
FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LAS INDUSTRIAS CULTURALES Y CREATIVAS

MANUEL PALOMARES HERRERA



FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LAS INDUSTRIAS CULTURALES Y CREATIVAS

Manuel Palomares Herrera

COLEX 2024

Copyright © 2024

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial.

© Manuel Palomares Herrera

© Editorial Colex, S.L.
Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial)
A Coruña, C.P. 15004
info@colex.es
www.colex.es

I.S.B.N.: 978-84-1194-674-2
Depósito legal: C 1497-2024

SUMARIO

PRÓLOGO	13
PRESENTACIÓN	15

PARTE I **Derecho Mercantil**

Capítulo 1. Introducción	21
1.1. Derecho en general.....	21
1.2. Concepto, antecedentes y elementos mercantiles.....	24
1.3. Características y fuentes.....	29
Capítulo 2. El empresario y la empresa	37
Capítulo 3. El Registro Mercantil	43

PARTE II **Derecho de las ICC**

Capítulo 4. Marco jurídico general del derecho a la cultura ..	49
4.1. Constitucional.....	49
4.2. Internacional.....	51
4.3. En el ámbito europeo.....	56
Capítulo 5. La Administración pública del sector	57

Capítulo 6. Legislación especializada de las ICC.....	63
6.1. Legislación competencial española en materia de cultura.....	65
6.2. El patrimonio cultural.....	67
6.3. Sector del libro.....	71
6.4. Bibliotecas.....	75
6.5. Museos.....	77
6.6. Archivos.....	78
6.7. Sector del cine y audiovisual.....	79
6.8. Sector de las artes escénicas, musicales y otras.....	83
6.9. Otros sectores.....	84
Capítulo 7. Referencias normativas internacionales de la ICC.....	87
7.1. La UNESCO.....	89
7.2. El Consejo de Europa.....	97
7.3. La UE.....	103

PARTE III

Propiedad Intelectual y defensa de la competencia

Capítulo 8. Derecho de la Competencia.....	113
Capítulo 9. Propiedad Intelectual.....	121
Capítulo 10. Protección procesal de los derechos de PI....	129
10.1. En ámbito procesal civil.....	133
10.2. En el ámbito procesal penal.....	138
10.3. En el ámbito contencioso-administrativo.....	144

PARTE IV

Formas jurídicas

Capítulo 11. Concepto y fundamentos.....	149
-------------------------------------------------	------------

Capítulo 12. Tipos de formas jurídicas y el tercer sector cultural.....	151
12.1. Tipos de formas jurídicas.....	151
12.2. El tercer sector.....	157
ABREVIATURAS.....	161
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	165
Webgráficas.....	170
Legislativas.....	171

PRÓLOGO

Cuando mi amigo y compañero Manuel Palomares Herrera me remitió el borrador de lo que ahora es el *Manual de fundamentos jurídicos de las industrias culturales y creativas*, sentí un gran orgullo poder participar en esta obra universitaria tan especial y oportuna. Pero también porque un manual universitario siempre abre una nueva etapa a nivel docente y personal, en este caso, el autor cuenta con una formación brillante y excelente, pues, no sólo es doctor en Derecho por la Universidad de Jaén (2017), sino que ha cursado el Máster Universitario en *Democracia, Derechos Humanos y Globalización* en la UOC (2021), habiendo obtenido el premio al mejor Trabajo Fin de Máster (2021), y un segundo Máster en Igualdad de Género (2018), entre otros cursos de formación adicional. Dentro de la experiencia profesional, cabe destacar que desde el año 2018 es profesor universitario (acreditado por ANECA como profesor contratado doctor) en la UNED, UNIR y en UEMC, impartiendo asignaturas presenciales y a distancia en diferentes Grados y Máster Universitarios. Para terminar, y a nivel de publicaciones, es autor de más de treinta monografías, artículos científicos y recensiones en revistas indexadas, editoriales de prestigio y comunicaciones dentro y fuera del Estado español, entre las que podemos destacar *Transparencia y Acceso a la Información en el Sector Público*, publicado por Wolters and Kluwer (2018), y el premio en el bicentenario de la Constitución española por su trabajo *Constitución de 1812* (2012).

