemos aceptar que esa descripción conlleva implícitamente el comprender las palabras “bien” y “cosa”, como dos conceptos jurídicos diferentes entre sí, contrapuestos.

La palabra “bien”, en su concepción jurídica, se refiere a todo derecho subjetivo patrimonial relacionado directamente con una “cosa”.

En consecuencia, es obvio concluir que las “cosas” sobre las que se ejercen, recaen o se reconocen derechos subjetivos patrimoniales, se denominan “bienes”.

Para ilustrar el anterior concepto basta el siguiente ejemplo: Un objeto cuya propiedad u otro derecho subjetivo patrimonial *no* se le reconoce a alguien, es una simple “cosa”. Por su parte, otro objeto cuya propiedad *si* se le reconoce a alguien, es un “bien”.

Los derechos de autor han sido tratados y definidos por la jurisprudencia y la doctrina colombiana como una propiedad *sui generis* que tiene un contenido moral o personal y un contenido patrimonial. Gracias a su contenido patrimonial es que podemos afirmar que dichas creaciones son “bienes”, y como tales se les aplican todas aquellas construcciones racionales jurídicas propias de ellos, con la necesaria aplicación de algunas “ficciones”, que no son otra cosa que las herramientas empleadas para interpretar el espíritu de una norma y acomodarlo a una realidad cambiante que solo se ha modificado en elementos accidentales, conservando aquellos que le son esenciales.

II. LAS COSAS CORPORALES E INCORPORALES

Las “cosas” pueden ser corporales o incorpóreas. “Las corporales son aquellas que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos. Mientras que las incorpóreas son las que consisten en meros *derechos*”¹.

De los artículos 664, 667 y 668 del

¹ Artículo 653 del Código Civil colombiano.

código civil, podemos deducir que nuestro sistema jurídico define las cosas incorporales en *derechos y acciones* que pueden ser reales o personales, y muebles o inmuebles, según sea la cosa en que han de ejercerse.

Considerar las cosas incorporales como derechos reales y personales es un vestigio claro y directo de nuestra tradición Románica, en lo jurídico.

Nuestra legislación define que “derechos personales son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas”². Y “derechos reales son los que tenemos sobre una *cosa* sin respecto a determinada persona”³.

Importante es hacer una precisión que evita el absurdo de definir un concepto utilizando para ello el mismo concepto que se pretende definir. El derecho real es una *cosa incorporal*, que recaer o se ejerce sobre otra cosa, sin relación a determinada persona, la que obviamente no puede ser una cosa incorporal que sea, a su vez, un derecho real. Empero, por definición un derecho real puede versar sobre cosas corporales y también sobre cosas incorporales. Esta última conclusión no es compartida por alguno tratadistas, especialmente franceses y alemanes, quienes sostienen que los derechos reales sólo pueden recaer sobre cosas corporales. Por este motivo, ellos han clasificado los derechos en tres categorías: reales, personales e intelectuales, incluyendo en estos últimos los derechos de autor, la propiedad industrial y los establecimientos de comercio, todos los cuales comparten una esencia inmaterial o intangible.

Contrario sensu, una adecuada interpretación de nuestra legislación, al unísono con las tendencias actuales y la doctrina preponderante, admite que el *derecho real* puede recaer sobre cosas incorporales, universalidades de hecho o de derecho, y bienes inmateriales.

Un ejemplo de *derechos reales* que se ejercen sobre *bienes inmateriales* y *derechos* lo tiene el artículo 671 del Código Civil que dispone: “Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores”, y el artículo 670 *ibidem* que literalmente reza: “Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo”.

Pertinente, entonces, la siguiente precisión: Una cosa incorporal puede ser tanto un *derecho real* o un *derecho personal*, considerada como un *bien inmaterial* sobre el cual se ejercen unos derechos. Para este análisis, es de vital importancia tener esta claridad conceptual.

III. DE LA PROPIEDAD

La propiedad o dominio es el derecho real de más amplios atributos para su titular, definido por el artículo 669 del Código Civil de esta manera: “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una *cosa corporal*, para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno”.

La citada norma limita el derecho de dominio solo a las *cosas corporales*. Esta limitación es razonable si tomamos en cuenta que en la época de su promulgación, el legislador consideraba que las cosas

² Artículo 666 del Código Civil colombiano.

