

LA SUBASTA DE OBRAS DE ARTE *ON-LINE**

Yolanda Bergel Sainz de Baranda

Departamento de Derecho Privado
Universidad Carlos III de Madrid

PALABRAS CLAVE:

subastas de arte en internet, régimen jurídico aplicable, naturaleza jurídica

RESUMEN:

Las subastas de obras de arte de alto valor en internet no han tenido el éxito que sí han tenido tratándose de otro tipo de objetos. Problemas económicos, psicológicos y jurídicos lo justifican. El régimen jurídico aplicable a las subastas de arte en internet depende de si pueden considerarse verdaderas subastas, lo cual es muy dudoso en los casos en que el "subastador" sólo organiza una plataforma electrónica donde se lleva a cabo la subasta. Sí hay una subasta en el sentido tradicional cuando el organizador controla los anuncios, el procedimiento, la adjudicación y el cumplimiento del contrato.

* * *

Las compraventas en subasta por Internet han tenido un enorme auge en los últimos años. Se compran por este procedimiento los objetos más variados y el volumen de negocio de las compañías que se dedican a organizar estas compraventas ha alcanzado niveles insospechados. El éxito de este procedimiento de venta para casi todos productos no ha sido el mismo

* Comunicación presentada en las VIII Jornadas sobre Derecho del Comercio Electrónico, celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid 2007.

por lo que respecta a las compraventas de obras de arte. De hecho, existen portales que organizan subastas de obras de arte, pero las obras subastadas son muy recientes y de escaso valor¹. Es muy ilustrativo que las dos grandes casas de subastas de obras de arte a nivel mundial, Sotheby's y Christies, no ofrezcan en la actualidad la posibilidad de adquirir obras de arte en subasta por Internet².

¿A qué se debe esta falta de desarrollo del mercado de las subastas de obras de arte por vía electrónica? Nosotros hemos identificado varias causas.

En primer lugar hay razones económicas que han impedido el éxito de las subastas de obras de arte *on-line*. Se ha dicho que como el valor de las obras de arte es bastante subjetivo los compradores pueden estimar erróneamente ese valor pagando un precio por el objeto superior a su valor real³. No nos parece que sea esta una razón de peso que justifique la falta de éxito de las subastas de arte en Internet porque este fenómeno se da también en las subastas presenciales. Es más, nos parece que en las subastas de arte *on-line* este riesgo de que el precio se eleve es menor que en las presenciales, ya que en aquellas se pierde rapidez en las pujas lo que conlleva una menor "excitación" de los licitadores con la consiguiente menor subida del precio.

Más bien, la razón económica de que los tradicionales operadores de

¹ Una excepción a esta regla puede llegar a ser en el futuro www.artprice.com que ha pasado de ser una plataforma de información para coleccionistas a un punto de contratación electrónica de prestigio aunque por ahora sólo para ventas directas. El atractivo de este portal radica en que (i) todos los clientes (que en realidad no son muy numerosos, de ahí el hecho de que mantengan el control) están perfectamente identificados y son conocidos por el portal; (ii) velan por la autenticidad de las obras vendidas (tienen, por ejemplo el derecho de retirar anuncios de obras que no se acompañen de certificado de autenticidad); y (iii) controlan la entrega de las obras y el pago del precio.

² Sotheby's hizo un intento fallido en éste campo, probablemente porque fue demasiado pronto cuando la web no estaba todavía muy desarrollada y los consumidores poco preparados para este tipo de procedimientos tan novedosos.

³ BROOKS, A.C., "Valoración contingente y la maldición del ganador en las subastas de arte en internet", en *Revista Asturiana de Economía*, nº 29, 2004, pág. 17 y ss.

este mercado no hayan llevado adelante sus iniciativas para la organización de subastas *on-line* radica en que el recorte de costes que supone la compraventa por Internet, debe traducirse en un menor porcentaje en las comisiones que las casas de subastas cobran a comprador y vendedor, pero guardando el mismo nivel de seguridad en las transacciones y de calidad en los bienes que el que ofrecen en las subastas presenciales. Habrá que ver si están dispuestas a ello en un futuro próximo.

Otro factor para el escaso éxito de este procedimiento de venta de obras de arte es el que podemos denominar psicológico. El mercado del arte es un mercado de bienes no fungibles en el que los compradores no se atreven a comprar sin ver. Paradójicamente el examen de las obras es para los compradores algo de gran importancia, a pesar de que generalmente su falta de conocimientos suponga que ese examen no sirva en realidad para saber de la autenticidad de la obra.

Eso por un lado. Además, el mercado del arte es muy tradicional y los compradores son reticentes a adquirir por vía electrónica bienes de precios elevados. La falta de seguridad en las transacciones todavía hace mella en el ánimo de estos compradores. Esto puede evitarse mediante el uso de la figura del intermediario (*escrow agent*) que vela porque la obra adquirida esté lista para su entrega al comprador una vez que el vendedor ha recibido el precio. No obstante, hay que tener en cuenta que el coste de este tipo de intermediarios puede ser elevado⁴.

A esto se añade el campo de las subastas por Internet es un terreno abonado para el fraude. Las pujas *on-line* son la mayor fuente de denuncias por fraude en la red⁵. No son infrecuentes las ventas en subasta de bienes

⁴ Se ha puesto de relieve que sólo un mínimo porcentaje de las subastas *on-line* utilizan este tipo de servicios intermediarios. Al respecto, V. V. SNYDER, J.M., "Online auction fraud: are the Auction Houses doing all they should or could to stop online auction fraud?", 52 Fed. Comm. LJ 453, 2000, pág. 461, nota al pie nº 42; y DEL ÁLAMO, O., "¿Adjudicado? Los problemas de las subastas", en *Revista de Derecho Informático*, nº47, junio de 2002, www.alfa-redi.org.