Realizando un breve recorrido a nuestro derecho constitucional, el derecho a la cultura aparece en la Constitución española de 1931, cuando el artículo 48 reconoce que «*el servicio de la cultura es atribución esencial del Estado, y lo prestará mediante instituciones educativas enlazadas por el sistema de la escuela unificada*». En la actualidad se incorpora en el artículo 44, y sin sufrir alteraciones significativas durante el período de tramitación constitucional, se perfiló como «*1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho. 2. Los*

poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general». De ahí que se contemple el derecho a la cultura «*stricto sensu*», con la obligación impuesta a los poderes públicos para promover y tutelar su acceso, con la investigación científica y técnica, siempre en beneficio del interés general.

Adentrándonos en el contenido del manual, puedo indicarles que no existe otra obra similar que comprenda el derecho de la cultura, de ahí no sólo la novedad y valentía en su conformación, sino que ha sido capaz de brindarle claridad en el enfoque de su contenido a una materia de especial complicación jurídica. Como se indicó, el manual contiene una estructura acertada y adecuada, en la que se han delimitado cuatro bloques que comprenden el derecho de la cultura desde una perspectiva global, pues, no sólo tiene elementos jurídicos del derecho constitucional, sino del administrativo y mercantil, que lo dotan de una consistencia digna de mención. La primera parte hace referencia a la definición del concepto, las características y sus fuentes, con una referencia obligatoria al derecho mercantil y del registro mercantil. A lo largo de la segunda parte se procede con el estudio de lo que podríamos denominar el aspecto institucional del derecho de la cultura, no sólo desde las diferentes instituciones que la hacen posible, sino con el encuadre de la intervención de la Administración Pública y del derecho multinivel que lo caracteriza. A continuación, se entra en la tercera parte, que se divide en el derecho de la competencia, la propiedad intelectual y la protección jurisdiccional de los derechos. Finalmente, el lector se sumerge en los diferentes tipos de formas jurídicas que permiten el desarrollo y la promoción del derecho de la cultura.

Quiero concluir reiterando mi felicitación al doctor Palomares Herrera por haber llevado a término este trabajo innovador en la materia y destinado, especialmente, pero no en todo lugar, a los estudiantes universitarios, si bien, cualquier persona que tenga interés en la materia encontrará una introducción al derecho cultural. Estoy seguro de que encontrará muchos éxitos, y será un punto de inflexión en su trayectoria docente y profesional, al que le vendrán otros posteriores que serán el desarrollo de algunas partes que se contienen en este manual universitario.

En Gijón, a 8 de agosto de 2024.

Fruela Gonzalo Río Santos
Profesor Doctor de Derecho

PRESENTACIÓN

El derecho es una ciencia horizontal que se extiende a todos los ámbitos de la vida, incluida la cultura. En los últimos, años ha venido aumentando el interés jurídico en este ámbito a través de la aprobación de numerosa legislación nacional e internacional al respecto, así como la estructuración de organismos públicos culturales. Por ello, algunas universidades españolas pioneras como la Universidad Europea Miguel de Cervantes, la Universidad Miguel Hernández o la Universidad Internacional de la Rioja en su ánimo de perpetuar su reputada estela de excelencia en sectores de futuro, apuestan por el mercado cultural respecto a la mejora de las competencias, aptitudes y calidad profesional del gestor cultural ya sea en lo público o lo privado, nacional o internacional.

El nuevo concepto de Industrias Culturales y Creativas (en adelante *ICC*) ha venido para quedarse, desde la década de los años noventa con su primera introducción por Horkheimer, hasta la ya total implantación por todos reconocida. *ICC* es un término que viene a englobar todo lo que se refiere a la generación, producción, proyección, administración, gestión, dirección, protección, promoción y difusión de la cultura en su sector y su conjugación con todos los elementos que la rodean para poder cumplir con los objetivos del proyecto en términos de eficacia, efectividad y eficiencia. Hablamos de un sector de influencia con la gastronomía, la economía, la política, el ocio, el turismo y hasta el *marketing*, pues la expresión artística no tiene límites y es del todo transversal.