³ Artículo 665 del Código Civil colombiano.

incorporales eran únicamente *derechos*, de tal manera que ejercer un derecho de propiedad sobre otro derecho carecería de toda lógica y razón jurídica, pues sobre un derecho se podría ser titular, pero no se podría ejercer sobre el mismo el atributo ya expuesto de la “propiedad”.

Afirmar que el dominio es el derecho real en una *cosa incorporal*, para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno, es jurídicamente válido siempre y cuando dicha cosa sea un “bien” inmaterial como los es una obra literaria, la cual tendrá que ser considerada, no como un mero derecho, sino como una “cosa” sobre la cual se pueden ejercer atribuciones semejantes a las que se ejercen sobre las cosas corporales.

La consistencia jurídica de este concepto se encuentra en el artículo 671, *ibidem*, el cual reconoce que “las producciones del talento o del ingenio son una *propiedad* de sus autores”, que “se registrará por leyes especiales”.

La ley *especial* sobre derechos de autor, la número 23 de 1982, establece en su artículo 3º que “Los derechos de autor comprenden para sus titulares las facultades exclusivas : A. De disponer de su obra a título gratuito u oneroso bajo las condiciones lícitas que su libre criterio le dicte; B. de aprovecharla, con fines de lucro o sin él, por medio de la imprenta, grabado... o cualquier otro medio de reproducción, multiplicación o difusión, conocido o por conocer”.

La anotada descripción no es más que la ampliación del concepto de *dominio* aplicado por el legislador a la *propiedad* sobre las obras del ingenio, es decir, a los derechos de autor.

En los derechos de autor, la ley limita ese derecho de propiedad en aspectos muy

especiales como son la duración de la protección en el tiempo (dominio público) y el respeto a unos derechos morales, entre otras limitantes. Pese a lo particular de estas limitaciones accidentales, el concepto de *propiedad* permanece incólume, por conservar sus atributos esenciales.

En derechos de autor, entonces, *propiedad* significa derecho patrimonial. La propiedad es un derecho cuyos elementos esenciales son los mismos que la ley y la doctrina le han atribuido al denominado derecho patrimonial. Es decir, pese a que tienen diferentes nombres, la “propiedad” y el “derecho patrimonial” son dos conceptos que comparten sus aspectos esenciales, de tal manera que podríamos utilizarlos indistintamente para referirnos a las mismas facultades y atributos.

En cuanto al denominado derecho moral, y debido a su carácter intransferible, imprescriptible, irrenunciable y personalísimo, éste no puede asimilarse al derecho de “propiedad”, en estricto sentido, porque no conlleva para su titular la facultad de *disposición* del mismo. Son atribuciones o prerrogativas personalísimas que la ley le asegura al autor, en defensa de su trabajo intelectual, humano.

En conclusión, dentro de los bienes inmateriales protegidos por el derecho de autor coexiste un derecho de propiedad (patrimonial), con un derecho moral (personalísimo), que lo limita y lo circunda.

La importancia de asimilar el derecho de propiedad con el derecho patrimonial, más que a una caprichosa elaboración teórica, obedece a que la propiedad es una institución jurídica cuya normatividad y análisis doctrinales y jurisprudenciales son amplios, completos y sistematizados, por lo que consideramos que sus principios y reglas son necesariamente aplicables a los

derechos patrimoniales propios de la institución del derecho de autor, como “especie” de la propiedad común.

Para preservar la ineditud de la obra, como derecho moral, el legislador ha dispuesto, coherentemente, que el derecho patrimonial del autor “se *causa* desde el momento en que la obra o producción, susceptible de estimación económica y cualquiera que sea su finalidad, se divulgue por cualquier forma o modo de expresión⁴”.

Causa significa razón o principio de una cosa; en este caso el derecho patrimonial surge al mundo jurídico cuando su autor decide divulgar la obra por cualquier medio. Esa decisión del autor traslada la obra del ámbito del derecho moral, en el cual tenía el derecho a permanecer inédita, al ámbito jurídico del derecho patrimonial. De esta manera, la obra, por lo general, ingresa al tráfico de los negocios y el comercio, convertida en un bien cultural.

IV. MODOS DE ADQUIRIR EL DERECHO MORAL Y EL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE OBRAS PROTEGIDAS POR EL DERECHO DE AUTOR

Por ser el *derecho moral* un atributo del autor con características de intransferible, imprescriptible, irrenunciable y personalísimo, el modo único de adquirirlos es mediante el acto de “*creación*” de la obra protegida.

