

**OBSERVACIONES DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FUNDACIONES
AL BORRADOR DE REAL DECRETO POR EL QUE SE DESARROLLA EL
RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS OBRAS HUÉRFANAS**

I. PREÁMBULO.

La Asociación Española de Fundaciones (AEF) es una asociación privada e independiente, con origen en 1.978, declarada de utilidad pública, de ámbito nacional, que asocia a más de 900 fundaciones españolas de las más diversas dimensiones, finalidades y ámbitos de actuación (local, provincial, autonómico, nacional e internacional). Su misión es trabajar en beneficio del conjunto del sector fundacional tanto a corto, como a medio y largo plazo, en pro de su desarrollo y fortalecimiento. Sus fines son:

1. Representar y defender los intereses de todas las fundaciones españolas, ante las administraciones públicas y otras instancias y organismos, públicos o privados, tanto en España como fuera de ella.
2. Prestar servicios a las entidades asociadas, que faciliten y mejoren su gestión, promoviendo su profesionalización y el mejor cumplimiento de sus fines en beneficio del conjunto de la sociedad.
3. Articular y fortalecer el sector fundacional mediante la promoción del conocimiento mutuo y la colaboración, que permiten la creación de redes, tanto sectoriales como territoriales.

De acuerdo con los datos del Instituto de Análisis Estratégico de Fundaciones (INAEF) de la Asociación Española de Fundaciones (RUBIO GUERRERO, J.J, SOSVILLA RIVERO, S., Y MÉNDEZ PICAZO, M.T., *El sector fundacional en España. Atributos fundamentales (2008-2012). Segundo Informe*. Junio 2014, el sector fundacional en nuestro país está constituido por cerca de 9.500 fundaciones, tiene un gasto cercano a los 8.500 millones de euros, constituye el 1% del PIB español, y el 80% de sus ingresos es de origen privado. Conforme a estos mismos datos, el área principal de actividad

de las fundaciones españolas es la cultura (38% de las fundaciones españolas), seguida del área de educación e investigación (21,68%).

Además, de acuerdo con los datos propios de la AEF, cerca de 790 fundaciones en España pueden verse concernidas por la regulación del futuro reglamento teniendo en cuenta que, de acuerdo con las encuestas realizadas, al menos 329 fundaciones gestionan centros propios de carácter museístico (73), educativo (149) o socio cultural (103). Asimismo, cerca de 466 fundaciones declaran tener entre sus actividades las de hemeroteca (10), biblioteca (214), museo (234), fonoteca (3) o filmoteca (5).

II. PROPUESTAS AL ARTICULADO.

PROPUESTA 1. Artículo 2, apartado primero, último párrafo.

Propuesta de modificación.

“Una vez que la entidad beneficiaria correspondiente concluya la búsqueda diligente en los términos establecidos en este real decreto sin que el autor o autores de la misma hayan sido identificados o, de estarlo, haya sido imposible su localización, la obra adquirirá la condición de huérfana, cuyos efectos se retrotraerán al momento del inicio de su búsqueda”.

Justificación.

Consideramos razonable entender que los efectos de la declaración de obra huérfana deberían producirse no en el momento en el que se concluya la búsqueda, sino en el momento en que dicha búsqueda comenzó, pues nunca ha cambiado su naturaleza y, por tanto, siempre ha sido “huérfana” en caso de llegarse a dicha declaración.

PROPUESTA 2. Artículo 2, apartado segundo: definiciones.

Propuesta de modificación.

“2. Entidades beneficiarias: los centros educativos, museos, bibliotecas y hemerotecas accesibles al público, así como los organismos públicos de radiodifusión, archivos fonotecas y filmotecas, **y las fundaciones y entidades sin fin de lucro**”.

Justificación.

La Asociación Española de Fundaciones valora positivamente que el borrador no establezca barreras en relación con el ámbito subjetivo de aplicación de la norma de desarrollo, atendiendo, en la definición de las entidades beneficiarias, a la actividad desarrollada por éstas.

A estos efectos, la AEF considera que aquellas fundaciones que desarrollan actividades museísticas, educativas, o que cuenten con museos, bibliotecas, hemerotecas o archivos, entre otros, pueden realizar los usos autorizados de obras huérfanas a que se refiere el reglamento, en desarrollo de lo previsto en el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (*Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril*) y la *Directiva 20/2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas*.