⁵ V. SNYDER, J.M., "Online auction fraud: are the Auction Houses doing all they should or could to stop online auction fraud?", pág. 456, nos muestra cifras muy elevadas. En 1999 el 90% de las quejas de consumidores ante la Internet Fraud Watch eran relativas a subastas.

ilegales, de los que no se es propietario o que simplemente no existen, o aquellas en las que el mayor postor no paga el precio convenido⁶. Tampoco los casos en que el propietario del bien subastado crea una identidad falsa para pujar y elevar el precio de su bien (“bid shilling”) o en que se crea una puja falsa alta que se retira en el último momento habiendo inflado el precio para reprimir otras pujas (“bid shielding”). La facilidad del procedimiento para acceder al mercado y realizar una oferta llama a abusos que los propios organizadores de las subastas intentan remediar en la medida de lo posible⁷.

En tercer lugar, hemos identificado un factor jurídico que frena el éxito de las subastas de obras de arte *on-line*. El marco normativo aplicable en España a estas compraventas de arte en subasta por Internet es impreciso⁸.

⁶ A pesar de esto, Del Álamo piensa que los muchos casos de fraude no han afectado casi a la participación de los usuarios en subastas en Internet (V. DEL ÁLAMO, O., “¿Adjudicado? Los problemas de las subastas”, en *Revista de Derecho Informático*, nº 47, junio de 2002, www.alfa-redi.org).

Sin embargo, la Federal Trade Commission Bureau de protección de consumidores estadounidense cree que el aumento del fraude puede desincentivar a los consumidores a participar en este tipo compraventas (V. Consumer Protection in Cyberspace: hearings before the Subcommittee on Telecommunications, Trade and Consumer Protection 105th Cong. 245 (1998) comentado por SNYDER, J.M., “Online auction fraud: are the Auction Houses doing all they should or could to stop online auction fraud?”, pág. 463.

⁷ V. SNYDER, J.M., “Online auction fraud: are the Auction Houses doing all they should or could to stop online auction fraud?”, pág 459. Este autor concluye de su estudio que las medidas de autorregulación adoptadas por la industria de las subastas *on-line* no son un recurso adecuado contra ellas por las prácticas fraudulentas que tienen lugar en sus sitios de Web. Él estima que sólo haciendo a las casas de subastas financieramente responsables por los fraudes que se den en el uso de su Web podrá disminuir el número de casos de fraude.

⁸ En Gran Bretaña tampoco existe una normativa *ad hoc* para estas subastas por Internet por lo que pueden resultar aplicables las normas de protección de los consumidores sobre ventas a distancia y la Unfair Contract Terms Act de 1977. Al respecto, V. HARVEY & MEISEL, *Auctions Law and Practice*, Oxford University Press, 2007, pág. 17 y ss.

En Francia la Ley de 10 de Julio de 2000 (Ley 642/2000, de 10 de julio, JO 159 de 11 de julio, en adelante “Ley 642/2000”) que regula la venta voluntaria de muebles en subastas públicas introdujo el artículo 321 en el Código de Comercio para abordar este asunto. Ello no obstante, muchos son los problemas de interpretación a que ha dado lugar pues establece que las subastas *on-line* están sometidas a las reglas del Código de Comercio sólo si los bienes subastados son bienes culturales. El concepto de bien cultural que debe adoptarse a estos efectos todavía es controvertido (V. *Recommandation du Forum des droits sur l'internet; Le courtage en ligne des biens culturels*).

En Italia, el Ministero delle Attività Produttive ha redactado una Circular nº 3547/C de 17 de junio de 2002 (Prot. N. 107/DIR) para dar algunas indicaciones sobre la normativa aplicable a las subastas por Internet.

Al margen de lo dispuesto en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico⁹ en cuyo anexo se establece que la organización y gestión de subastas por medios electrónicos es un servicio de la sociedad de la información a los efectos de esa Ley, no existe una legislación especial que regule la subastas electrónicas de obras de arte, por lo que hay que acudir a las normas generales que afectan a ese mercado en tanto en cuanto sean aplicables.

En España, además de las normas que regulan el comercio electrónico y a las que no vamos a hacer más referencia por exceder del ámbito de éste estudio y de las disposiciones generales sobre compraventa contenidas en el Código Civil, contamos con unas disposiciones que regulan las ventas a distancia en los artículos 38 a 48 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista¹⁰ (en adelante, "LOCM").

Por su parte, los artículos 56 a 61 LOCM regulan algunos aspectos del procedimiento de venta en subasta pública, entre los que destacan los deberes de información de las casas de subastas, la necesidad de formalizar el contrato por escrito, la irrevindicabilidad de los bienes adquiridos por venta en pública subasta y la responsabilidad solidaria de la empresa subastadora (que incumple sus deberes de información) con el vendedor por los vicios o defectos ocultos o la falta de conformidad de lo vendido con el anuncio de la subasta¹¹.

⁹ Ley 34/2002 de 11 de julio, BOE nº 166 de 12 de julio de 2002.

¹⁰ Ley 7/1996 de 15 de enero (BOE nº 15, de 17 de enero), reformada por la Ley 47/2002 de 19 de diciembre de 2002 para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias (BOE nº 304, de 20 de diciembre).

¹¹ "Artículo 56. Concepto.

1. La celebración de una pública subasta consiste en ofertar, pública e irrevocablemente, la venta de un bien a favor de quien ofrezca, mediante el sistema de pujas y dentro del plazo concedido al efecto, el precio más alto por encima de un mínimo, ya se fije éste inicialmente o mediante ofertas descendentes realizadas en el curso del propio acto.
2. La regulación de las ventas en pública subasta contenida en la presente Ley se aplicará a las efectuadas por empresas que se dediquen habitualmente a esta actividad o al comercio al por menor.
Las subastas de títulos, así como las subastas judiciales y administrativas, se regirán por su normativa específica.