Actualmente, ya todos nos referimos a las *ICC* para aludir al sector de los museos, el cine, el libro, el musical, la danza, el patrimonio o la interpretación artística, porque realmente constituyen una industria que aporta al PIB cada vez mayores porcentajes, y eso es algo de lo que todos debemos de sentirnos orgullosos, pues España se coloca como

un referente de la creatividad. Una economía educativa, recreativa, limpia, sostenible, ilustrada y que dota al país de un perfil sofisticado que nos hace competir con los líderes en producción y exportación de bienes culturales como Reino Unido, Japón, Polonia o Alemania.

España siempre se ha caracterizado por ser una nación cultural rica y de gran valor creativo e histórico, pero debe de saber canalizar este talento a través de unas ICC que nos vertebran y que hoy, representan solo un sostenido 2,5 % del PIB. También es cierto que el período de crisis económica por la Gran Recesión de 2008 afectó letalmente al sector por ser contenidas las partidas presupuestarias estatales destinadas al mismo y siendo las primeras en recortarse, pero vuelven a incrementarse paulatinamente hasta nuestros días pasando de los 720.000.0000 € en 2013 a los 837.000.000 € en 2018 sin contar las tendencias ascendentes actuales.

En el caso de la citada institución universitatia, la UEMC, se pone en valor a las ICC incluyendo la asignatura Fundamentos Jurídico-Mercantiles de las ICC en su Máster Universitario en Dirección y Gestión de las ICC, el primero de su categoría. La asignatura en dicha formación oficial, que posee el carácter de materia obligatoria, ha tenido una exitosa implantación si acudimos a la experiencia, habida cuenta del excelente grado de interés e implicación que el alumnado ha venido expresando.

Fundamentos Jurídico-Mercantiles es una rama del Derecho Cultural y posee dos partes bien diferenciadas, una dedicada a la introducción al Derecho mercantil y otro enfocado al derecho cultural y de las industrias culturales *late sensu*. El manual por el que se estudia la materia ofrece desde una perspectiva amplia el conocimiento del ámbito jurídico aplicado a las ICC, la cual es esencial para que el futuro director o gestor cultural conozca, entienda y se familiarice con todas las cuestiones jurídicas que se encontrará.

Un gestor o director cultural debe poseer la capacidad de localizar las normas que le regirán en su actividad, interpretarlas, su ubicación administrativa y por lo tanto le dote de unos conocimientos generales que le permitan manejarse con soltura y comodidad en lo que al ámbito legal se refiere. Si bien el gestor o director cultural no es un jurista, pues no requiere conocimientos doctos, profundos ni analíticos del derecho, si necesita poseer nociones

generales que le hagan conocer el espacio en el que ha de manejarse. Como se citaba, ese conocimiento imprescindible se proyecta en el saber cuáles son las normas básicas que regulan cada materia cultural y cuáles son los principales conceptos a asimilar en el rubro mercantil y ello justifica el presente manual.

Para ello, Fundamentos Jurídico-Mercantiles pretende proporcionar una aproximación sencilla y una visión global del marco legal a nivel internacional, comunitario y nacional (constitucional, administrativo, etc.). También, se estudiarán los textos sobre los distintos sectores culturales, como el patrimonio, el teatro, el cine o la música. Como parte práctica, se incluye un epígrafe sobre cómo proteger procesalmente los derechos de PI en la jurisdicción ordinaria.

Finalmente, hay que señalar que al lector del presente manual ya se le supone instruido en conocimientos básicos previos de gestión cultural y con los conceptos y herramientas necesarios para poder enfrentarse a la asignatura. Por esto y, en conclusión, se ampliarán sus conocimientos ofreciendo al estudiante el código básico de derecho de las ICC que le forme y faculte en lides jurídicas de una forma amena, práctica, útil y cercana.