Por su parte, la propiedad o derecho patrimonial sobre una obra protegida se puede adquirir, principalmente, por los siguientes modos:

a. Mediante el acto de creación: Con el acto de creación surgen a la vida jurídica los derechos morales y patrimoniales en cabeza de la persona natural que es su autor *originario*. Este sería un modo único, novedoso e independiente para adquirir la propiedad, aplicable únicamente a los bienes inmateriales que son objeto de un derecho de autor, según lo tiene dispuesto el artículo 9º de la Ley 23 de 1982.

b. Mediante la sucesión por causa de muerte: Se deduce entre otros de los artículos 13 y 29 de la Decisión 351 de 1993 y del derecho común.

c. Mediante la tradición: Como otro de los modos mediante el cual se puede adquirir el dominio sobre los bienes protegidos por el derecho de autor.

V. LA TRADICIÓN COMO MODO DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD SOBRE UNA OBRA PROTEGIDA POR EL DERECHO DE AUTOR

La tradición consiste en la *entrega* de un bien que el dueño o titular le hace a otra persona con la intención de transferirle el dominio, con la correlativa intención de ésta otra de adquirirlo. La tradición como modo de adquirir la propiedad necesita irremediamente de un título traslativo de dominio como lo son la venta, la permuta, la donación, la cesión u otro acto eficaz.

La tradición es la manera o forma de adquirir el dominio, mientras que los títulos traslativos son la fuente jurídica mediante la cual se transfiere efectivamente

⁴ Artículo 72 de la Ley 23/82.

la propiedad. *Como vemos, el modo y los títulos son instituciones diferentes y por tanto no se pueden asimilar en todos sus aspectos.* Un ejemplo de lo anterior es el concepto de “entregar” a que se refieren tanto la tradición como modo y algunos títulos traslaticios de dominio como la venta o la permuta.

En cuanto a la tradición como modo, y al ser esta una institución jurídica general que abarca una escala múltiple de posibilidades, la interpretación correcta del término “entregar” ha de ser igualmente general y comprensiva, entendiéndose que no se limita a la entrega física de algún bien corporal, sino que además se debe aplicar a aquellos bienes incorpóreos sobre los cuales opera la tradición válidamente, y cuya entrega se entiende realizada mediante *la puesta a disposición*, ora entregando el original, ora una copia, ora indicando un soporte electrónico o digital que incluya el bien inmaterial, o por cualquier otro medio conocido o por conocer.

Por su parte, los títulos traslaticios de dominio como la venta o la permuta se refieren a la obligación de “entregar”, entendiéndolo “entrega” en una concepción restrictiva, exigiendo que esta se realice físicamente ya sea mediante la aprehensión del bien o la entrega física de un objeto simbólico como los son las llaves de acceso al granero donde están guardadas las cosas.

Las obras que son objeto del derecho de autor son esencialmente bienes inmateriales, y por tal característica se diferencian de los bienes físicos –soportes materiales– donde se incorporan. Y es precisamente su carácter intangible el que hace imposible “entregar” materialmente una obra, obligando a la legislación y a la jurisprudencia a establecer como título idóneo traslaticio de dominio la denominada

cesión de derechos patrimoniales. Con esta cesión se superó aquel inconveniente relativo a la entrega (a que se refiere la venta y la permuta) del bien objeto del negocio jurídico, pues basta tener un justo título que ceda los derechos patrimoniales y la disponibilidad efectiva sobre la obra, para que se transfiera su dominio y su consecuente explotación económica mediante el modo de la tradición.

Cuando el modo de adquirir la propiedad es la tradición, usualmente la transferencia del dominio se puede realizar, entre otras, a título de cesión convencional, de cesión legal o de presunción legal de cesión.

VI. LA CESIÓN CONVENCIONAL COMO FUENTE DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD SOBRE LAS OBRAS PROTEGIDAS POR EL DERECHO DE AUTOR. PRIMER ACERCAMIENTO TEÓRICO A LA SOLEMNIDAD EXIGIDA POR EL ARTÍCULO 183 DE LA LEY 23 DE 1982

La cesión convencional es aquella que se realiza mediante un contrato celebrado entre dos partes. Dicho contrato se rige por el principio de la autonomía de la voluntad, principio que en este caso está limitado por la concepción humanista y protectora propia de nuestro derecho de autor.