Artículo 57. Contrato de subasta.

1. En el supuesto de que los bienes a subastar no pertenezcan a la empresa que desarrolla esta actividad, las relaciones con el propietario de los mismos se ajustarán a lo estipulado entre las partes de acuerdo con la normativa general sobre contratación.
2. En defecto de pacto expreso, se entenderá que todos los gastos de la subasta, incluidos los de custodia y, en su caso, tasación, corresponden a la empresa de subastas, sin que el propietario deba entregar por este concepto remuneración adicional alguna, fuera del precio o gratificación establecido.
También corresponderá a la referida empresa, salvo estipulación en contrario, la obligación de custodia y exposición de los bienes y, en su caso, los de inclusión en el catálogo.
3. La empresa subastadora deberá comprobar, en su caso, el cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación para la protección del tesoro artístico, histórico y bibliográfico de España.
4. El encargo de subasta deberá documentarse por escrito en el que se identificarán las partes, el objeto y condiciones de la venta, así como la retribución de la empresa subastadora.

Artículo 58. Oferta de venta en subasta.

1. La oferta de venta en subasta deberá contener una descripción veraz de los objetos que salen a la misma, con identificación de si sus calidades son ciertas o, simplemente, supuestas o averdadas por determinado experto.
2. En especial, cuando, en salas especializadas en objetos de arte o de valor, se oferte la venta en subasta de una imitación o de un artículo que, aunque aparentemente precioso, no lo sea en realidad, deberá hacerse constar, expresamente, esta circunstancia tanto en los anuncios como en las invitaciones en las pujas. Cuando se oferte la venta en subasta de un objeto acompañado del nombre o de las iniciales de un determinado autor o precisando que aparece firmado por el mismo, se considerará que se vende como original de dicho autor, a menos que consten con claridad las oportunas advertencias.
3. Lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo será también de aplicación a las ventas de objetos preciosos o artísticos que se oferten al público en forma distinta a la subasta.

Artículo 59. Relaciones entre la empresa subastadora y los licitadores.

1. Únicamente podrá exigirse la constitución de fianza a los licitadores, cuando expresamente se haya consignado esta condición en los anuncios de la subasta. En ningún caso, el importe de las fianzas podrá ser superior al 5 % del precio de salida de los bienes en cuya licitación se quiera participar.
2. La fianza constituida por los licitadores a quienes no hubiese sido adjudicado el remate les deberá ser reintegrada dentro del plazo máximo de tres días a contar desde la finalización del acto.
3. En el caso de que el rematante no satisficiera el precio en las condiciones en que se hizo la adjudicación, perderá la fianza constituida que, en defecto de pacto, corresponderá al titular del bien subastado, una vez deducido el premio o comisión atribuible a la empresa subastadora, sin perjuicio del derecho del vendedor a exigir el cumplimiento del contrato.

Artículo 60. Documentación.

1. Adjudicado un bien se consignará inmediatamente por escrito procediéndose a la entrega del mismo una vez satisfecho el precio del remate o la parte del mismo determinada en los correspondientes anuncios.

Por otra parte, cuando las obras de arte vendidas puedan constituir Patrimonio Histórico Español (en adelante, "PHE"), se verán afectadas por las disposiciones de la Ley de Patrimonio Histórico Español¹² (en adelante, "LPHE") que impone ciertos deberes de comunicación de las compraventas de estos bienes (artículo 26.4 LPHE)¹³ y declara algunos de ellos intransmisibles (artículo 28 LPHE)¹⁴. Además, en caso de que se trate de Bienes de Interés Cultural o bienes que deban formar parte del Inventario de Bienes Muebles o de cualquier bien del PHE en el caso de subastas, la LPHE otorga al Estado o la CCAA correspondiente un derecho de adquisición preferente sobre esos bienes (artículo 38 LPHE)¹⁵. Además, en caso de que el bien vaya

-
2. Las ventas en pública subasta deberán, necesariamente, formalizarse mediante documento público o privado que, en su caso, podrá ser otorgado por la empresa subastadora como mandataria del propietario del bien subastado.

Artículo 61. Efectos de la venta en subasta.

1. La adquisición de bienes muebles mediante una venta en pública subasta de acuerdo con lo previsto en la presente Ley determinará su irrevindicabilidad en la forma establecida en el artículo 85 del Código de Comercio.
2. La empresa subastadora responderá solidariamente con el titular del bien subastado por la falta de conformidad de éste con el anuncio de la subasta, así como por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, cuando hubiese incumplido las obligaciones de información que le impone el artículo 58 de la presente Ley".

¹² Ley 161/1985, de 25 de junio (BOE nº 155, de 29 de junio).

¹³ Artículo 26.4 LPHE: "Los propietarios o poseedores de los bienes muebles que reúnan el valor y características que se señalen reglamentariamente, quedan obligados a comunicar a la Administración competente la existencia de estos objetos, antes de proceder a su venta o transmisión a terceros. Igual obligación se establece para las personas o entidades que ejerzan habitualmente el comercio de los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español, que deberán, además, formalizar ante dicha Administración un libro de registro de las transmisiones que realicen sobre aquellos objetos".

¹⁴ Artículo 28 LPHE: "1. Los bienes muebles declarados de interés cultural y los incluidos en el Inventario General que estén en posesión de instituciones eclesiásticas, en cualquiera de sus establecimientos o dependencias, no podrán transmitirse por título oneroso o gratuito ni cederse a particulares ni a entidades mercantiles. Dichos bienes sólo podrán ser enajenados o cedidos al Estado, a entidades de Derecho Público o a otras instituciones eclesiásticas.

2. Los bienes muebles que forman parte del Patrimonio Histórico Español no podrán ser enajenados por las Administraciones Públicas, salvo las transmisiones que entre sí mismas éstas efectúen y lo dispuesto en los artículos 29 y 34 de esta Ley.

