

# La obra por encargo como caso de excepción a la excepción del principio de formalidad escrita prevista en el ecosistema de presunciones legales de la Ley Sobre el Derecho de Autor

Antonio D'Jesús<sup>1</sup>

<https://doi.org/10.53766/PI/2021.22.01>

Recibido: 01-10-2020 Aceptado: 05-12-2020

## Resumen

La Ley sobre Derecho de Autor establece, en el ecosistema de presunciones legales, la excepción al principio de formalidad escrita para la transferencia del derecho patrimonial y el ejercicio lícito del derecho moral de autor, en este último caso cuando sea necesario para la explotación normal de la obra, sin embargo, esta excepción no aplica a las obras creadas por encargo en virtud de su propia naturaleza, siendo obligatorio, a los fines del ejercicio del derecho de autor por parte del comitente o persona que encarga la obra, establecer en contrato escrito las condiciones del encargo y las características de la obra encargada.

**Palabras clave:** Derecho de autor, obras, obras por encargo, presunción legal, principio de formalidad escrita, excepciones al principio de formalidad escrita, titular del derecho patrimonial de autor.

## Commissioned work as an exception to the exception of the principle of written formality provided for in the ecosystem of legal presumptions of the Copyright Law

## Abstract

The Copyright Law establishes, in the ecosystem of legal presumptions, the exception to the principle of written formality for the transfer of patrimonial right and the lawful exercise of the

---

<sup>1</sup> Abogado y Especialista en Derecho de Autor egresado de la Universidad de Los Andes, Director de la Entidad de Gestión Colectiva de los Productores de Obras Audiovisuales -EGEDA VENEZUELA-, Profesor de la Universidad de Los Andes, Universidad Central de Venezuela y Universidad Metropolitana en materia de Propiedad Intelectual.

Correo electrónico: [dejesusa@gmail.com](mailto:dejesusa@gmail.com)

moral right of author, in the latter case when it is necessary for the normal exploitation of The work, however, this exception does not apply to works created by commission by virtue of its own nature, being mandatory, for the purposes of the exercise of copyright by the principal or person who orders the work, to establish a written contract the conditions of the order and the characteristics of the work commissioned.

**Keywords:** Copyright, works, commissioned works, legal presumption, principle of written formality, exceptions to the principle of written formality, owner of copyright.

## SUMARIO

PROLEGÓMENOS. I. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE AUTOR. II. LA OBRA POR ENCARGO COMO CREACIÓN DEL ECOSISTEMA DE PRESUNCIONES LEGALES DE TITULARIDAD DEL DERECHO PATRIMONIAL DE AUTOR. III. SOBRE EL CONTENIDO DEL DERECHO DE AUTOR TRANSFERIDO AL COMITENTE DE LA OBRA CONFORME A LA PRESUNCIÓN LEGAL DE LA OBRA POR ENCARGO. IV. PARTICULARIDADES DE LAS FACULTADES DEL DERECHO DE AUTOR INVOLUCRADAS EN EL ECOSISTEMA DE PRESUNCIONES LEGALES. V. EL PRINCIPIO DE LA FORMALIDAD ESCRITA EN LA TRANSFERENCIA DEL DERECHO PATRIMONIAL DE AUTOR DENTRO DEL ECOSISTEMA DE LAS PRESUNCIONES LEGALES Y LA EXCEPCIÓN DE LA OBRA POR ENCARGO. A MANERA DE CONCLUSIÓN. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..

## PROLEGÓMENOS

El ecosistema de presunciones legales sobre la titularidad del derecho patrimonial de autor que desarrolla la Ley sobre Derecho de Autor -LSDA-<sup>2</sup>, contempla cinco presunciones de titularidad del derecho patrimonial originario de autor en favor de un tercero diferente al autor de la obra, entendiéndose que este último es la persona natural creadora originaria de la obra protegida; presunciones establecidas para las obras audiovisuales, comprendiendo estas las obras radiofónicas y las cinematográficas, los programas de computación o software, las obras realizadas bajo relación laboral y las obras realizadas por encargo.

En los cinco casos de presunción de titularidad originaria del derecho patrimonial de autor, la formula legislativa utilizada por el legislador es la siguiente:

---

<sup>2</sup>Ley sobre Derecho de Autor, Gaceta Oficial N.º 4.638 Extraordinario del 01 de octubre de 1993, Caracas, Venezuela.

### 1. Presunción de titularidad del derecho patrimonial de autor en las obras cinematográficas:

Artículo 15 LSDA. *«Se presume, salvo pacto expreso en contrario, que los autores de la obra audiovisual han cedido al productor, en forma ilimitada y por toda su duración el derecho exclusivo de explotación sobre la obra audiovisual, definido en el artículo 23 y contenido en el Título II, incluso la autorización para ejercer los derechos a que se refieren los artículos 21 y 24 de esta Ley, así como también el consentimiento para decidir acerca de la divulgación».*

### 2. Presunción de titularidad del derecho patrimonial de autor en las obras radiofónicas:

Artículo 16 LSDA. *«[...] Se presume, salvo pacto expreso en contrario, que los autores de la obra radiofónica han cedido al productor en forma ilimitada y por toda su duración el derecho exclusivo de explotar la obra radiofónica, definido en el artículo 23 y contenido en el Título II, inclusive la autorización para ejercer los derechos a que se refieren los artículos 21 y 24 de esta Ley, y el consentimiento para decidir acerca de la divulgación de la obra».*

### 3. Presunción de titularidad del derecho patrimonial de autor en el programa de computación:

Artículo 17 LSDA. *«[...]Se presume salvo pacto expreso en contrario, que los autores del programa de computación han cedido al productor, en forma ilimitada y por toda su duración, el derecho exclusivo de explotación de la obra, definido en el artículo 23 y contenido en el Título II, inclusive la autorización para ejercer los derechos a que se refieren los artículos 21 y 24 de esta Ley, así como el consentimiento para decidir sobre su divulgación y la de ejercer los derechos morales sobre la obra en la medida que ello sea necesario para la explotación de la misma».*

#### 4. Presunción de titularidad del derecho patrimonial de autor en las obras bajo relación laboral y por encargo:

*Artículo 59 LSDA. «Se presume, salvo pacto expreso en contrario, que los autores de las obras creadas bajo relación de trabajo o por encargo, han cedido al patrono o al comitente, según los casos, en forma ilimitada y por toda su duración, el derecho exclusivo de explotación definido en el artículo 23 y contenido en el Título II de esta Ley».*

De los preceptos legales reproducidos sobre el ecosistema de las presunciones legales del derecho patrimonial de autor, podemos decir que existe un tratamiento similar en la presunción legal de transferencia del derecho patrimonial de autor para los cinco casos expuestos, en el tratamiento dado en el artículo 53 de la LSDA que establece la obligatoriedad de los contratos de cesión de derechos de explotación y los de licencias de uso, salvo disposición expresa de la Ley, excepciona de la formalidad escrita para la transferencia de la titularidad del derecho patrimonial de autor a las obras audiovisuales, radiofónicas, programas de computación y la realizadas bajo relación laboral, sin embargo, no excepciona de la formalidad escrita a las obras por encargo, siendo entonces obligatorio que la transferencia del derecho patrimonial de autor se realice de forma escrita cuando se trate de este tipo de obras, conforme se puede interpretar del artículo 53 *eiusdem* y de su instrumentalización en el artículo 23 del Reglamento de la Ley sobre Derecho de Autor.

Esta excepción dentro de la excepción al principio de formalidad escrita que rige en el sistema del ecosistema de las presunciones legales se fundamenta en la naturaleza y características de la obra por encargo, cuyo estudio constituye el objetivo de este ensayo.