Dedicamos el presente en general a todos los alumnos y profesores del Máster en Gestión y Dirección de las Industrias Culturales y Creativas y en especial a todas aquellas personas que dan la batalla por echar a andar sus proyectos en el ámbito de la cultura a pesar de las dificultades propias de la vida moderna, del sector y de la economía, los cuales nutren la esperanza del resto de ciudadanos en un mundo más sensible y ordenado.

En Jaén, 1 de octubre de 2024.

Manuel Palomares Herrera

PARTE I

DERECHO MERCANTIL

CAPÍTULO 1

INTRODUCCIÓN

Esta materia que nos va a invitar a completar la formación jurídica aplicable en el sector cultural, va a ir desplegándose gradualmente desde la generalidad del derecho, pasando por el derecho constitucional, mercantil y cultural para finalmente aproximarnos a los elementos aplicados al estatuto jurídico nuestro, el del gestor o director cultural, que es el objetivo en sí, tener los recursos elementales para operar con cierta destreza, conocimiento de contexto y seguridad jurídica en la profesión respecto a las cuestiones legales.

1.1. Derecho en general

El derecho, como disciplina y como ciencia, ha evolucionado significativamente en respuesta a los cambios sociales, tecnológicos y políticos pasando de ser *ab initio* un pensamiento o una filosofía de la justicia a ser ya una ciencia con unos elementos, unas operaciones combinadas y un juego que ofrece unos resultados en función de una serie de variables.

No puede negarse que el derecho y la administración de justicia ha sido una institución central en la organización de la sociedad, pero su concepto y aplicación no han sido estáticos, pues ha pasado desde el derecho natural en la antigüedad, al positivismo jurídico en el siglo XIX, hasta el realismo jurídico en el siglo XX, cada etapa ha reflejado los valores y necesidades de su época (Hart, 1961; Dworkin, 1977).

Pero, para comenzar, hemos de preguntarnos, ¿qué es el derecho? Podemos definir al derecho como un conjunto de normas y principios que rigen la conducta de las personas en una sociedad. Estas normas, imprescindibles para una convivencia pacífica, están diseñadas para mantener el orden social, proteger los derechos y libertades individuales y promover la justicia. Por tanto, sus características fundamentales son:

- Normatividad: Se compone de normas que establecieron lo que se debe o no se debe hacer. Estas normas son obligatorias y tienen consecuencias legales.
- Sistemática: Las normas jurídicas están organizadas de manera coherente y jerárquica, formando un sistema que abarca desde constituciones y leyes hasta reglamentos y decretos.
- Coercitividad: El derecho implica la posibilidad de imponer sanciones en caso de incumplimiento, asegurando así su cumplimiento y efectividad.
- Equidad: El derecho busca promover la justicia, entendida como la distribución equitativa de derechos y obligaciones, y la resolución imparcial de conflictos.
- Legitimidad: Las normas jurídicas deben ser aceptadas y reconocidas como válidas por la sociedad por procedimientos democráticos o de la tradición.

Dicho lo cual, hemos de decir que este concepto y características han ido variando a lo largo de la historia y de escuelas doctrinales en donde partimos con las primeras normas impuestas como el Código de Hammurabi de 1795 aC —probablemente el soporte más antiguo datificado con lo más cercano a una regla social—, a nivel europeo The Bill of Right de 1689 o a nivel español las Siete Partidas de Alfonso X de 1221, los muchos códex, por citar algunos. Pero entendiendo el derecho doctrinalmente como tal, habríamos de entender este en primer lugar desde la teoría del iusnaturalismo de Santo Tomás de Aquino o Locke, que sostiene que el derecho se basa en principios morales universales e inmutables, que son inherentes a la naturaleza humana y que existen independientemente de las normas legales promulgadas por el Estado.