3. Los bienes a que se refiere este artículo serán imprescriptibles. En ningún caso se aplicará a estos bienes lo dispuesto en el artículo 1.955 del Código Civil".

¹⁵ Artículo 38 LPHE: "1. Quien tratase de enajenar un bien declarado de interés cultural o incluido en el Inventario General al que se refiere el artículo 26, deberá notificarlo a los Organismos mencionados en el artículo 6.º y declarar el precio y condiciones en que se proponga realizar la enajenación. Los subastadores deberán notificar igualmente y con

a ser exportado necesitará de una autorización si se trata de bienes que formen parte del Inventario de Bienes Muebles o que tengan más de 100 años de antigüedad¹⁶, o podrá ser inexportable si es un Bien de Interés Cultural o se declara expresamente su inexportabilidad (artículo 5 LPHE)¹⁷.

Finalmente, si es la casa de subastas la dueña del bien, resultarán aplicables las disposiciones de la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de

suficiente antelación las subastas públicas en que se pretenda enajenar cualquier bien integrante del Patrimonio Histórico Español.

2. Dentro de los dos meses siguientes a la notificación referida en el apartado anterior, la Administración del Estado podrá hacer uso del derecho de tanteo para sí, para una entidad benéfica o para cualquier entidad de derecho público, obligándose al pago del precio convenido, o, en su caso, el de remate en un período no superior a dos ejercicios económicos, salvo acuerdo con el interesado en otra forma de pago.
3. Cuando el propósito de enajenación no se hubiera notificado correctamente la Administración del Estado podrá ejercer, en los mismos términos previstos para el derecho de tanteo, el de retracto en el plazo de seis meses a partir de la fecha en que tenga conocimiento fehaciente de la enajenación.
4. Lo dispuesto en los apartados anteriores no excluye que los derechos de tanteo y retracto sobre los mismos bienes puedan ser ejercidos en idénticos términos por los demás Organismos competentes para la ejecución de esta Ley. No obstante, el ejercicio de tales derechos por parte de la Administración del Estado tendrá carácter preferente siempre que se trate de adquirir bienes muebles para un Museo, Archivo o Biblioteca de titularidad estatal.
5. Los Registradores de la Propiedad y Mercantiles no inscribirán documento alguno por el que se transmita la propiedad o cualquier otro derecho real sobre los bienes a que hace referencia este artículo sin que se acredite haber cumplido cuantos requisitos en él se recogen.

¹⁶ Si la exportación se deniega, el valor declarado en la solicitud de exportación se convierte en oferta irrevocable de venta a favor de la Administración del Estado que podrá adquirir el bien aceptando la oferta dentro del plazo de 6 meses (artículo 33 LPHE).

¹⁷ Artículo 5 LPHE: "1. A los efectos de la presente Ley se entiende por exportación la salida del territorio español de cualquiera de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español.

2. Los propietarios o poseedores de tales bienes con más de cien años de antigüedad y, en todo caso, de los inscritos en el Inventario General previsto en el artículo 26 de esta Ley precisarán para su exportación autorización expresa previa de la Administración del Estado en la forma y condiciones que es establezcan por vía reglamentaria.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, y sin perjuicio de lo que establecen los artículos 31 y 34 de esta Ley, queda prohibida la exportación de los bienes declarados de interés cultural, así como la de aquellos otros que, por su pertenencia al Patrimonio Histórico Español, la Administración del Estado, declare expresamente inexportables, como medida cautelar hasta que se incoe expediente para incluir el bien en alguna de las categorías de protección especial previstas en esta Ley.

Consumo¹⁸ (en adelante, “LGVBC”), habida cuenta de que sólo se excluyen de su ámbito las subastas administrativas a las que los consumidores puedan asistir personalmente¹⁹.

¹⁸ Ley 23/2003, de 10 de julio (BOE de 11 de julio de 2003).

¹⁹ V. artículo 2 LGVBC.

Nosotros creemos que la Ley 23/2003 es aplicable a las subastas de obras de arte cuando el propietario del bien vendido es un profesional. Sobre esto hay opiniones diversas porque entre las exclusiones del ámbito objetivo de aplicación de la Ley, el artículo 2 establece que no es aplicable a los bienes de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que los consumidores puedan asistir personalmente.

Los que rechazan la aplicación de la LGVBC a las subastas de arte se basan en que el texto de la Directiva 1999/44/CE permitía a los Estados Miembros establecer que los bienes de consumo no incluyeran los bienes de segunda mano vendidos en una subasta en la que los consumidores puedan asistir personalmente (artículo 2.3 Directiva 1999/44/CE). De hecho, Alemania, Francia, Reino Unido y Finlandia han hecho uso de esta posibilidad. A juicio de estos autores, la forma en que se ha transpuesto la Directiva no es correcta porque el hecho de que la subasta sea administrativa no es razón suficiente para su sola exclusión. Entienden que los rasgos definidores de la exclusión debieran ser que se trate de bienes usados, vendidos en pública subasta y que el comprador pueda asistir a ella personalmente. De esto concluyen que lo excluido son las ventas en subasta reguladas en la LOCM cuando se den tales circunstancias. (V., VÉRGEZ, M., *La protección del consumidor en la Ley de Garantía de Venta de Bienes de Consumo*, ed. (Thomson) Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 42 y 43; y AVILÉS GARCÍA, J., *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, ed. Comares, Granada 2006, págs. 265 y 266).

Los autores a favor de la aplicación de la LGVBC a las subastas de arte se basan en el tenor literal de la Ley 23/2003, que sólo excluye las subastas administrativas y no excluye las subastas privadas como podía haber hecho atendiendo a la Directiva 1999/44/CE, y en el hecho de que la lista de bienes de naturaleza duradera del Anexo II del RD 1507/2000 no es cerrada (En este sentido, GASPARD LERA, S., *La venta en subasta de objetos de arte y otros objetos de valor*, págs. 187 a 189).