## I. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE AUTOR

La naturaleza jurídica del derecho de autor, rama de la propiedad intelectual que regula la protección del derecho del autor sobre las obras literarias, artísticas y científicas, se infiere de su carácter constitucional [artículo 98 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela -CRBV-]; humano [artículos XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 27.2° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela CRBV]; privado [artículos 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela CRBV, Preámbulo del Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio de la OMC -Acuerdo ADPIC- y 546 del Código Civil]; cuyo contenido está conformado por facultades de orden moral y patrimonial [Artículos 5, 18 y siguientes de la LSDA, Capítulo II sobre la naturaleza y Sección Primera de los derechos morales y patrimoniales].

La delimitada naturaleza jurídica y las prerrogativas, facultades o derechos de carácter patrimonial o de explotación reconocidos en el sistema de protección del derecho de autor sobre el bien inmaterial, la obra, tiene un carácter exclusivo y remunerativo [artículo 23 de la Ley sobre el Derecho de Autor LSDA]; temporal [artículo 25 de la Ley sobre el Derecho de Autor LSDA]; no sujeto al cumplimiento de ninguna formalidad, bastando el hecho creador para su reconocimiento o protección, independientemente de la propiedad del objeto material en el cual esté incorporada la obra [artículos 1 y 5 de la de la Ley sobre el Derecho de Autor LSDA y 3 y 36 del Reglamento de la de la Ley sobre el Derecho de Autor RLSDA].

## II. LA OBRA POR ENCARGO COMO CREACIÓN DEL ECOSISTEMA DE PRESUNCIONES LEGALES DE TITULARIDAD DEL DERECHO PATRIMONIAL DE AUTOR

Dentro del ámbito de protección, en el artículo 1 de la Ley sobre el Derecho de Autor LSDA se define que el objeto de protección del derecho de autor son las obras del ingenio de carácter creador, ya sean estas de índole

literaria, científica o artística, cualquiera que sea su género, forma de expresión, mérito o destino, independientemente de la propiedad del objeto material al cual esté incorporada dicha obra, incluyendo dentro del concepto de obra del ingenio a todas las enunciadas en la lista abierta de tipos de obras consagrada en el artículo 2 *eiusdem*.

Se puede inferir en consecuencia que el objeto del derecho de autor es la “obra”, y no, como señala Antequera Parilli, otros aportes relativos de los llamados “derechos conexos” (v.gr.: interpretaciones o ejecuciones artísticas, producciones fonográficas y emisiones de radiodifusión)<sup>3</sup>.

A modo de referencia, porque no está vigente en Venezuela desde el Acuerdo de Cartagena desde el año 2006, el artículo 3 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que contempla varias definiciones a los fines de conseguir una armonía interpretativa entre los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones, se refiere a la “obra” como “toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma”.

Del mismo modo el Glosario OMPI de Derecho de Autor y Derechos Conexos, se refiere a la obra como “toda creación intelectual original expresada en una forma reproducible”<sup>4</sup>, siendo suficiente que la obra sea susceptible de ser divulgada o reproducida por cualquier medio o procedimiento<sup>5</sup>.

Por su parte, el ya citado jurista Ricardo Antequera Parilli, se refiere a la obra como: “la forma de expresión de una idea literaria, artística o científica que, producto del talento humano, se realiza y concreta en una creación con características de originalidad, susceptible de ser divulgada o reproducida por cualquier medio o procedimiento”<sup>6</sup>.

En general, con relación al derecho de autor, las diversas definiciones sobre la “obra” coinciden en tres elementos fundamentales, a saber:

---

<sup>3</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. La obra como objeto del derecho de autor. Documento OMPI OMPI/DA/CCS/97/3, Caracas, 1997, p. 2.

<sup>4</sup> OMPI. Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Ob. Cit., Voz 262, p. 268.

<sup>5</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. La obra como objeto del derecho de autor. Ob. Cit. p. 2.

<sup>6</sup> *Ibidem*. p. 8

1. La creación es el “hecho generador”. Como señalan Miguel Rodríguez Tapia y Fernando Bondía Román, es igual considerar tal hecho como un “hecho humano” carente de consciencia y voluntad o como un “acto jurídico”. En cualquiera de los dos casos se produce el efecto previsto: la adquisición originaria del derecho de autor sobre lo creado por el autor (persona natural), bien sea con plena consciencia y voluntad, o bien sea como un “arrebato de locura creadora” o de un permanente estado de inconsciencia absoluta (incapacitación total)<sup>7</sup>.

Tal hecho generador, se puede ver reflejado en la expresión “obras literarias y artísticas”, que hace el Convenio de Berna en su artículo 1º sobre el ámbito general de la protección al indicar que: «los términos “obras literarias y artísticas” comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico ...»

Esta primera condición, más que un intento de clasificación de las creaciones protegidas permite destacar la exclusión de la tutela, por una parte, de aquellos productos de un trabajo intelectual que, a pesar de su mérito, no concluyen en un aporte creativo propio; y por la otra, de las invenciones, con un sentido meramente utilitario, que son objeto de la llamada “*propiedad industrial*”<sup>8</sup>.

No obstante, el Glosario OMPI señala que «el alcance real de estas categorías se entiende en general en su sentido más amplio posible como ilustra comúnmente una enumeración aclaratoria de las diferentes clases de obras, que figura en las legislaciones nacionales de derecho de autor, y con arreglo a la interpretación de la jurisprudencia en muchos países»<sup>9</sup>.

A título de ejemplo de lo transcrito, la LSDA en el referido artículo 2 establece de forma enunciativa una serie ejemplos de obras del ingenio susceptible de protección por el derecho de autor, dejando abierta la posibilidad, en su parte *in fine*, a toda creación literaria, científica o artística susceptible de ser divulgada o publicada por cualquier medio o procedimiento.

---

<sup>7</sup> RODRIGUEZ TAPIA, Miguel y BONDÍA ROMÁN, Fernando. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 55.

<sup>8</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Consecuencias sustantivas de la adhesión al Convenio de Berna. DOC/DA/HAV/98/3, La Habana, 1998, p. 3.

<sup>9</sup> OMPI. Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos, p. 262. .

2. El resultado de la obra, como una creación intelectual concebida para la propiedad y la protección, debe proyectarse o exteriorizarse. No obstante, el derecho nace con el mismo acto de la concepción; aunque al no existir un bien material de referencia, se mantiene en suspenso hasta su materialización o exteriorización por el autor de dicha creación<sup>10</sup>.

En opinión de Tulio Ascarelli, la creación en sí misma es más importante y trascendente que la materialización de un objeto, pues «al ejemplar único o a los cien mil ejemplares de una novela siempre se contraponen la novela como creación intelectual [...]»<sup>11</sup>.

Dicha opinión lo que refleja es la diversidad sobre las libertades declaradas como derechos del hombre, las cuales comprenden múltiples facetas –esto es, intelectuales, espirituales y materiales–, que se proyectan en el ser humano.

Para muchos autores algunas formas de libertad son más importantes y fundamentales que otras, y cada persona tiene su propio orden de prioridades. Aun cuando no resultaría sorprendente que una mayoría estuviera de acuerdo con la declaración extraordinaria del poeta inglés John Milton, en su obra *Areopagítica*, cuando expresa: «*Dadme la libertad de saber, de hablar y de argumentar libremente según mi conciencia, por encima de todas las libertades.*»<sup>12</sup> Obviamente, tal declaración es quizás hoy día la más enérgica defensa conocida de la libertad de expresión.