Más adelante, la teoría del positivismo jurídico de Kelsen o Hart defiende que el derecho es un conjunto de normas

creadas sistémica y sistémicamente por la autoridad soberana del Estado, por escrito y con vías procedimentales técnicas, es decir, que se considera derecho lo que ha sido promulgado formalmente por las instituciones competentes. En tercer lugar, habríamos de referirnos a la teoría del realismo jurídico de Wendell Holmes o Llewellyn, corriente que se enfoca en cómo el derecho se aplica y se interpreta en la práctica cierta y auténtica, más allá de su formulación teórica. Esta se interesa por el comportamiento de los jueces y otros actores del sistema jurídico, sus consecuencias, su utilidad, la teología y la eficacia y eficiencia aplicada a la realidad social.

Finamente, esta última teoría, nos lleva a preguntarnos por la utilidad del derecho hoy, ¿para qué sirve el derecho? Podríamos enumerar las funciones del derecho en:

- Regulación de conducta: Establece las reglas que los individuos y organizaciones deben seguir para coexistir pacíficamente en comunidad como por ejemplo las normas de circulación vial o el Código Penal.
- Resolución de conflictos: Proporciona mecanismos para resolver disputas entre dos o más partes, ya sea a través de tribunales o métodos alternativos de resolución de conflictos como la mediación, la conciliación o el arbitraje.
- Protección de derechos: Garantiza y protege los derechos fundamentales de las personas, como la vida, la libertad y la propiedad a través de normas positivas y negativas y con el sistema punitivo como un elemento coercitivo para evitar la comisión de delitos o infracciones.
- Promoción de Justicia Social: Esta nueva función que proviene de la política contemporánea busca corregir desigualdades y promover el Estado del bienestar social mediante leyes que protejan a los grupos vulnerables y promuevan la equidad. Un ejemplo es la Seguridad Social, los sistemas nacionales de empleo, de juventud o de redistribución de la riqueza a través de la financiación autonómica o el sistema fiscal¹.

1 Como vemos, hoy, una de las características del nuevo concepto contemporáneo de derecho es su creciente interdisciplinariedad. Las ciencias sociales, la economía, la tecnología y la ética han influido sig-

- Estabilidad y Cambio Social: Proporciona un marco estable para la interacción social, pero también permite adaptaciones y cambios a través de reformas legales con normas como las que acoplen nuevas conductas de forma paulatina como por ejemplo la integración de los vehículos de movilidad personal, las nuevas formas de familia o los nuevos modelos de relación laboral².

1.2. Concepto, antecedentes y elementos mercantiles

A continuación, hemos de ubicar en un paso más nuestro estudio, para lo que hemos de entender que el derecho como paraguas, posee debajo una serie de disciplinas como lo son el derecho procesal, el derecho constitucional, el derecho laboral, el derecho administrativo, el derecho penal, el civil, el cambiario y un largo etcétera. Pues bien, uno de ellos es el derecho mercantil (en adelante, DM).

Lo definiremos como aquella rama del derecho privado especial —escindido parcial y paulatinamente del Derecho Civil— que se encarga de regular las relaciones que surgen por parte del empresario en el desarrollo de su empresa en su actividad económica centrada en la generación de rentas, recursos y plusvalías. Otra definición práctica sería que esta disciplina supone el conjunto de normas vigentes relativas a los comerciantes españoles en el ejercicio de su profesión, a los actos de comercio legalmente calificados como tales y a las relaciones jurídicas derivadas de la realización de estos. *Ergo*, podemos concluir diciendo que es la rama del Derecho que regula el ejercicio del comercio y lo relativo a la empresa en sí.

Siguiendo otra definición del manual de Sánchez Calero, podemos entender el DM como *«la parte del Derecho Privado que comprende el conjunto de normas jurídicas relativas al*

nificativamente en la teoría y práctica jurídica. Por ejemplo, el análisis económico del derecho ha proporcionado nuevas perspectivas sobre la eficiencia y efectividad de las normas legales (Posner, 1973).

2 Y es que la era digital ha planteado nuevos desafíos y oportunidades para el derecho. La protección de datos, la propiedad intelectual en el ámbito digital y la regulación de la inteligencia artificial son algunos de los temas que requieren un enfoque renovado y adaptado a los avances tecnológicos (Lessig, 1999; Floridi, 2014).

empresario y a los actos que surjan del ejercicio de su actividad económica». Las notas fundamentales de este concepto como podemos apreciar son dos: que es parte del Derecho Privado y que es el derecho de los empresarios.