Los trabajos parlamentarios de la LGVBC no nos ayudan a aclarar nada pues, si bien existen enmiendas al artículo 2 LGVBC tanto en el Congreso (núms. 35 y 54) como en el Senado (núms. 12 y 44), ninguna de ellas afecta a lo dispuesto sobre la exclusión de las subastas administrativas (BOCG, VII Legislatura, Serie A, núm. 117). Si se pronunció sobre la cuestión el Consejo de Estado en su Informe de 18 de julio de 2002 (1732/2002) al señalar que no existían razones convincentes para justificar la restricción de los bienes usados de segunda mano sólo a los vendidos en subasta administrativa (Al respecto, V. AVILÉS GARCÍA, J., *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, pág. 264).

Nosotros creemos que la LGVBC es aplicable a las subastas de obras de arte cuando el propietario del bien subastado es un profesional. Si el legislador no ha excluido de forma general las subastas de bienes usados a las que pueda acudir el comprador y las ha limitado a las subastas administrativas, es difícil defender la aplicación extensiva de la norma. No obstante, es cierto que choca la elección solamente de las subastas administrativas para su exclusión de la LGVBC (Así, también, CÁMARA ÁGUILA, P., *La venta voluntaria en pública subasta...*, pág. 132).

Que creamos que la LGVBC se aplica a las subastas de arte no quiere decir que estemos de acuerdo con ello. Quizá hubiera sido deseable que las subastas privadas

A simple vista se aprecian múltiples problemas para adaptar estas normas a las subastas de arte *on-line*. ¿Cómo se instrumentaliza el derecho de adquisición preferente de la Administración en este tipo de subastas? ¿Quién controla que se cumpla con las disposiciones de la LPHE? ¿Cómo responde el subastador por la autenticidad de las obras vendidas? ¿Es el subastador el que escribe el anuncio o es el vendedor?²⁰

se hubieran excluido expresamente de la Ley 23/2003 en atención a la directiva 1999/44/CE. En virtud de la LGVBC cuando el vendedor es un profesional responderá de las faltas de conformidad que se manifiesten en el plazo de dos años desde la entrega. Incluso, para los bienes de segunda mano podrá pactarse un plazo menor no inferior a un año (artículo 9.1 LGVBC). La acción prescribirá a los tres años desde la entrega del bien (artículo 9.3 LGVBC).

En el caso de la compraventa de obras de arte, los aspectos determinantes son la valoración diligente y la descripción, pues su aspecto clave es su autenticidad y valor. Por lo tanto, los problemas de confianza que la valoración plantea pueden ser mejor tratados por normas específicas a esos efectos “como las reglas de Derecho privado general sobre deberes de revelación en fase precontractual, dolo y error” (GÓMEZ, F., “Directiva 1999/44 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica”, en *In Dret*, 2001/4, pág. 14). En este sentido, también, LETE ACHIRICA; J., “La transposición de la Directiva 1999/44 en el Derecho Español mediante la Ley de 10 de julio de 2003 de garantías en la venta de bienes de consumo” en *Garantías en la venta de bienes de consumo*, ed. Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pág. 205, que no cree que los motivos para adquirir obras de arte tengan nada que ver con los criterios de utilización por el comprador tenidos en cuenta en estas normas).

A todo esto se añade que los remedios de sustitución y reparación que nacen de la garantía establecida en la Ley 23/2003 no tienen sentido para las compraventas de obras de arte en subasta.

²⁰ En Francia algunas de estas cuestiones se han intentado solucionar con la adopción del Decreto 650/2001, de 19 de julio, de aplicación de los artículos L 321-1 a 321-8 del Código de Comercio relativos a la venta voluntaria de muebles en subastas públicas (en adelante, “Decreto 650/2001”). El Decreto 650/2001 regula las condiciones de acceso al mercado y algunos aspectos relativos al funcionamiento de las sociedades que se dedican a esas ventas

En lo que a nosotros ahora interesa, el artículo 26 Decreto 650/2001 establece la posibilidad de enviar al Consejo de Ventas Voluntarias de Bienes Muebles en Subasta Pública por vía electrónica la información requerida en el artículo 321-7 del Código de Comercio (sobre el local y las operaciones de venta). El artículo 28 Decreto 650/2001 establece que al cierre de una subasta efectuada por vía electrónica, la sociedad organizadora garantiza la información en línea sobre la designación de los bienes adjudicados, el precio de adjudicación y el día y hora de conclusión de la venta de cada uno de ellos.

Además, los artículos 63, 64 y 65 Decreto 650/2001 regulan en especial el derecho de adquisición preferente del Estado cuando la subasta tiene lugar por vía electrónica. En este caso, la sociedad encargada de la venta podrá dar por vía electrónica al Ministro de Cultura la información sobre el autor, naturaleza, composición, dimensiones, origen y antigüedad del bien (información requerida por la Ley de 31 de diciembre de 1921).

Para contestar muchos de estos interrogantes hay que hacerse una pregunta previa. ¿Son las subastas de obras de arte *on-line* verdaderas subastas?

A priori hay que distinguir dos situaciones distintas. Hay casos en que el vendedor de los objetos usa la Web para anunciar sus productos pero la subasta de esos objetos no se lleva a cabo en Internet. Se trata de casos de venta directa. Esto ocurre, por ejemplo, cuando alguien busca un objeto concreto y lo encuentra en distintos sitios de Internet ofrecido por distintos vendedores y se decanta por uno. También es el caso cuando una persona interesada en la obra de determinado artista busca en los múltiples catálogos de subastas colgados en Internet y, al encontrar la obra deseada acude a la subasta presencial o presenta una puja por escrito o telefónica. No vamos a ocuparnos de estas ventas porque en ellas el procedimiento de subasta, el sistema de pujas y la adjudicación no tiene lugar en Internet.