3. Ahora bien, el impulso creativo puede generarse por iniciativa propia, por iniciativa colectiva, por iniciativa de un tercero como el productor, el patrono o el comitente, en fin, la iniciativa para el impulso creativo puede presentarse de diversas formas, pero en todos los casos debe dar origen a una creación original.

La obra por encargo es el resultado de la contratación por parte de un tercero comitente a un creador, especialista o no en un arte literario, artístico

---

<sup>10</sup> ARTEAGA BRACHO, Miguel. Propiedad Intelectual y Desarrollo Tecnológico. Protección legal de las obras científicas, p. 126

<sup>11</sup> ASCARELLI, Tullio. Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales, pp. 264 y ss

<sup>12</sup> John Milton, *Areopagítica*. Citado por, DE FREITAS, Denis. Derecho de autor y libertad de expresión. Boletín de derecho de autor, Vol. XIX, N° 1.

o científico, para la realización de alguna obra, asistiéndole al comitente la titularidad de los derechos patrimoniales de autor, y en algunas legislaciones, como la venezolana, asistiéndole también las facultades morales relativas a la divulgación e integridad de la obra a los fines de su explotación.

Las condiciones de la relación comitente – autor deben establecerse en un contrato de obra por encargo en el cual se establezca:

- a. Las razones del comitente para escoger al autor en la creación de la obra por encargo.
- b. El alcance de la obligación del autor a realizar la obra en un todo de acuerdo con las pautas generales del encargo.
- c. El alcance de las condiciones de la obra que debe entregar el autor, especialmente su originalidad inédita, para lo cual debe comprometerse a realizarla poniendo en su ejecución la mayor diligencia y eficiencia.
- d. La reserva del comitente de rechazar la obra en caso de que juzgase que la misma no se adecua a las pautas o características específicas o generales establecidas en el contrato, ni a las sanas prácticas profesionales y la posibilidad del comitente de no estar obligado a cumplir con el pago acordado y del autor de devolver lo recibido como pago adelantado.
- e. El establecimiento de un plazo de entrega, un cronograma de ejecución y de una forma y lugar de entrega.
- f. El compromiso del autor de garantizar al comitente el ejercicio exclusivo del derecho patrimonial de autor y de las facultades morales necesarias para su explotación.
- g. El compromiso del autor de responsabilizarse de los daños y perjuicios reclamados al comitente como consecuencia de reclamos que se originen de la disputa de tercero del derecho patrimonial de autor sobre la obra encargada.
- h. El establecimiento de cláusulas de rescisión automática del contrato de obra por encargo a favor del comitente, en los casos de: El Fraude o negligencia del autor, incumplimiento del autor a las cláusulas contractuales, transferencia de las obligaciones contractuales del autor a terceros para cumplir con el objeto del contrato y demora en la ejecución del contrato.

La ley sobre Derecho de Autor LSDA venezolana regula la obra por encargo en su artículo 59, regulación que como dijimos supra forma parte del ecosistema de presunciones legales de titularidad del derecho patrimonial de autor del sistema de protección del derecho de autor, en el cual se establece la presunción, salvo pacto expreso en contrario, de que los autores de las obras creadas por encargo, han cedido al comitente, según los casos, en forma ilimitada y por toda su duración, el derecho exclusivo de explotación definido en el artículo 23 y contenido en el Título II de esta Ley. La entrega de la obra a quien encarga la creación implica la autorización para que éste pueda divulgarla, así como para ejercer los derechos a que se refieren los artículos 21 y 24 de esta Ley y la de defender los derechos morales, en cuanto sea necesario para la explotación de la obra.

### III. SOBRE EL CONTENIDO DEL DERECHO DE AUTOR TRANSFERIDO AL COMITENTE DE LA OBRA CONFORME A LA PRESUNCIÓN LEGAL DE LA OBRA POR ENCARGO

La Ley sobre Derecho de Autor LSDA, en su título I, señala que, comprende los “derechos protegidos” un conjunto unitario de prerrogativas reconocidas a los autores de obras del ingenio de carácter creador. Esta consideración no implica *stricto sensu* una concepción monista del derecho de autor, porque en realidad corresponde a una concepción dualista, tal y como se constata en el artículo 5 LSDA, capítulo I, sección segunda: «*El autor de una obra del ingenio tiene por el solo hecho de su creación un derecho sobre la obra que comprende, a su vez, los derechos de orden moral y patrimonial determinados en esta Ley».* (se ha destacado).

El derecho fundamental de autor establece como principio, que la titularidad del derecho de autor sobre la obra le asiste al autor creador originario, es decir, a la persona natural creador de la obra y titular originario de los derechos morales y patrimoniales de autor, salvo prueba en contrario, a saber:

**Artículo 3.** «Reglamento de la LSDA: *El autor tiene la titularidad originaria de los derechos sobre la obra.*»

Teniendo el autor originario, por el solo hecho de la expresión de la creación y sin necesidad de registro alguno, derechos sobre la obra de contenido moral y patrimonial, como lo establece el artículo 5 de la Ley sobre el Derecho de Autor LSDA, que reza:

**Artículo 5 LSDA.** *«El autor de una obra del ingenio tiene por el solo hecho de su creación un derecho sobre la obra que comprende, a su vez, los derechos de orden moral y patrimonial determinados en esta Ley.»*

La cualidad de titular del derecho de autor de la obra garantiza el ejercicio de las prerrogativas del derecho de autor de forma exclusiva, en el ejercicio del derecho patrimonial de autor y luego de divulgada la obra (artículo 18 LSDA) su explotación; así el artículo 23 de la Ley sobre el Derecho de Autor LSDA lo regula:

**Artículo 23 LSDA.** *«El autor goza también del derecho exclusivo de explotar su obra en la forma que le plazca y de sacar de ella beneficio.»*

Por otra parte, y de forma complementaria al derecho patrimonial de exclusiva descrito en el artículo 23 antes citado, el artículo 42 *eiusdem* establece que *«cualquier uso no autorizado [por el autor] de la obra se considera un hecho ilícito.»* (hemos agregado)

La titularidad del derecho patrimonial de autor o derechos de explotación antes enunciados, pueden ser transferidos a un tercero mediante actos *inter vivos*, *mortis causa* o también por presunción legal, actos todos estos de transferencia del derecho patrimonial de autor en donde rige el principio de la formalidad escrita, salvo las excepciones que establezca la ley.

Conforme a la presunción legal establecida en el artículo 59 *eiusdem*, el derecho patrimonial de autor se transfiere de forma ilimitada, es decir, de todas y cada una de las formas de explotación y, por toda la duración de éste, lapso que comprende la vida del autor más 60 años contados a partir del primero de enero del año siguiente a la muerte del autor (artículo 25 LSDA).

Sobre el derecho moral de autor de la obra por encargo, el citado artículo 59 de la LSDA hace referencia en favor del comitente de ejercer el derecho moral de divulgación de la obra, luego de cumplir el autor con su entrega, así como defender los derechos morales en cuanto sea necesario para el ejercicio del derecho de explotación.