Conforme al artículo 6, apartado 2, de la *Directiva*, referido a los usos autorizados, las entidades beneficiarias podrán hacer uso de una obra huérfana únicamente a fines del ejercicio de su misión de interés público, en particular la conservación y restauración de las obras y fonogramas que figuren en sus colecciones y la facilitación del acceso a los mismos con fines culturales y educativos.

A estos efectos, debe destacarse que las fundaciones son organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen

afectado de modo duradero el patrimonio que gestionan a la realización de fines de interés general y sus actividades deben beneficiar a colectividades genéricas de personas (*arts. 2 y 3 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones*). Es por tanto inherente a la figura fundacional la realización de un fin social y la puesta a disposición del patrimonio que gestionan, cultural en muchos casos, a favor de colectivos genéricos de personas, haciéndolo accesible a la sociedad.

PROPUESTA 3. Artículo 3, apartados tercero y cuarto.

Propuesta de modificación.

“3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las entidades beneficiarias podrán obtener ingresos en el transcurso de dichos usos, ~~a los efectos exclusivos de cubrir los costes derivados de la digitalización y puesta a disposición del público de las obras~~ siempre con el fin de lograr los objetivos relacionados con su misión de interés general, en particular la conservación y restauración de las obras que figuren en su colección y la facilitación del acceso a la misma con fines culturales y educativos, también en el contexto de acuerdos de asociación público-privada.

~~4. El desarrollo de los mencionados usos autorizados será compatible con la libertad contractual de las entidades beneficiarias en el ejercicio de su función de interés público, en particular si se trata de acuerdos de asociación público-privada, sin que en ningún caso se derive de estos acuerdos la concesión, al socio comercial, del derecho a utilizar o controlar el uso de la obra huérfana”.~~

Justificación.

El artículo 6.2 de la Directiva debe ponerse en relación con el considerando 20 de la misma, al señalar que “Con el fin de promover el estudio y la difusión de la cultura, los Estados miembros deben prever excepciones o límites adicionales a los establecidos en el artículo 5 de la Directiva 2001/29/CE. Esas excepciones o límites deben permitir que determinadas entidades, las contempladas en el artículo 5, apartado 2, letra c), de la Directiva 2001/29/CE y los organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro que operen sin ánimo de lucro, así como los organismos públicos de radiodifusión, reproduzcan y pongan a disposición del público, en el sentido de dicha Directiva, obras huérfanas, siempre y cuando este uso sea a los fines de su misión de interés público, en particular la conservación y restauración de sus colecciones, y la facilitación del acceso a las mismas, incluidas sus colecciones digitales, con fines culturales y educativos”.

Los ingresos de las fundaciones y de otras entidades beneficiarias pueden provenir en algunos casos de cuotas de usuarios pero también, mayoritariamente, de los recursos propios de las entidades. Aunque las cuotas de usuarios son casi siempre simbólicas, los costes derivados de la digitalización y la difusión en general, son directos e indirectos y, en ocasiones, difícilmente determinables y relacionables con una fuente concreta de ingresos de las entidades. Sin embargo, es esencial a la ausencia de ánimo de lucro la reinversión de cualesquiera recursos o beneficios que se obtuvieran en esas mismas actividades culturales o educativas o de puesta a disposición del público del patrimonio cultural, siendo inherente a su misión y a la obligación legal de reinversión.

Esta circunstancia, unida al reconocimiento de la Directiva en cuanto a la necesidad de contextualizar la obtención de ingresos para el uso de las obras huérfanas en los acuerdos de asociación público-privada para la puesta a disposición del público, hace necesario concretar el párrafo tercero del

artículo 3, en cuanto a qué ha de entenderse por actividad realizada sin fin de lucro.

Asimismo y para realizar esa contextualización, conviene unir, como hace la Directiva en el considerando 21, la posible obtención de ingresos a los acuerdos de asociación público-privada, acuerdos contractuales que el considerando 22 sólo desarrolla. Lo contrario no contribuye a clarificar a qué tipo de acuerdos de "asociación público privada" se hace referencia, lo que podría generar inseguridad jurídica y una posible indefensión por parte de las entidades beneficiarias a la hora de esgrimir la validez de dichos acuerdos en el uso de obras huérfanas.

A estos efectos debe recordarse que el considerando 22 de la Directiva señala que los acuerdos contractuales pueden ser útiles para promover la digitalización del patrimonio cultural europeo *"entendiéndose, por tanto, que las bibliotecas, los centros de enseñanza y los museos, accesibles al público, así como los archivos, los organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro y los organismos públicos de radiodifusión deben poder celebrar, con vistas a los usos autorizados en virtud de la presente Directiva, acuerdos con socios comerciales para la digitalización y la puesta a disposición del público de las obras huérfanas. Dichos acuerdos pueden prever aportaciones financieras de esos socios"*.