Pasemos a analizarlo por partes: En primer término, decimos que se trata de un aparte del Derecho Privado, la cual es una de las dos categorías fundamentales en que se divide el Derecho Objetivo. El Derecho Privado se preocupa de regular las relaciones entre los particulares, y en concreto el DM regula las relaciones de los empresarios entre sí, o las de éstos con sus clientes³. Pero en la actualidad no se puede decir que se trate solamente de Derecho Privado, ya que el creciente intervencionismo estatal hace que muchas normas de Derecho Administrativo y Fiscal modulen y afecten a las normas mercantiles tradicionales.

En segundo lugar, nos referimos a que son las normas subjetivas dirigidas al empresario, que es el sujeto final de las relaciones que constituyen la esencia de este Derecho si bien ello no impide que excepcionalmente las normas de DM puedan aplicarse a casos en los que no intervenga un empresario, como puede ser en el supuesto de la letra de cambio en donde tradicionalmente participan particulares. Adicionalmente, por colmatar, hemos de manejar y definir otros conceptos que en la semántica del derecho son de utilidad conocer en la disciplina y que pasamos a resumir:

- Derecho comparado: Legislaciones de otros países extranjeros comparadas con la legislación española. Comparación técnica de nuestro derecho, de nuestras normas y sistemas jurídicos con el de otros países.
- Derecho consuetudinario o costumbre: Fuente del derecho no escrita, que nace de la costumbre, de la repetición y de la tradición en virtud de la cual se generan normas.
- Derecho general: El DC, o sea, el derecho de todos.
- Derecho positivo: Derecho escrito, aprobado y en ejercicio.

3 *Contrario sensu*, el derecho público es aquel que estudia las relaciones del ciudadano con el Estado y viceversa o los órganos públicos entre ellos o en el funcionamiento interno de los mismos.

La presente obra constituye un práctico manual de acompañamiento a cualquier lector que, dedicado a la gestión o dirección cultural, requiera aproximarse al derecho aplicado a su disciplina para mejorar sus competencias profesionales. El dominio de fundamentos jurídicos elementales supone hoy un marchamo de calidad en el servicio de cualquier segmento de mercado, no solo para poder operar con mayor seguridad jurídica, que también, sino para poder ofrecer mayores garantías de legalidad. Por ello, en este manual se tiene una explicación sencilla, adaptada y sintética de introducción al derecho mercantil, propiedad intelectual, defensa de la competencia, creación de empresas, formas jurídicas, tercer sector y estatuto de derechos y deberes en el sector. Se destaca el estudio de cada una de las industrias culturales y creativas (ICC) normativizadas, sus reglas más destacadas y por tanto una gestión de fuentes jurídicas que dotará al lector o estudiante de los conocimientos legales imprescindibles para todo gestor o director cultural. La obra viene prologada por Fruela Río Santos, prestigioso constitucionalista asturiano y avalada por el consejo científico de la afamada editorial COLEX.



MANUEL PALOMARES HERRERA

Palomares Herrera (1991) es Doctor en Derecho, Magistrado Suplente de la A.P. de Granada y Licenciado en Derecho por la UJA donde ganó la Beca Santander para estudiar en la prestigiosa UAI (Chile). Manuel posee Máster en Igualdad y otro en Democracia y Derechos Humanos en la UOC. Además de acreditar 40 obras escritas, es profesor de Derecho acreditado por la ANECA y ejerce como tal en másteres y grados de la UEMC así como de Profesor-Tutor en dos grados (Ciencias Políticas y Derecho) de la UNED donde ejerce de Coordinador Decanal y finalmente, ejerce la docencia en la UNIR en el Máster en Protección Internacional de Derechos Humanos y TFT junto con la impartición de conferencias dentro y fuera del país, destacando las colaboraciones con el Parlamento de Ecuador.

PVP 22,00 €

ISBN: 978-84-1194-674-2



9 788411 946742