Cuando la subasta sí tiene lugar en Internet, cuando los oferentes realizan sus pujas por vía electrónica y la adjudicación también se realiza por esa vía, nos encontramos con dos posibles modalidades de “subastas” *on-line*.

La primera y más corriente es aquella “subasta” en la que el subas-

Además, deberá mencionarse el día y hora de la venta en subasta, la fecha y hora previstas para el cierre de la subasta así como, en su caso, la posibilidad de modificar la duración inicialmente prevista para la subasta. En cuanto a la información que debe darse tras conclusión de la venta será también la sociedad encargada de la venta la que deba informar sobre los bienes adjudicados, el precio de adjudicación y el día y hora del cierre de la venta. El representante del Ministro de Cultura debe manifestar su intención de ejercitar el derecho de adquisición dentro del plazo de cuatro horas desde la recepción del resultado de la adjudicación. Finalmente, el artículo 67 Decreto 650/2001 establece que en caso de venta en subasta pública por vía electrónica el subastador garantiza la información en línea sobre la naturaleza de las operaciones, las obligaciones de compradores y vendedores y sobre las condiciones de conclusión de las ventas.

Todo ello no obstante ya hay algunas voces en el país vecino que ponen de manifiesto la dificultad de aplicar en la práctica estas normas a las subastas de bienes culturales por internet. Las dificultades, se ha dicho, “son tales que las sociedades de ventas voluntarias de bienes muebles no están en situación de acoger ofertas sobre bienes culturales” (V. DEVILLARD, A., “Oeuvres d’art: le cadre juridique des enchères en ligne remis en question”, en www.01net.com/article/249187.html)

tador pone a disposición del vendedor y los licitadores una plataforma electrónica; del primero para anunciar su objeto y fijar un precio de salida; de los segundos para que realicen sus pujas. En estos casos, la idea es que el subastador no interviene en la conclusión de la compraventa, no realiza la adjudicación, no describe los bienes, ni los inspecciona, ni tiene en ningún momento la posesión de los mismos. El "subastador" lo único que hace es ofrecer un servicio interactivo en el que los vendedores describen los productos que quieren vender y los venden a la persona que realiza la puja más alta, todo eso siguiendo a las reglas establecidas por el servicio.

Este es el caso de eBay, la mayor y más exitosa plataforma de subasta de objetos por Internet²¹. En este tipo de sitios el vendedor pone un anuncio²² y los internautas responden con pujas al alza desde el precio de salida durante un cierto período de tiempo; generalmente entre tres y diez días. La tensión aumenta a medida que se acerca el momento del fin de la subasta pues hasta el último instante pueden realizarse pujas²³.

eBay y los proveedores de este tipo de plataformas dicen no ser subastadores²⁴, en cuyo caso no estarían sujetos a las normas mencionadas

²¹ eBay fue la primera plataforma electrónica en ofrecer este servicio. Se creó en 1995 cuando el Sr. Omidyar comenzó a negociar la compra y venta de máquinas de caramelos Pez, a las que su mujer era muy aficionada. Dándose cuenta de que había una enorme demanda para comprar y vender los artículos más diversos vía Internet, creó eBay, cuyo volumen de negocio es hoy en día impresionante.

²² La plataforma establece que el vendedor es el único responsable de la información que incorpora a su anuncio. La plataforma actúa como un mero conducto pasivo para la publicación y distribución on-line de esa información (V., por ejemplo, Condición de Uso 6 de eBay).

²³ Esto salvo que se trate, aunque no es lo corriente, de una subasta que mezcle el precio fijo con el procedimiento de subasta, en cuyo caso el vendedor puede en cualquier momento interrumpir las pujas y concluir el contrato con uno de los licitadores.

También es posible que en estas plataformas se realicen ventas a precio fijo, pero no vamos a ocuparnos de estos casos porque exceden del objetivo de nuestro artículo que se ciñe a las ventas en subasta.

²⁴ La tercera "Condición de uso" de la plataforma española de eBay es lo suficientemente explícita:

"3. eBay es únicamente un punto de encuentro.

3.1 Subastas en línea. A pesar de que eBay es frecuentemente considerado como un sitio de subastas en línea, es preciso advertir que eBay no es una "casa de subastas" tradicional. En realidad, el sitio eBay actúa como un punto de encuentro para permitir a cualquiera ofrecer, vender y comprar prácticamente de todo en cualquier

más arriba que regulan las subastas, ni a la normativa de protección de los consumidores²⁵. En cuanto a las reglas sobre Patrimonio Histórico sería el vendedor el obligado a cumplir con ellas y realizar, en su caso, las comunica-

momento, desde cualquier lugar, en una pluralidad de modalidades, incluyendo una modalidad de precio fijo y otra de tipo subasta, comúnmente denominada "subasta en línea". eBay no se involucra en la transacción entre comprador y vendedor. De este modo, eBay no tiene control alguno sobre la calidad, seguridad o legalidad de los artículos anunciados, la veracidad o exactitud de los anuncios, la capacidad de los vendedores para vender artículos o la capacidad de los compradores para comprar artículos. eBay no puede asegurar que un comprador o un vendedor completará una transacción.

3.2 Transacciones seguras. Debido a que la verificación de la identidad de los usuarios en Internet es difícil, eBay no puede confirmar ni confirma la identidad pretendida de cada usuario. Así, eBay ha establecido un sistema de evaluación de usuarios para ayudarle a evaluar con quien está tratando. Asimismo le animamos a comunicarse directamente con las posibles contrapartes de una transacción a través de los instrumentos disponibles en el sitio eBay. Además podrá valerse de un servicio de depósito prestado por terceros o de servicios que proporcionan elementos adicionales de verificación del usuario. Consulte nuestra página de Herramientas de Compra y Venta en <http://pages.ebay.es/services/buyandsell/index.html>.