Sin embargo el Reglamento de la Ley sobre Derecho de Autor establece una diferencia significativa entre el ejercicio del derecho moral de autor de revocar la cesión o derecho de arrepentimiento entre las obras realizadas bajo relación laboral y las realizadas bajo comisión o encargo y es que al autor de la obra por encargo no le asiste este derecho moral como si le asiste al autor de la obra bajo relación laboral, en el sentido siguiente:

**Artículo 14 RLSDA.** *«La excepción del derecho de revocar la cesión se aplica exclusivamente a las obras realizadas bajo contrato de trabajo y no se extiende a las obras creadas por encargo».*

De forma que el Reglamento de la Ley autoral expone diferencias en la naturaleza jurídica entre las obras creadas bajo relación laboral y por encargo en lo que se refiere al tratamiento del derecho moral de autor, en consecuencia, la falta de reconocimiento del derecho moral de arrepentimiento al autor de la obra por encargo, conforme a lo establecido en el artículo 14 del Reglamento de la LSDA, garantiza al comitente la seguridad jurídica necesaria para la explotación de la obra realizada bajo encargo, razón o argumento relevante para justificar la excepcional rigurosidad de la Ley en la obligación de la formalidad escrita para las obras por encargo.

#### **IV. PARTICULARIDADES DE LAS FACULTADES DEL DERECHO DE AUTOR INVOLUCRADAS EN EL ECOSISTEMA DE PRESUNCIONES LEGALES**

La distinción entre el *corpus mysticum* y el *corpus mechanicum* de la obra, nos lleva a concluir que los derechos morales y patrimoniales reconocidos al autor son independientes de la propiedad del objeto físico que contiene la creación, de manera que el adquirente de este último no tiene, por ese sólo título de propiedad del objeto físico, ningún derecho de explotación sobre la obra .

El camino hecho por el autor con sus pensamientos e imaginaciones creativas hacia el público no solamente influyen en su reputación y su prestigio, sino que conlleva también a unas consecuencias económicas. Quien tenga éxito en el público, con el resultado de su actividad intelectual –la obra-, también obtiene ingresos por ella incluso eventualmente puede vivir de ellos, sobre todo porque la mayoría de los creadores son trabajadores independientes, esa

es la razón del derecho de remuneración implícito en toda explotación de la obra<sup>13</sup>.

El ejercicio de estos derechos patrimoniales, que aseguran al autor un ingreso por su trabajo, tiene sus efectos sobre la reputación y el prestigio del autor.

El derecho moral no tiene un contenido económico. Por consiguiente, de un modo estricto, implica la formulación de la relación entre el autor y su obra, es decir, la convicción de que la obra le pertenece al autor y, por tanto, puede ejercer su posesión antes de constituirse en fuente de ganancia para el mismo autor. Debe recordarse que, en la antigüedad clásica griega, se consideraba impropio de un artista crear una obra para obtener una ganancia de la propia creación. En aquel entonces, el acto de la creación no es más sino una manifestación del “ocio digno”, lo cual implicaba un modo de vivir con dignidad y ajeno a la comercialización de lo más puro del espíritu, cuestión que rechazaba precisamente Platón cuando refería el caso de los músicos y su actuación comercializada<sup>14</sup>.

Entre los siglos XVI y XVII, reconocidos como la época del Siglo de Oro español, uno de los miembros de la escuela española de derecho natural o Escuela de Salamanca, distinguido como Francisco Suárez, será el primero en utilizar el término de bienes intelectuales para referirse al objeto del derecho de autor.

Al efecto, en su obra “*Sobre la virtud y el estado religioso*”, tomo I, libro IV, titulado *Sobre la Simonía*, el mencionado autor trata la cuestión de la “simonía” –esto es, compra o venta de cosas espirituales o temporales inseparablemente ajenas a las espirituales– con respecto a una materia exclusivamente natural, dividiendo los bienes “naturales espirituales” en tres clases<sup>15</sup>.

Según Suárez, entre tales bienes, “... unos son meramente intelectuales, y llamó así a todos aquellos que originan un conocimiento, bien especulativo, bien práctico, y que, por sí mismos, no se hallan orientados a la honestidad moral”. Añadiendo como comentario relevante:

<sup>13</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. La obra como objeto del derecho de autor. Ob. Cit., p. 22.

<sup>14</sup> BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. Op. cit., p. 279.

*«[...] Los bienes intelectuales, tanto los que tienen una naturaleza teórica como los que tienen una naturaleza práctica, no son susceptibles de Simonía;*

*[...] Vender estos bienes naturales no implica pecado, y si implicase alguno, no sería el de Simonía »<sup>16</sup>.*

Otro autor calificado, conocido como Folgado, señala que desde épocas muy antiguas existía una controversia entre los doctores escolásticos con relación a la licitud de la comercialización de las ideas, así como de la ciencia y la llamada doctrina. Algunos mostraban su complacencia y aceptación por la comercialización, contándose entre ellos: Guillermo de Auxere, Alejandro de Hales, Santo Tomás, Silvestre Mozolinus de Prierio y Juan de Torquemada<sup>17</sup>.

Para aceptar aquel hecho, se apoyaban particularmente en determinados textos bíblicos como los del libro de los Proverbios, a saber: «Bienaventurado el que alcanza la sabiduría / y adquiere inteligencia,» (2,13) «Porque es su adquisición mejor que la de la plata / y es de más provecho que el oro» (2,14) « Es más preciosa que las perlas, /y no hay tesoro que la iguale» (2,15)».

Por otra parte, como observa San Agustín, es el mismo Espíritu Santo quien enseña a los hombres las ciencias –inclusive, las naturales– y quien las comercializa profana sus dones<sup>18</sup>.

Se consideraba igualmente que la ciencia es realidad espiritual, e intercambiar una realidad espiritual por otra material era cosa inicua y de

---

<sup>15</sup> Francisco Suárez. “De virtute et status religionis”, Tomo I, Trac. III. Libro 4. Capítulo 8. Número Citado por, ADSUARA VARELA, Borja. La pre-historia del reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual. Libro Memoria del 3er. Congreso Iberoamericano de derecho de autor y derechos conexos, Tomo I, pp. 52-55.

<sup>16</sup> BORJA, Adsuara Varela. La pre-historia del reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual. Libro Memoria del 3er. Congreso Iberoamericano de derecho de autor y derechos conexos, Tomo I, pp. 56.

<sup>17</sup> ESPÍN, Alba Isabel. “*Contrato de edición*”, Editorial Colmares. 1era. Edición, Granada, 1994, p. 75.

<sup>18</sup> SAN AGUSTÍN. Libro de Magistro. Citado por Adsuara Varela Borja. La pre-historia del reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual. Libro Memoria del 3er. Congreso Iberoamericano de derecho de autor y derechos conexos, Tomo I, pp. 52.

“simonía”<sup>19</sup>. No obstante, una mayoría de autores defendía lo contrario, como Santo Tomás, quien cambió de parecer y dejó constancia del nuevo criterio en su obra *Summa Theologica*.

Según estos autores, comercializar la ciencia y la doctrina no constituía una “simonía”, tampoco algo ilícito, sino un derecho de todo el que enseñaba, aconsejaba o escribía. El creador de una obra, además del honor, esperaba obtener provecho de la explotación de su misma obra. Se reconocía que el autor debe percibir una remuneración por la utilización de su creación.

Sin embargo, la plena aceptación de una ganancia económica por la comercialización de la obra coincidirá con la aparición de los medios de reproducción que permiten divulgar la obra al público en general.

De ahí, la explicación sobre la importancia de la invención de la imprenta con relación particular a las obras literarias. La existencia de los medios de reproducción es realmente fundamental para la configuración de los derechos patrimoniales de autor, pues facilitan la multiplicación automática de las obras y, en consecuencia, revelan el carácter económico como “pauta” o “prototipo” repetible<sup>20</sup>. Para Walter Benjamin: *“la obra de arte ha sido siempre fundamentalmente susceptible de reproducción. Lo que los hombres habían hecho podía ser imitado por los hombres”*<sup>21</sup>.