La cesión convencional, por disposición del artículo 183 de la Ley 23 de 1982, es un acto solemne que necesita ser elevado a escritura pública o ser reconocido ante Notario Público. Dicha solemnidad afecta únicamente al título traslaticio de

dominio que en este caso es el contrato de cesión. Es decir, la transferencia de dominio se hace a título de cesión, como acto solemne, cuyo modo de adquirir el dominio es la tradición.

La ausencia de la solemnidad en el título, cuando una de las partes de la cesión es un comerciante, genera ineficacia por la vía de la inexistencia del contrato, y del mismo debe predicarse nulidad cuando el respectivo contrato se rige por las normas del código civil.

El registro del acto de la cesión tiene por objeto el preservar las garantías de publicidad, de autenticidad y seguridad de esos actos y documentos, registro que es necesario, en el caso de la cesión total o parcial de derechos patrimoniales, “para tener validez ante terceros”⁵.

Enfatizo este punto, pues como más adelante se expondrá, con el debido respeto, hay un sector de la doctrina especializada en derechos de autor que ha incurrido en un error semejante al que ha sucedido respecto de la transferencia de dominio de bienes inmuebles.

El equívoco a que me refiero consiste en confundir el *título* y la *fuerza* mediante la cual se transfiere el dominio, con el *modo* de adquirirlo. En el caso concreto de la transferencia de dominio de los bienes inmuebles, muchos intérpretes de la ley confiados en la lectura exclusiva del artículo 756 del Código Civil han considerado que únicamente con la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos se efectúa la transferencia de dominio, es decir, creen que este es el modo de adquirirlo.

Esta concepción es incompleta y por

ende equivocada, pues para que opere la tradición se necesita además de la “entrega” del bien, como claramente se deduce del artículo 740 *ibidem*. En el caso de los inmuebles, así como en el caso de las obras protegidas por el derecho de autor, la entrega se entiende en su concepción amplia queriendo decir la puesta a disposición del cedente al cesionario.

Han sido tantos los intérpretes que han incurrido en el anterior error, que al legislador del código de comercio no le quedó otra opción que redactar su artículo 922 de la siguiente manera: “La tradición del dominio de los bienes raíces requerirá, además de la inscripción del título en la correspondiente oficina de registro de instrumentos públicos, la entrega material de la cosa.” Con esto se aclaró contundentemente la separación conceptual y jurídica que existe entre el título de transferencia de dominio (que es solemne) y el modo de adquirirlo (tradición).

En el caso de los derechos de autor, la solemnidad exigida por el artículo 183 de la Ley 23 de 1982 no es el modo de adquirir el dominio. Simplemente es una garantía exigida por el legislador a favor de los autores, que afecta únicamente al contrato de cesión como título de transferencia, cuya existencia o nulidad depende del cumplimiento de la solemnidad exigida.

Por su parte el modo de adquirir el dominio continúa siendo la tradición, la cual se puede dar con fundamento en otros títulos y fuentes que por voluntad del legislador no requieren de solemnidad alguna, como lo es en el contrato que seguidamente analizaremos.

⁵ Artículo 183 de la Ley 23/82.

VII. EL CONTRATO DE OBRA
POR ENCARGO COMO TÍTULO
CONSENSUAL DE
TRANSFERENCIA DE DOMINIO
DE OBRAS PROTEGIDAS POR EL
DERECHO DE AUTOR

Como se ha anotado, cuando el modo de adquirir la propiedad es la tradición, usualmente la transferencia del dominio se puede realizar a título de cesión convencional, de cesión legal o de presunción legal de cesión.

La cesión legal es aquella transferencia de propiedad sobre la obra protegida, que tiene como título y fuente a la ley. Dos ejemplos: el primero se encuentra dispuesto en el artículo 91 de la Ley 23 de 1982, cuya interpretación correcta es la siguiente: La propiedad o derechos patrimoniales sobre las obras creadas por empleados o funcionarios públicos en cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales de su cargo, serán de la entidad pública correspondiente. El segundo, lo contempla el artículo 92, *ibidem*, al disponer que “las obras colectivas creadas dentro de un contrato laboral o de arrendamiento de servicios, en las que sea imposible identificar el aporte individual de cada una de las personas naturales que en ellas contribuyen, tendrán por titular de los derechos de autor al editor o persona jurídica o natural por cuya cuenta y riesgo ellas se realizan”. En este último caso, por “titular de los derechos de autor” ha de entenderse que la *propiedad* o los derechos *patrimoniales* se encuentran en cabeza del editor o de la persona que encargó la obra.