3.3 Exención de responsabilidad. Debido a que eBay no se involucra en la transacción entre comprador y vendedor, en caso de disputa entre usted y uno o más usuarios de eBay, eBay (y sus directivos, administradores, representantes, filiales y empleados) queda liberada de cualesquiera responsabilidades por reclamaciones, demandas o daños de cualquier clase y naturaleza (directos o emergentes) a que dé lugar o de algún modo relacionados con dicha disputa.

3.4 Control de la información. eBay no controla la información proporcionada por otros usuarios que sea disponible a través de nuestro sistema. Usted puede considerar la información de otros usuarios ofensiva, dañina, inexacta o engañosa. Actúe con prudencia y sentido común en aras a la seguridad de las transacciones cuando use el sitio eBay. Tenga presentes, además, los riesgos de contratar con menores o con personas que se valgan de una identidad falsa. Asimismo, existen riesgos de contratación internacional y con personas de otras nacionalidades."

²⁵ En Francia, se considera que las ventas realizadas en este tipo de plataformas no son ventas en pública subasta y por lo tanto no están sometidas a los artículos 321-4 y siguientes del Código de Comercio (V. artículo 323-1 Código de Comercio Francés). Sin embargo, sí están sometidas a los artículos 321-4 y siguientes del Código de Comercio (salvo a los arts. 321-7 y 321-16) las operaciones de venta en subasta por vía electrónica cuando los bienes subastados sean bienes culturales.

En cualquier caso, para las subastas realizadas por vía electrónica y no sometidas al Código de Comercio Francés, el Decreto de 19 de julio de 2001 establece que el "subastador" asegura la información en línea sobre la naturaleza de las operaciones de subasta, sobre las obligaciones respectivas de comprador y vendedor y sobre las condiciones en que se concluyen las ventas (V. artículo 67 del Decreto no 2001-650 de 19 de julio de 2001 de aplicación de los artículos L. 321-1 à L. 321-38 del Código de Comercio sobre las ventas voluntarias de muebles en subastas públicas, JO nº 167 de 21 de julio de 2001).

ciones necesarias²⁶.

Es cierto que dadas las características del servicio que ofrecen no puede decirse que sean subastadores en el sentido clásico de la palabra²⁷ y por lo tanto que tengan los deberes de comprobación del cumplimiento de la legislación sobre Patrimonio Histórico (artículo 57.3 LOCM), ni los deberes de información de las casas de subastas (artículo 58 LOCM) o su responsabilidad (artículo 61.2 LOCM). Ni siquiera podemos asegurar que cuando el vendedor sea un comerciante estén sometidas a las normas sobre ventas a distancia ya que, a pesar de que el artículo 38.3.b) LOCM establece que las ventas en subasta celebradas por vía electrónica están sometidas a esas normas, el artículo 38.1 LOCM dispone son ventas a distancia las celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor “dentro de un sistema de contratación a distancia organizado por el vendedor”²⁸.

Pero hay que tener en cuenta que estos “subastadores” cobran una comisión del vendedor y reciben un porcentaje del precio de adjudicación del bien. Además, amonestan a los compradores o vendedores que no cumplan lo dispuesto en el contrato. A esto se añade que ofrecen otro tipo de servi-

²⁶ A estos efectos, la Condición de Uso nº 14 de eBay señala: “Cumplimiento de la normativa aplicable. Usted cumplirá con todas las leyes y normas de igual rango, ordenanzas y reglamentos, nacionales e internacionales, que fueran aplicables en relación con su uso del servicio de eBay y sus pujas, anuncios, compras, solicitudes de ofertas para comprar y ventas de artículos”.

²⁷ Recordemos que el artículo 56.2 LOCM establece que la regulación de las ventas en pública subasta contenida en esa Ley se aplica a las efectuadas por empresas que se dediquen habitualmente a esa actividad.

Hemos visto como en Francia el artículo 3 de la Ley 642/2000 (artículo 321-3 Código de Comercio) establece que las subastas por vía electrónica que se caracterizan por la ausencia de adjudicación y de intervención de un tercero en la conclusión de la venta de un bien entre las partes no son ventas en pública subasta.

²⁸ Dependerá de cómo se interprete esta exclusión. A favor de la aplicación de las normas sobre ventas a distancia a las transacciones en que un tercero organiza el sistema de contratación en las que un vendedor integra su oferta comercial V. GALLEGO HIGUERAS, G. F., “Comercio electrónico y ventas a distancia tras la nueva redacción del artículo 38 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 588, de 31 de julio de 2003. En contra parece SANZ, S. “Aspectos más relevantes de las ventas celebradas fuera de los establecimientos mercantiles: la venta a distancia”, en *Estudios sobre Consumo*, nº 75, 2005, pág. 58.

cios paralelos a la puesta a disposición de la plataforma. Así, ofrecen la posibilidad de contratar servicios para (i) la gestión de las ventas con objeto de maximizar la eficacia de las operaciones, (ii) la realización de estudios de mercado, (iii) la realización efectiva del pago y la entrega, (iv) la resolución de las controversias que surjan entre comprador y vendedor, etc. Por todo esto y, a pesar del esfuerzo que estos “subastadores” hacen en sus Condiciones Generales por determinar su papel y limitar su responsabilidad²⁹, entendemos que el papel de estos “subastadores” va más allá del de un proveedor de servicios.

Habría que preguntarse cuál es la naturaleza jurídica de esta figura del “subastador” *on-line*. Es cierto que si nos centramos en su actuación como punto de encuentro informático dónde comprador y vendedor concluyen sus operaciones de compraventa habrá que pensar que estamos simplemente ante un proveedor de servicios³⁰. Sin embargo, creemos que todo ese otro cúmulo de servicios que ponen a disposición de sus usuarios podría llevar a calificar a estos “subastadores” de mediadores³¹. Máxime si tenemos en cuenta que el sitio de subastas está interesado en la conclusión del contrato, de la que va a derivar una de sus comisiones. El “subastador” recibe una comisión por indicar la oportunidad de concluir el negocio jurídico, facilitando la conclusión del contrato y parte de su remuneración está condicionada a esa conclusión. El contrato de mediación es atípico, no está expresamente

²⁹ Muchas de estas Condiciones Generales no cumplen con los requisitos de incorporación y validez exigidos por la Ley de Condiciones Generales de Contratación. Para empezar, lo normal es que se acceda a ellas mediante un *link* generalmente situado al final de la página.