Los “derechos patrimoniales” o “derechos pecuniarios” –así también, conocidos como “derechos de disfrute económico” o “monopolios de explotación”–, constituyen un conjunto de facultades exclusivas del autor que le permiten explotar su obra o autorizar la explotación a través de terceros. La retribución económica del autor por la explotación de su obra responde a la idea de justicia, pues todo autor debe recibir una compensación por la obra creada. Además, se supone que la retribución pecuniaria es un estímulo

---

<sup>19</sup> BORJA, Adsuara Varela. La pre-historia del reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual. Libro Memoria del 3er. Congreso Iberoamericano de derecho de autor y derechos conexos, Tomo I, pp. 53.

<sup>20</sup> BAYLOS CORROZA, Hemeregildo. Op. cit. p. 580.

<sup>21</sup> alter Benjamin, “La obra de arte en la época de la reproductibilidad técnica”, en “Discursos interrumpidos”, Editorial Planeta-Agostini, Barcelona, 1994, p. 18. Citado por, VILLALBA, Carlos Alberto. La positivización del derecho de autor. Libro Memoria del 3er. Congreso Iberoamericano de derecho de autor y derechos conexos, Tomo I., p. 60.

para los propios autores y, obviamente, contribuye de tal modo con el progreso cultural e intelectual de los pueblos<sup>22</sup>.

En relación con las facultades patrimoniales sobre la obra, señala el Glosario OMPI, son los derechos de los autores que integran el elemento pecuniario del derecho de autor, en contraposición con los derechos morales. Los derechos patrimoniales suponen, en general que, dentro de las limitaciones impuestas por la legislación de derecho de autor, el titular del derecho de autor puede hacer toda clase de utilizaciones públicas de la obra previo abono de una remuneración<sup>23</sup>.

En particular, los derechos patrimoniales comprenden la facultad para hacer o autorizar que se haga lo siguiente: publicar o reproducir de cualquier modo la obra para su transmisión (distribución) al público; comunicarla al público mediante representación o ejecución, mediante radiodifusión o por hilo; hacer traducciones o cualquier tipo de adaptaciones de la obra y utilizarlas en público.

El derecho de autor confiere al creador la asistencia de un derecho de explotación de la obra como derecho exclusivo, absoluto y oponible erga omnes. Como ya fue apuntado con anterioridad, dicho derecho es inalienable, inembargable, irrenunciable e imprescriptible, en el caso del derecho moral, pero igualmente en ocasiones: transmisible, temporal, ilimitado, disponible y embargable, en el caso del derecho patrimonial del autor sobre sus obras.

Por lo pronto, conviene hacer dos observaciones con relación al derecho de explotación y su evolución a través del tiempo. La primera, en cuanto a la cantidad de derechos a favor del autor, debe apuntarse que ha aumentado considerablemente los usos y formas de explotación como consecuencia de la evolución de la tecnología, multiplicándose por consiguiente las formas de explotación. La segunda, con relación al predominio del carácter exclusivo de los derechos patrimoniales, debe apuntarse también que se puede constatar en algunos países el aumento del número de sistemas llamados “de licencia” en oposición a ese carácter exclusivo de los referidos derechos que conlleva los contratos de cesión, lo cual ha permitido la explotación lícita de una obra sin la autorización del autor, mediante el pago de una remuneración cuya cuantía podrá o no ser negociada libremente.

<sup>22</sup> RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *Op. cit.* p. 149.

<sup>23</sup> Glosario OMPI, Ob. Cit., voz 132.

Las características que rigen al derecho patrimonial de autor son las siguientes:

1. Los derechos patrimoniales son considerados como derechos independientes entre sí. Este principio de independencia se encuentra expresamente desarrollado en la Ley sobre el Derecho de Autor (Art. 51, § 1) al señalar que: “*Los derechos de explotación son independientes entre sí y, en consecuencia, la cesión del derecho de reproducción no implica la del derecho de comunicación pública, ni viceversa*”; tal principio ha sido reivindicado en innumerables documentos, como la denominada Carta del Derecho de Autor<sup>24</sup>. Al efecto, en la sección III, de la referida Carta, expresamente se señala:

*“Los diferentes derechos exclusivos del autor en lo que confiere a las utilidades económicas de sus obras tales como: la reproducción gráfica o la reproducción por cualquier otro medio mecánico, la adaptación cinematográfica, la representación, el recitado y la ejecución pública, la radiodifusión y la televisión, la adaptación a otra forma de expresión, son prerrogativas independientes la una de la otra, cuya transmisión a terceros solo puede depender de manifestaciones expresas y distintas de la voluntad del autor”<sup>25</sup>.*

2. Dado lo ilimitado del derecho de explotación (sistema del *numerus apertus*), se considera que los derechos de explotación del autor pueden ser tantos como sean factibles las formas de utilización de la obra, no sólo en el momento de la creación, sino durante el tiempo de permanencia de la misma obra en el dominio privado, en consecuencia la descripción de su contenido tiene apenas un sentido ejemplificativo, ya que toda forma de uso de la obra es, salvo excepción legal expresa, privativa del autor o, en su caso, del titular del respectivo derecho.

La legislación interna venezolana, a semejanza de la francesa, comprende el derecho exclusivo del autor “*de explotar su obra en la forma que*

---

<sup>24</sup> La Carta del Derecho de Autor fue adoptada en Hamburgo, el 26 de septiembre de 1956. Cfr. Congreso de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC).

<sup>25</sup> ZAPATA, Fernando. El derecho de autor y los derechos conexos en América Latina, Ier. Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual, Madrid, 1991, p. 195.

*le plazca y de sacar de ella beneficio” (LSDA, artículo 23); en el mismo sentido el Reglamento de la LSDA en el artículo 18, señala que el derecho exclusivo de explotación “comprende cualquier forma de utilización de la obra, salvo limitación legal expresa”.*

3. El carácter exclusivo del derecho de explotación, indicado en el artículo 23 de la LSDA, implica que solamente el autor o, en su caso, sus derechohabientes o causahabientes, tienen la potestad de autorizar o no la utilización de su obra por cualquier medio o procedimiento, a menos que una norma expresa establezca lo contrario.

4. Se considera al derecho patrimonial de carácter disponible. Esto significa que, salvo disposición legal en contrario, el derecho patrimonial puede ser transmitido a tercero por acto entre vivos, a título gratuito u oneroso (LSDA, artículo 50).

En cualquier caso, existe la presunción de un beneficio oneroso por los contratos de cesión, concesión o licencia de los derechos de utilización (LSDA, artículo 50), la gratuidad de la transmisión del derecho patrimonial debe constar expresamente.

5. El derecho de autor es temporal. Pues, el derecho subjetivo del autor está enmarcado –e incluso, se describe en ocasiones– por unos límites que pueden ser de distintas clases. Al efecto, como apunta Diez-Picazo y Guillón citado por Rogel Vide:<sup>26</sup>

*«[...] están en primer lugar los límites naturales, que derivan precisamente tanto de la naturaleza propia de cada derecho como de su configuración de acuerdo con la función económica y social del mismo. El derecho aparece definido en la Ley en virtud de esta naturaleza y la definición legal implica el establecimiento de sus linderos o confines.*

*En segundo lugar, están los límites que pueden surgir de la colisión de derechos, es decir, límites derivados resultantes de la confrontación entre derechos pertenecientes a distintas personas.*

---

<sup>26</sup> Diez-Picazo-Guillón. “Sistema de Derecho Civil, I”, Madrid, Tecnos, 1982, p. 458. Citado por ROGEL VIDE, Carlos. Nuevos estudios sobre propiedad intelectual, p. 139

*En tercer lugar, se pueden mencionar los límites llamados genéricos o institucionales, cuyo apoyo serían los principios siguientes: a) el ejercicio del derecho debe hacerse conforme a las convicciones éticas imperantes en la comunidad, y b) el ejercicio de un derecho debe ajustarse a la finalidad económica o social para la cual ha sido concedido o atribuido a su titular. Por último, están los límites temporales de los derechos y, dentro de ellos, la posibilidad de que el paso de un determinado período de tiempo pueda determinar la extinción de los mismos.” (se ha destacado).*

En este sentido, la Convención de Berna, en su artículo 7.1, determina: *“la protección concedida por el presente Convenio se extenderá durante la vida del autor y 50 años después de su muerte”.*

Mientras que en la LSDA (art. 25), y como ya apuntamos antes, el derecho patrimonial de autor dura toda la vida de éste y se extingue a los 60 años.