En el caso expuesto estamos en presencia de una cesión legal, pues nuestro derecho de autor sólo acepta a la persona

humana como autor y consecuente titular originario, de tal manera que una persona jurídica o natural diferente al autor, como lo es el Estado, necesita de un título y un modo de transferencia de dominio para ostentar la propiedad o derecho patrimonial de una obra protegida.

En el caso de esta cesión legal, el título y fuente de transferencia de dominio es el citado artículo 91, el cual necesita además de la entrega o puesta a disposición de la obra al adquiriente para que opere la tradición.

Como se deduce claramente, estamos frente a una cesión de propiedad o derechos patrimoniales cuyo título y fuente es la ley sin necesidad de solemnidad alguna, y cuyo modo de adquirir el dominio es la tradición.

Así mismo, existe otro título para adquirir el dominio mediante la tradición, que se ha denominado en la doctrina como presunción legal de cesión.

La decisión 351 de 1993 dispone en su artículo 10: “Las personas naturales o jurídicas ejercen la titularidad originaria o derivada, de conformidad con la legislación nacional, de los derechos patrimoniales de las obras creadas por su encargo o bajo relación laboral, salvo prueba en contrario”.

De este artículo es posible concluir dos situaciones: La primera es que conforme a nuestra legislación nacional, la titularidad que persona diferente al autor ejerce sobre los derechos patrimoniales es siempre “derivada”, pues para nosotros la titularidad originaria sólo puede nacer en cabeza del autor. La segunda es que las palabras “salvo acuerdo en contrario” hacen de esta cesión una verdadera presunción de cesión, queriendo con ello el legislador dejar abierta la posibilidad al

autor para que conserve para sí todos o algunos de los derechos patrimoniales, o lo que es lo mismo, conserve para sí la propiedad total o parcial de la obra.

Este artículo presenta una particularidad que es la siguiente: Si alguno de los países miembros de la comunidad andina aceptara que una persona natural o jurídica diferente al autor pudiese ejercer la titularidad originaria, en tal caso no estaríamos frente a una presunción legal de cesión, toda vez que al ser titulares originarios no necesitan de negocio jurídico previo para adquirir la titularidad plena sobre la obra.

Por otra parte, el artículo 4º de la Ley 23 de 1982 establece: “Son titulares de los derechos reconocidos por la ley: ... f) La persona natural o jurídica que, en virtud de un contrato obtenga por su cuenta y riesgo, la producción de una obra científica, literaria o artística realizada por uno o varios autores en las condiciones previstas por el artículo 20 de esta ley”.

El mencionado artículo 20 dice: “Cuando uno o varios autores, mediante contrato de servicios, elaboren una obra según plan señalado por persona natural

o jurídica y por cuenta y riesgo de ésta, sólo percibirán, en la ejecución de ese plan, los honorarios pactados en el respectivo contrato. Por este solo acto, se entiende que el autor o autores transfieren los derechos sobre la obra, pero conservarán las prerrogativas consagradas en el artículo 30 de la presente ley, en sus literales a) y b)”. El *solo acto* es el contrato de servicios, consensual, al cual la norma citada no le exige solemnidad alguna. El intérprete no puede distinguir, donde la norma no distingue.

Los elementos esenciales del contrato de obra por encargo dispuesto en el artículo 20 *ibidem* son:

- 1) Una persona natural o jurídica encargante.
- 2) Uno o varios autores encargados.
- 3) Un plan o programa del encargante que diseñe el encargo.
- 4) Un encargo, el cual consiste en la elaboración de una obra o producción intelectual.
- 5) Un precio o remuneración del contrato, y
- 6) La ejecución del contrato por cuenta y riesgo del encargante.

El contrato de obra por encargo tiene las siguientes características:

Sinalagmático	Se necesita de dos partes que se obliguen recíprocamente.
Oneroso	Es útil para ambas partes gravándose cada uno a beneficio del otro.
Principal	Porque el contrato subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, aunque excepcionalmente puede ser accesorio a un contrato laboral.
Nominado	Al ser regulado por el derecho positivo de una manera especial.
Consensual	Se perfecciona por el solo consentimiento de las partes. La consensualidad en los contratos es la regla general, y por ende, una solemnidad exigida necesita de una norma especial (ley o convención) que así lo establezca. El artículo 183 de la ley 23 de 1982 no es una norma especial aplicable al contrato de obra por encargo, sino únicamente a los contratos de cesión de la propiedad o derechos patrimoniales de obras protegidas. Lo anterior cobra aún más sentido si tomamos en cuenta que el contrato de obra por encargo no es un contrato de cesión en sí mismo considerado, pues cuando se pacta, aún no se ha creado obra alguna. Es simplemente un contrato nominado que establece unas obligaciones especiales y que produce unos efectos particulares en virtud de la ley.