³⁰ Así lo cree, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, T., *El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (e-Marketplaces)*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 461 y 466 a 476. A este respecto, V. también KAUFMAN, R.S., *Art Law Handbok, Aspen and Law Business*, 2000, pág. 644.

³¹ Esta es la solución que se ha adoptado en Italia (V. artículo 4.3 de la mencionada Circular nº 3547/C de 17 de junio de 2002).

A diferencia de las subastas presenciales, no hay aquí mandato porque estos “subastadores” no concluyen el contrato de compraventa en nombre y por cuenta del vendedor. No podemos dejar de señalar que en contra de nuestra opinión Alfaro entiende que estamos ante una mediación y no un mandato también en las subastas presenciales (V. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La subasta de obras de arte (aproximación a sus problemas jurídicos)”, en *Revista de Derecho Mercantil*, 1986, pág. 99 y ss.

regulado en Derecho español salvo para algunos casos concretos³², por lo que se aplican analógicamente en la medida de lo posible las reglas de los contratos de comisión y de mandato. Así, el “subastador” se obliga al menos a organizar diligentemente la subasta y la licitación, a mantener neutralidad económica y a garantizar que el precio se forma limpiamente y que el contrato no se frustrará por su negligencia³³.

Esta es nuestra opinión. En cualquier caso, mientras no se regule esta figura, y habida cuenta de la falta de garantías que ofrece este mercado, sobre todo por lo que respecta a la autenticidad de las obras, el riesgo de comprar o vender obras de arte de alto valor por este medio es tan grande que en ningún caso creemos que vaya a tener éxito.

El segundo caso, muy extraño en las ventas en subasta por Internet, es el de las subastas en las que el subastador actúa en el sentido clásico de la palabra, controlando los anuncios (redactando el catálogo), el procedimiento de la subasta, realizando la adjudicación y velando por el cumplimiento del contrato³⁴. Este procedimiento es por lo tanto mucho más seguro para los compradores y vendedores. En lo que se refiere a subastas de obras de arte,

³² Al respecto, V. URÍA, R., *Derecho Mercantil*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, págs. 670 y 671; y SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991, pág. 466.

³³ V. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La subasta de obras de arte (aproximación a sus problemas jurídicos)”, pág. 122.

A este respecto es interesante recordar que el artículo 67 del Decreto Francés 650/2001 establece que en caso de venta en subasta pública por vía electrónica el subastador garantiza la información en línea sobre la naturaleza de las operaciones, las obligaciones de compradores y vendedores y sobre las condiciones de conclusión de las ventas.

³⁴ En Francia hemos visto cómo se ha distinguido este caso (artículo 321-3 párrafo primero del Código de comercio: “El hecho de ofrecer, actuando como mandatario del propietario, un bien en subasta pública a distancia por vía electrónica para adjudicarlo al mejor postor de los que pujan constituye una venta en subasta pública en el sentido del presente capítulo”) del anterior (artículo 321-3 párrafo segundo del Código de comercio: “Las operaciones de subasta realizadas a distancia por vía electrónica, que se caracterizan por la ausencia de adjudicación y de intervención de un tercero en la realización de la venta de un bien entre las partes, no constituyen una venta en subasta pública”).

sólo con estas garantías, en particular en lo que se refiere a la descripción de las obras, vendedores y sobre todo compradores se animarán a participar en subastas no presenciales. Y esto porque el subastador estará sin duda sometido a las previsiones de la LOCM, tendrá la obligación de velar por el cumplimiento de la legislación sobre Patrimonio Histórico Español y, en caso de ser él el dueño de las obras, estará sometido a las previsiones de la LGVBC.

Sin embargo, como ya hemos dicho, ninguna de las grandes casas de subastas lleva a cabo este tipo de subastas *on-line*. Y la explicación quizá no haya que buscarla tanto en los demandantes del servicio, que con las adecuadas garantías probablemente participarían en estas subastas³⁵, sino más bien en los proveedores del mismo. Las casas de subastas cobran unas comisiones muy altas en cada operación; comisiones que se justifican por el hecho de poner a disposición de los participantes un establecimiento en el que se lleva a cabo la subasta, el servicio de mucho personal cualificado, hacer el marketing de la subasta, editar los catálogos, etc. Una venta rápida y a distancia supondría menores gastos y por lo tanto menores comisiones de servicio, pero teniendo que mantener el mismo nivel de calidad y por lo tanto de responsabilidad en la expertización de los bienes³⁶.

Se ha dicho con acierto que “si como consecuencia del incremento del volumen del negocio de mayor calidad y de unos menores costes de gestión, las casas de subastas de obras de arte son capaces de recortar las comisiones que cobran a compradores y vendedores, al menos en las obras de mayor valor entregadas para la venta, este tipo de híbrido podría tener un futuro prometedor³⁷”.

³⁵ No hay más que ver el aumento de las pujas por teléfono en las subastas “presenciales”.

³⁶ Harvey y Meisel señalan que aunque el sistema sea bueno, nadie lo tomará en serio salvo que las casas de subastas sean capaces de entregar obras de una calidad equivalente a las que se negocian en las subastas presenciales (HARVEY & MEISEL, *Auctions Law and Practice*, pág. 23).

³⁷ V. HARVEY & MEISEL, *Auctions Law and Practice*, pág. 26.

Subasta de obras de arte *on line*