Ahora bien, este plazo mínimo se puede calcular de distintos modos, según lo dispuesto en atención a las consideraciones siguientes:

1. El derecho patrimonial del autor dura toda la vida de éste y se extingue a los sesenta años contados a partir del 1 de enero del año siguiente al de su muerte, incluyendo a las obras no divulgadas durante la vida del mismo autor (LSDA, artículo 25).

2. Según la Ley sobre Derecho de Autor, artículo 25, con relación a las obras realizadas en colaboración, la extinción del derecho patrimonial a los sesenta años comenzará a partir del 1 de enero del año siguiente al de la muerte del colaborador que sobreviva a los demás.

3. No obstante, con respecto al derecho de explotación de una obra audiovisual, o una obra radiofónica o un programa de computación, se extingue a los sesenta años contados a partir del 1 de enero del año siguiente de la primera publicación o, en defecto de ésta, de la fecha de terminación de la misma publicación. Esta limitación no afecta a los derechos morales de cada uno de los coautores, *“ni al derecho establecido en el último aparte del artículo 10 de esta Ley”* (LSDA, artículo 26).

4. El derecho de autor sobre obras anónimas o seudónimas se extingue a los sesenta años contados a partir del 1 de enero del año siguiente de la

primera publicación de la respectiva obra; además, la fecha de publicación se determinará por cualquier medio de prueba y, particularmente, por el depósito legal de la obra. Respecto de las obras anónimas o seudónimas publicadas por entregas periódicas, el plazo comienza a correr el 1 de enero del año siguiente de la publicación de cada obra por entrega; no obstante, cuando la totalidad de la obra por entregas periódicas es publicada dentro de los veinte años siguientes a la publicación de la primera obra entregada, el derecho sobre dicha totalidad se extingue a los sesenta años contados a partir del 1 de enero del año siguiente a la publicación de la última obra entregada (LSDA, artículo 27).

5. Puede decirse que el derecho de explotación es objeto de expropiación en la medida en que exista una previsión legal. Por ejemplo, conforme a la Ley sobre Derecho de Autor, artículo 23, está previsto que *“en los casos de expropiación de ese derecho por causa de utilidad pública o de interés general, se aplicará las normas especiales que erigen esta materia”*.

6. Igualmente, el derecho pecuniario es renunciable porque el autor puede consentir públicamente la explotación de su obra por cualquier persona; aunque, dicho permiso, puede ser revocado por justa causa de la misma forma como fue conferido o por una forma equivalente. La revocación no es oponible a quienes hayan comenzado de buena fe la explotación de la obra; no obstante, a pesar de ser distinta a la obra revocada, ninguna persona puede iniciar la explotación de otra obra sin el debido consentimiento (LSDA, artículo 60).

7. El derecho patrimonial es embargable. A tal respecto, en cuanto a los proventos derivados de la explotación o los soportes físicos de la obra, se establece de modo expreso en la Ley sobre Derechos de Autor, artículo 23, lo siguiente: *“...los créditos del autor contra sus cesionarios o contra quien viole su derecho, pueden ser gravados o embargados”*.

8. Cuando la obra se encuentra fijada a soportes materiales, el principio de exclusividad se complementa con el de la independencia entre el derecho de autor y la propiedad del objeto material; ello implica que la adquisición del objeto material –*“corpus mechanicum”*– donde está fijada la obra –*“corpus mysticum”*– no entraña la cesión de ninguno de los derechos de carácter personal (derecho moral) ni de carácter patrimonial del autor.

En este sentido la Ley sobre el derecho de Autor LSDA, artículo 1 §2, establece expresamente: “*Los derechos reconocidos en esta Ley son independientes de la propiedad del objeto material en el cual esté incorporada la obra y no están sometidos al cumplimiento de ninguna formalidad*”.

9. Los derechos de explotación no conocen más limitaciones o excepciones que las establecidas en la ley; además, las correspondientes limitaciones o excepciones del derecho de autor están sujetas a *numerus clausus*. Podría decirse que son limitaciones o excepciones específicas, a diferencia de los derechos cuyo carácter es genérico.

Dietz-Picazo y Guillón<sup>27</sup>, señala que algunos ordenamientos –siempre en los casos de las excepciones–, sustituyen la exclusividad del derecho de explotación por el de simple remuneración, al no supeditarlo a la autorización del titular, sino a la obligación de pagar una remuneración con motivo del uso de la obra.

En el Convenio de Berna (1971), y la Convención Universal, las legislaciones nacionales de cada Estado contratante podrán establecer excepciones a los derechos mencionados en el Convenio de Berna (CB, artículo 4) con tal que no sean contrarias al espíritu ni a las disposiciones de la misma Convención. Sin embargo, cuando eventualmente se ejerza la facultad de las excepciones, el Estado deberá conceder un nivel razonable de protección efectiva a cada uno de los derechos que sean objeto de tales excepciones.

Por tanto, mientras la ley no establezca expresamente determinada limitación, el derecho exclusivo del autor comprende todas las modalidades de utilización de la obra, tanto las existentes en el momento de la sanción de la norma como las promulgadas en el futuro próximo por el mismo desarrollo tecnológico, incluyendo a las nuevas modalidades por la comercialización de la misma obra. De suerte, señala Antequera Parilli, es “*ilícita toda utilización que se realice sin el consentimiento del autor o, en su caso, de sus derechohabientes o causahabientes, salvo excepción legal expresa*” (Artículo 42 LSDA)<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Dietz-Picazo y Guillón, Sistema de derecho civil I, Madrid, Tecnos, 1982. Citado por Rogel Vide, Carlos. Nuevos Estudios sobre propiedad intelectual, p. 130.

<sup>28</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Derecho de Autor, Ob. Cit. , tomo I, p. 397.

Es la titularidad de las facultades descritas de carácter patrimonial y el ejercicio de las facultades morales, las que son necesarias para una explotación normal de la obra, titularidad que le asiste por vía de transferencia a los beneficiados del ecosistema de presunciones legales, que además contempla como excepción la formalidad escrita, salvo en el caso de las obras realizadas por encargo.

## V. EL PRINCIPIO DE LA FORMALIDAD ESCRITA EN LA TRANSFERENCIA DEL DERECHO PATRIMONIAL DE AUTOR DENTRO DEL ECOSISTEMA DE LAS PRESUNCIONES LEGALES Y LA EXCEPCIÓN DE LA OBRA POR ENCARGO

El artículo 53 de la LSDA establece que salvo disposición expresa de la Ley, los contratos de cesión de derechos de explotación y los de licencia de uso, deben hacerse por escrito. Sin embargo, señala el mencionado dispositivo legal, que no será necesaria esta formalidad escrita en las obras audiovisuales, en las radiofónicas, en los programas de computación y en las realizadas bajo relación laboral, de conformidad con lo establecido en los artículos 15, 16, 17 y 59 de esta Ley de autor.