En síntesis, el contrato de obra por encargo es título y fuente, que por disposición de la ley, son traslaticios de dominio, y que como título y fuente, necesitan además de la entrega del bien, en los términos anotados, a fin de que opere la tradición.

Exigirle al contrato de obra por encargo que cumpla con la exigencia del artículo 183 de la Ley 23 de 1982, no sólo va en contravía de los principios y fundamentos jurídicos que se han explicado en este análisis, sino que con ello se configura un retroceso gravísimo en contra de las nuevas tendencias legales y doctrinales, cuya finalidad es buscar y armonizar nuestra concepción humanista del derecho de autor con la realidad arrolladora del comercio en el mundo globalizado de hoy, libre de solemnidades.

Si la cesión legal para determinadas obras (arts. 91 y 92, Ley 23/82) no requiere de solemnidad alguna, una elemental coherencia jurídica nos lleva a concluir que la presunción legal de cesión para las demás obras, tampoco la requieren.

VIII. EL CONTRATO DE OBRA POR ENCARGO Y LA ACTUAL REALIDAD ECONÓMICA

Las nuevas tecnologías han cambiado los comportamientos sociales, aún los esquemas jurídicos y los principios con los cuales se analizaba el derecho de autor en el siglo pasado. El talento y la creación intelectual, en los tiempos actuales, no solo buscan los tradicionales valores de la belleza y la verdad, pues ellos están encaminados, en buena parte, a buscar recreación, información y entretenimiento.

Estamos presenciando el desarrollo inusitado de las “industrias del saber y el entretenimiento” y nos disponemos a ingresar a la llamada era de la “economía de la información”. Esas industrias de bienes y servicios, muchas de ellas titulares de obras y producciones protegidas por el derecho de autor, contratan a miles y millones de trabajadores y servidores independientes que les aportan su ingenio y su creatividad.

La herramienta jurídica idónea y eficaz para tales contrataciones es el contrato de obra por encargo. No es posible imaginar a esos trabajadores celebrando contratos solemnes de cesión de derechos de autor, ante Notarios Públicos (un notario en cada empresa?), para que sus patronos o contratantes de la obra respectiva tengan un título en debida forma y se constituyan en titulares de los derechos patrimoniales. La ausencia de tal formalidad convertiría esos títulos en ineficaces, como se ha anotado. Sería interpretar el derecho actual con el rasero que se utilizaba en los siglos pasados, en donde el “deseo” del intérprete primaba sobre el verdadero espíritu de la ley.

El derecho moral del autor de una obra le concede atribuciones para reivindicar su paternidad, para oponerse a toda deformación, para conservar su obra inédita o anónima, para modificarla y para retirarla del mercado.

Cuando la obra es elaborada por encargo, el autor de ella tiene un derecho moral limitado, pues solo tiene dos atribuciones: la una para *reivindicar* su paternidad y la otra para *oponerse* a la deformación de la misma⁶. No le es posible a ese autor el ejercer las demás atribuciones

⁶ Artículo 20 de la Ley 23/82.

propias del derecho moral como conservar la inédita, ni modificarla, ni retirarla del mercado. La razón de ello es que la obra, mejor, su derecho patrimonial, por presunción legal de cesión, se encuentra en cabeza de la persona que la contrató. La obra, desde que es objeto del encargo, tiene vocación de divulgación o publicación, pues su autor carece del derecho a conservarla inédita y no le es posible ejercer el derecho de retracto.

Con la institución jurídica de la obra por encargo se desdibuja el derecho moral del autor, como se ha desvanecido con el reconocimiento del soporte lógico o

software en el derecho de autor, y como se irá desdibujando hacia el futuro en la medida en que vamos ingresando, de la mano de las nuevas tecnologías, a la economía de la información y el conocimiento.

El concepto estático y congelado del derecho moral tradicional debe de adaptarse a las nuevas concepciones y realidades de las “industrias del saber, la información y el entretenimiento”. Lenta e imperceptiblemente, por el camino de la obra por encargo, ese derecho moral tradicional ha entrado en la evolución propia del mundo actual.