Por último, parece más adecuado la utilización del término "interés general" frente a "interés público", dado que la Directiva 2012/28/UE, con esta última denominación no hace mención exclusiva a los intereses que pueden promoverse por o para el sector público sino también a los intereses generales que pueden promoverse por el sector privado, particularmente el no lucrativo.

PROPUESTA 4. Artículo 4, apartados sexto, séptimo y octavo y artículo 5.

Propuesta de modificación.

Se propone articular un procedimiento de búsqueda diligente que no haga recaer todas las obligaciones sobre las entidades beneficiarias, y éstas sean compartidas por las autoridades nacionales y comunitarias.

Se propone que sean las entidades beneficiarias las obligadas a remitir, a efectos de registro, a la autoridad nacional o a la Oficina de Armonización del Mercado Interior europea, la información sobre la denominación de la obra, el uso que la entidad hace de la obra huérfana de acuerdo con lo previsto en la ley y la información de contacto pertinente de la entidad beneficiaria.

Justificación.

El artículo 3 de la Directiva señala que las entidades beneficiarias “velarán” porque se efectúe una búsqueda diligente y de buena fe por cada obra u otra prestación protegida, consultando para ello las fuentes adecuadas en función de la categoría de obra y otra prestación protegida consideradas. Así, sin perjuicio del reconocimiento en el artículo 4.5 del borrador, de la posibilidad de encargar a terceros esa búsqueda a terceros, la normativa comunitaria no obliga a que el procedimiento sea llevado a cabo exclusivamente por las entidades beneficiarias.

En la práctica, el procedimiento establecido para la búsqueda diligente es difícilmente abordable o casi inasumible por las entidades beneficiarias, por todas y cada una de las obras huérfanas. En muchos casos se trata de organizaciones con escasos recursos más allá de los destinados a la conservación de las obras. Además, conforme al apartado 6, c), 3º, parece entenderse que el procedimiento de búsqueda diligente está abierto siempre.

PROPUESTA 5. Artículo 4, apartados cuarto y noveno.

Propuesta de modificación.

Se trasladan, además, otras propuestas para los siguientes apartados:

“4. En el caso de que la consulta de la base de datos mencionada en el apartado anterior no permitiera localizar en la misma la obra en cuestión, la búsqueda diligente se realizará consultando en todos los casos, como mínimo, **alguna de** las fuentes de información que se indican en el Anexo del presente real decreto, sin perjuicio de la **obligación posibilidad** de consultar fuentes adicionales disponibles en otros países donde haya indicios de la existencia de información pertinente sobre los titulares de derechos.”

~~“9. La entidad beneficiaria que haya efectuado la correspondiente búsqueda diligente será en todo caso responsable de la misma”.~~

Justificación.

El artículo 3, apartado 3 de la Directiva, no señala que en la búsqueda diligente deban consultarse todas y cada una de las fuentes del anexo, sino que establece que cada Estado, al establecer las fuentes consultadas, deberá incluir como mínimo las del anexo de la Directiva. El borrador, sin embargo, obliga a realizar la consulta en todas las fuentes y, además, también incorpora la obligación de consultar en las establecidas como “adicionales” por el Estado español.

Por último, debe aclararse el sentido del apartado noveno. Si la entidad ha realizado una búsqueda diligente, no puede hacerse responsable, puesto que esto sería contradictorio con el principio de buena fe y diligencia debida. Si lo que se quiere señalar es que, en el caso de que la búsqueda se encargara a

un tercero, la entidad beneficiaria será en todo caso la responsable, debería ponerse en relación con el apartado 6.

PROPUESTA 6. Nueva disposición transitoria.

Propuesta de adición.

“Disposición transitoria única. Período para llevar a cabo el procedimiento de búsqueda diligente.

Las entidades obligadas dispondrán de un plazo de doce meses para llevar a cabo el procedimiento de búsqueda diligente dirigido a la identificación del titular o titulares de los derechos de autor sobre las obras huérfanas”.

Justificación.

Se propone incorporar una disposición transitoria, pues el borrador no establece ningún régimen transitorio e, independientemente de cómo quede regulado finalmente el procedimiento de búsqueda diligente, se hace necesario establecer un plazo razonable que lleve a la consideración de obra huérfana, dotando de seguridad jurídica a las entidades beneficiarias.

Asociación Española de Fundaciones
13 de julio de 2015