Como excepción del ecosistema de presunciones, no establece taxativamente el artículo 53 de la LSDA una excepción para las obras realizadas por encargo, por lo que la presunción de titularidad prevista en el artículo 59 eiusdem en favor del comitente sobre las obras por encargo, debe formalizarse en un contrato por escrito suscrito por las partes denominado contrato de encargo de obra, como lo establece el artículo 53 de la LSDA, antes citado, y en el artículo 23 del Reglamento de la Ley sobre Derecho de Autor -RLSDA, a saber:

**Artículo 23 RLSDA.** *«La excepción a la exigencia escrita de los contratos de cesión a que se refiere la Ley se limita a los casos en que el cesionario, por presunción legal, sea el productor de la obra audiovisual, de la radiofónica o del programa de computación, o el patrono respecto de las obras creadas bajo relación laboral, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 15, 16, 17 y 59 de la misma Ley, respectivamente.»*

*Cualquier otra persona distinta del productor o el empleador, en los casos indicados en el encabezamiento de este artículo, que pretenda la condición de cesionario de derechos de explotación o de titular de una licencia de uso sobre la obra, deberá acreditarlo por escrito.» (subrayado nuestro)*

Es meridianamente clara la reglamentación establecida en el primer párrafo del artículo 23 del RLSDA sobre el artículo 53 de la LSDA cuanto establece que, cualquier otra persona distinta del productor o empleador, taxativamente referidos, que pretenda la titularidad del derecho de explotación, debe acreditarlo por escrito, como sería el caso del comitente de obra por encargo.

Se refiere el artículo 23 del RLSDA a las excepciones taxativas al principio de formalidad escrita prevista en el artículo 53 de la LSDA para los casos de presunción legal en donde el cesionario sea:

1. El productor de la obra audiovisual, cuya presunción legal de cesión está regulada por el artículo 12 y siguientes de la LSDA.
2. El productor de la obra radiofónica, cuya presunción legal de cesión está regulada por el artículo 16 y siguientes de la LSDA.
3. El productor del programa de computación, cuya presunción legal de cesión está regulada por el artículo 17 de la LSDA.
4. El patrono en la obra creada bajo relación laboral, cuya presunción legal de cesión está regulada por el artículo 59 de la LSDA.

Concluyendo el artículo 23 del RLSDA que cualquier otra persona distinta del productor o empleador, taxativamente referidos, que pretenda la titularidad del derecho de explotación, debe acreditarlo por escrito, como es el caso del comitente de la obra por encargo.

De manera que, para el comitente de una obra conforme a la Ley sobre el Derecho de Autor LSDA, a los fines de hacer valer la presunción de transferencia del derecho patrimonial de autor en las obras por encargo

mencionada en el artículo 59 de la LSDA, es obligatorio cumplir con la formalización de la cesión a través de un contrato escrito, para que la presunción de cesión o transferencia del derecho patrimonial de autor pueda surtir efecto entre las partes y frente a terceros, conforme a la presunción legal del artículo 59 *eiusdem*.

Sobre la necesidad del contrato de obra por encargo ha señalado el Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente N° 2004-000343, bajo ponencia del Magistrado Antonio Ramírez Jiménez el 22 de julio de 2005, en el caso Barroeta Publicidad, C.A. contra BANCO PROVINCIAL, S.A., con motivo de la resolución de un conflicto de intereses sobre derecho de autor, a saber, en sus extractos pertinentes, textualmente señala:

*«...Del análisis del contrato aportado a los autos se observa en la cláusula referida a la no limitación del uso de los elementos utilizados en la publicidad, como lo es el oso frontino, y los paisajes que representan las características de la zona andina, al ser obras de la naturaleza y no del hombre, no pueden ser exclusividad de nadie. En otro orden de ideas, queda demostrado que el oso frontino usado en la publicidad de los I Juegos Deportivos Andillanos del Banco provincial, es calco realizado por la publicidad realizada por la Corporación, **tal afiche o publicidad no pertenecen al actor pues una vez que la actora realiza el trabajo y le es pagado pasa a ser propiedad de la Corporación**, de lo que se puede concluir la procedencia de la falta de cualidad activa...*

*En cuanto a la falta de cualidad pasiva invocada por la demandada y con lo elementos probatorios de autos, **no tiene dudas este juzgador de que el trabajo realizado para la demandada lo hizo el ciudadano Manuel Parra L., mediante un contrato para la elaboración de la publicidad para los llamados Juegos Andillanos**, y que fue con fines deportivos.*

*[...]*

*Todo lo hasta aquí expuesto por este Juzgador hace llegar a la conclusión de que la parte demandante carece de cualidad activa y la demandada de cualidad pasiva en el presente juicio, por lo que el Tribunal no entra a examinar las demás defensas, alegatos y planteamientos de la parte actora...» (Subrayado y resaltado nuestros).*

De manera que la escritura es el acto formal para la transferencia del derecho patrimonial de autor en los casos de obra por encargo, más allá de la presunción legal establecida a favor del comitente conforme al artículo 59 de la LSDA para el ecosistema de presunciones legales, de otra forma no se produce la transferencia del derecho patrimonial de autor y en consecuencia no le asiste al comitente la presunción del artículo 59 sobre la obra encargada, a saber:

*«Artículo 59 LSDA.- Se presume, salvo pacto expreso en contrario, que los autores de las obras creadas bajo relación de trabajo **o por encargo**, han cedido al patrono o al comitente, según los casos, en forma ilimitada y por toda su duración, el derecho exclusivo de explotación definido en el artículo 23 y contenido en el Título II de esta Ley [...]*»

Aclaremos que del citado precepto legal se verifican dos supuestos, la regulación de las obras creadas por encargo y de las obras creadas bajo relación laboral, este último supuesto desarrollado en el sistema legal venezolano de manera diferente al de la protección de la creación bajo encargo, como sucede en el artículo 59 *eiusdem*, así como en la Ley Orgánica del Trabajo, Trabajadores y Trabajadoras (LOTTT) sobre obras creadas bajo relación de trabajo en el sector público, artículo 325 LOTT; y, más puntualmente, en los artículos 53 de la LSDA y 23 del del Reglamento de la Ley Sobre Derecho de Autor -RLSDA, en donde las obras creadas bajo relación laboral quedan exceptuadas de la formalidad escrita para que se verifique la transferencia inmediata del derecho patrimonial de autor en favor del patrono.

Las razones de una regulación diferente tiene lugar en la naturaleza de la relación, se presume que un trabajador es contratado por sus habilidades o conocimientos para realizar creaciones a favor del patrono por todo el tiempo que dure la relación laboral, dentro del horario laboral, con los materiales y equipos de trabajo aportado por el patrono, en el lugar fijado como sitio de trabajo por el patrono, conforme a las responsabilidades o tareas correspondientes al cargo del trabajador para el cual fue contratado, sin necesidad de establecer un lugar de entrega porque la creación se crea y debe permanecer en la sede de trabajo, a cambio de una remuneración mensual y de los beneficios que la ley del trabajo garantiza al trabajador por el hecho social trabajo, aspectos todos estos que además están enmarcados en una relación de instrucciones que da el patrono al trabajador y del cumplimiento del trabajador de las mismas, por

lo que no es necesario la existencia de un contrato laboral para su regulación, como lo establece la ley especial sobre la materia; en cambio, el encargo de una obra implica necesariamente el acuerdo entre las partes, el comitente y el comisionado, para llevar adelante el objeto de la creación encargada, deben acordarse los materiales, el destino, las características, la remuneración del precio y forma de pago, estableciendo tiempo, lugar y forma de entrega, en definitiva, la necesidad de un contrato en la obra realizada por encargo no podía quedar exceptuado del principio de formalidad del derecho de autor por la propia naturaleza de la obra que se pretende crear.

De manera que, para la Ley sobre el Derecho de Autor LSDA, a los fines que se verifique la presunción de transferencia del derecho patrimonial de autor en la obra por encargo regulada en el artículo 59 de la LSDA, es obligatorio que se cumpla con la formalización de la cesión a través de un contrato escrito, para que la cesión pueda surtir efecto entre las partes y frente a terceros, y se produzca la transferencia del derecho conforme a la presunción legal.

La intención del legislador redactor de la reforma parcial de la ley especial sobre derecho de autor de 1993, fue exigir la celebración de un contrato por escrito para que se verifique la presunción de cesión de los derechos de explotación sobre obras por encargo de cualquier naturaleza.

La razón de no excepcionar a las obras realizadas por encargo del principio de formalidad escrita previsto en el artículo 53 de la LSDA, pudiera encontrarse en el artículo 546 del Código Civil que establece «[...] **las producciones del ingenio o del talento de cualquier persona, son propiedad suya, y se rigen por las leyes relativas a la propiedad en general y las especiales sobre estas materias**», tomando en cuenta que la ley especial sobre el derecho de autor no estableció los elementos que deben estipularse en el contrato de obra por encargo, como si lo hizo para el contrato de representación y de edición (artículos 65 y siguientes de la LSDA), queda sometida su regulación al código civil, de forma general, y en particular a lo estipulado en el código sustantivo civil a partir del artículo 1.630 para el contrato de obra.

Igualmente, y conforme a los artículos 50 de la Ley sobre el Derecho de Autor LSDA y 1.630 del Código Civil, en el contrato de obra por encargo, se debe establecer la forma de pago, el precio del supuesto encargo, características,

funciones que individualizaran la obra por encargo, la forma de entrega y, en caso de consistir en un encargo gratuito, las referencias a la gratuidad del encargo.

No es posible, de conformidad con la ley especial sobre la materia que regula las obras por encargo en el artículo 59 de la LSDA, que ocurra una presunción de transferencia del derecho patrimonial de autor, aunada a la presunción prevista en el artículo 53 *eiusdem* y 23 del RLSDA, sin no se cumple con la formalidad escrita que dé testimonio de la existencia del encargo de una obra.

La falta de existencia del contrato de obra por encargo implica para cualquier tercero la prohibición de divulgar la obra a pesar de que el autor realice un acto de entrega, porque tal entrega de la obra no constituye un acto imputable a un encargo de obra, sino que, por el contrario, la obra pudo ser entregada bajo cualquier otro supuesto de hecho.

Así mismo, la falta del contrato de obra por encargo implica para cualquier tercero la prohibición de explotar la obra, es decir, reproducirla, comunicarla públicamente, distribuirla, ponerla a disposición, entre otras formas de explotación, de manera que constituiría un hecho ilícito perseguible tanto por vía civil como penal por el autor en observancia de su derecho de autor originario sobre la obra.

Finalmente, la falta de existencia del contrato de obra por encargo implica para cualquier tercero la ilegitimidad para actuar en juicio y reivindicar algún derecho mediante declaratoria de derecho patrimonial de autor sobre la obra, prohibir a terceros usar la obra y por supuesto autorizar a terceros el uso de la obra.

Todas las prohibiciones anteriores a terceros que consideren le asiste la titularidad del derecho patrimonial de autor de una obra por encargo, se sustentarán en la falta o no existencia de un contrato de encargo de obra, porque no le asiste en derecho la presunción de titularidad del derecho patrimonial de autor del ecosistema de presunciones establecido para las obras audiovisuales (cinematográficas y radiofónicas), programas de computación y las realizadas bajo relación laboral.

## A MANERA DE CONCLUSIÓN

Para la Ley sobre el Derecho de Autor LSDA, a los fines que se produzca la presunción de transferencia del derecho patrimonial de autor en las obras por encargo, es necesario la formalización obligatoria de la cesión a través de un contrato escrito conforme al artículo 53 de la LSDA y 23 del RLSDA, para que surta efecto entre las partes y frente a terceros la transferencia del derecho.

En este sentido, el artículo 23 del Reglamento de la Ley sobre el Derecho de Autor, establece:

*Artículo 23 RLSDA: «La excepción a la exigencia escrita de los contratos de cesión a que se refiere la Ley, se limita a los casos en que el cesionario, por presunción legal, sea el productor de la obra audiovisual, de la radiofónica o del programa de computación, o el patrono respecto de las obras creadas bajo relación laboral, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 15, 16, 17 y 59 de la misma Ley, respectivamente. Cualquier otra persona distinta del productor o el empleador, en los casos indicados en el encabezamiento de este artículo, que pretenda la condición de cesionario de derechos de explotación o de titular de una licencia de uso sobre la obra, deberá acreditarlo por escrito.» (Resaltado y subrayado nuestros)*

No cabe otra interpretación a la normativa legal, conforme a la intención del legislador, que la de la necesidad de un contrato por escrito para hacer efectiva la transferencia de los derechos de explotación sobre la obra por encargo.

De manera que, a los fines del ejercicio del derecho patrimonial de autor de la obra por encargo, el impulso creativo debe constar por escrito en un contrato por encargo de obra en virtud de que no está exceptuada de la formalidad escrita prevista para el ecosistema de las presunciones legales.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADSUARA VARELA, Borja. La pre-historia del reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual. Libro Memoria del 3er. Congreso Iberoamericano de derecho de autor y derechos conexos, Uruguay, Montevideo, 2000.

- ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. La obra como objeto del derecho de autor. Documento OMPI/DA/CCS/97/3, Caracas, Venezuela, 1997.
- ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Consecuencias sustantivas de la adhesión al Convenio de Berna. Documento OMPI/DOC/DA/HAV/98/3, La Habana, Cuba, 1998.
- ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Derecho de Autor, Ob. Cit., Ministerio de Industria y Comercio, Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, Caracas, Venezuela, 1998.
- ARTEAGA BRACHO, Miguel. Propiedad Intelectual y Desarrollo Tecnológico. Protección legal de las obras científicas, Monte Ávila Editores, 1992.
- ASCARELLI, Tullio. Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales, Bosch, Barcelona, 1970.
- BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. Tratado de Derecho Industrial. Publicado por Editora Civitas, 1978, Madrid. 1ª Edición.
- ESPÍN, Alba Isabel. Contrato de edición, Editorial Colmares. 1era. Edición, Granada, España, 1994.
- DE FREITAS, Denis. Derecho de autor y libertad de expresión. Boletín de derecho de autor, Vol. XIX, N° 1, 1980.
- OMPI. Glosario de la OMPI de Derechos de Autor y Derechos Conexos. Ginebra, 1980.
- RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Los Derechos Patrimoniales o Derechos de Explotación • El Derecho de Autor y las Nuevas Tecnologías. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2000.
- RODRIGUEZ TAPIA, Miguel y BONDÍA ROMÁN, Fernando. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- ROGEL VIDE, Carlos. Nuevos estudios sobre propiedad intelectual, Editorial: J.M. Bosch Editor, Madrid, España, 1998.
- VILLALBA, Carlos Alberto. La positivización del derecho de autor. Libro Memoria del 3er. Congreso Iberoamericano de derecho de autor y derechos conexos, Montevideo, Uruguay, 2000.