



Nº 3

enero / junio 2004
SEVILLA



oikos

OBSERVATORIO ANDALUZ
para la economía de la cultura y el desarrollo

Cuadernos de Economía de la Cultura

Núm. 3. enero / junio 2004
Año II. Periodicidad semestral

Coordinador. José M^a Medianero Hernández

Consejo de redacción:

Jesús Cantero Martínez
José Lorenzo Morilla
Luis Palma Martos
M^a Luisa Palma Martos
Domingo Valenciano Moreno
Javier Verdugo Santos

Diseño gráfico. LD. Aristoy

Impresión. Grafitrés sl.

Tirada. 500 ejemplares

Puntos de venta. Librerías

Distribución. OIKOS. Observatorio andaluz para la Economía de la Cultura y el Desarrollo.

Correo-e: lpalma@us.es

Tel. / Fax: 954 557 525

Precio. 12 €. Ejemplares anteriores 15 €

Dep. legal. SE-

ISBN. 84-

© edición. OIKOS

© textos. Los autores

© imágenes. Los autores

NOSDO
AYUNTAMIENTO DE SEVILLA


Grupo de Investigación
Análisis Económico y Economía Política
UNIVERSIDAD DE SEVILLA


Sevilla
CAJA SAN FERNANDO
Jerez

Cuadernos de Economía de la Cultura es una publicación editada por la asociación OIKOS (Observatorio andaluz para la economía de la cultura y el desarrollo), con la colaboración del Ayuntamiento de Sevilla: Áreas de Economía e Industrias, Fiestas Mayores y Cultura; del Grupo de Investigación Análisis Económico y Economía Política de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Sevilla; y de la Caja de Ahorros San Fernando Sevilla/Jerez.

La Dirección y el Consejo de Redacción de la revista no se hacen necesariamente responsables de los puntos de vista, opiniones y afirmaciones sostenidos por los autores de los estudios en ella publicados.

La reproducción total o parcial del contenido de la revista está permitida con la obligación de la cita.

Imagen de cubierta. Imagen del III Encuentro sobre Economía de la Cultura: Mercado del Arte y Coleccionismo en España.

La intervención de la Administración en el Mercado Cultural: las subastas

Eduardo J. Molina Soto

LDO. EN DERECHO Y GEOGRAFÍA E HISTORIA
DPTO. RÉGIMEN JURICO DEL PATRIMONIO HISTÓRICO
CONSEJERÍA DE CULTURA. JUNTA DE ANDALUCÍA

PALABRAS CLAVE

Administración Cultural. Bienes Culturales. Derecho Patrimonial. Patrimonio Histórico Español. Retracto. Subastas. Tanteo.

RESUMEN

El mercado del Arte atraviesa una etapa de gran efervescencia económica. Las subastas de bienes culturales son un vivo reflejo de esta situación, en las que las cotizaciones alcanzan cifras astronómicas que son noticia en los medios. La Administración no sólo ocupa un lugar en medio de este mercado, sino que el Ordenamiento le otorga la posibilidad de ostentar un papel protagonista mediante la intervención directa en el proceso de puja de las subastas, a través del ejercicio de determinados derechos para adquirir bienes subastados.

ABSTRACT

The market of Art crosses a stage of great economic effervescence. The auctions of cultural goods are an evident reflex of this situation, in that the prices reach astronomic numbers that are a news in the medias. The Administration not only occupies a place in the middle of this market, but Law grants it the possibility of showing a protagonist role by means of the direct intervention in the process of bid of the auctions, by the exercise of certain rights to acquire auctioned goods.

1

INTRODUCCIÓN

El mundo de la Cultura se mueve hoy de distinta forma que en épocas anteriores. La etapa romántica del Arte por el Arte ha dejado paso a la economicista del momento neoliberal que nos ha tocado vivir. Ya no es el carácter estético el que prima en la valoración de una bien cultural, sino que se tienen en cuenta otros factores, entre ellos el de la rentabilidad, al ser este tipo de obras bienes escasos y, por tanto, valiosos dentro del tráfico comercial actual, lo que ha llevado incluso a un aumento del tráfico ilícito de estos bienes¹.

¹ En este sentido resulta interesante el panorama que en nuestro país tienen las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Un resumen de la cuestión nos ofrece Macarrón (1998, pág. 114-6).

Los vaivenes a que nos somete periódicamente el sistema económico capitalista han hecho que muchos inversores busquen en otros campos, distintos a los clásicos, bienes que pueden servir de refugio al dinero y que en momentos determinados ofrezcan una gran rentabilidad. Los metales preciosos ya no tienen el monopolio de esta situación, que antaño disfrutaban. Ahora, siguiendo las modas de la sociedad, se ha implantado la imagen del hombre de negocios sensible y cultivado, que sabe desenvolverse bien tanto en el parqué bursátil, como en una exposición de últimas tendencias artísticas.

Ejemplo de esto han sido las empresas japonesas que, al socaire de una normativa fiscal favorable en su país, se lanzaron hace unas décadas a la adquisición de obras artísticas, en especial pintura, dando un vuelco a lo que había sido hasta entonces el mercado del arte en general, y el de la subastas en particular.

En palabras del profesor Alfaro (Alfaro, 1986, pág. 100):

“las razones que explican su importancia y crecimiento radican en el desarrollo experimentado en los últimos tiempos en el mercado del arte como consecuencia de la extensión entre las clases sociales más elevadas de un interés estético y, sobre todo, económico por la inversión en obras de arte, y en las cuantiosas inversiones en “cultura” de los Estados desarrollados (Kulturstaat); y más específicamente, en las notables ventajas que ofrece la subasta frente a otros tipos de enajenación”.

Precisamente en los últimos años han ido siendo portada de los medios de comunicación las altas cotizaciones alcanzadas por obras de pintores contemporáneos, precios que poco antes ni se podía soñar. Las subastas han pasado de ser un evento minoritario y técnico a un verdadero acontecimiento social ofrecido por los Mass Media, con una alta expectación y repercusión sobre los canales de inversión².

Las obras artísticas toman de esta forma un carácter más mercantilista que las introduce en un medio distinto al de su propia naturaleza, con los peligros de desvirtuación que ello les puede ocasionar. Así en el seno de la Unión Europea se han ido tomando una serie de iniciativas a fin de salvaguardar este tipo de bienes del principio general de libertad de circulación de mercancías, que es uno de los pilares básicos de la construcción europea. Tanto es así que, en palabras de Verdugo (1994, pág. 20):

“en los últimos tiempos, se ha impuesto una tendencia doctrinal que considera, universalmente admitido, que los bienes culturales no son asimilables al resto de mercancías, en cuanto son parte de la identidad cultural de un país, por lo que la libertad de circulación debe tener en esta esfera un límite y debe afrontarse un estatuto específico para los bienes culturales”.

2 En algunos casos, como el célebre del cuadro de Goya La Condesa de Chinchón, el camino para su adquisición ha sido más que azaroso. Vid. Álvarez (2000, pág. 213-9).

Sin embargo, aún estamos lejos de alcanzar un panorama favorable de protección integral de los bienes culturales que, sin hacerles perder el valor que el mercado internacional les concede hoy en día, les evite que sean tratados como una mercancía más, desnaturalizándolos. En esta cuestión, la Administración Cultural tiene un papel mediador de suma importancia que no siempre se tiene en cuenta. Ese papel pasa a ser de protagonista en el caso de las subastas.

2 ENCUADRE LEGAL

La regulación de la actuación de la Administración en las subastas de bienes del patrimonio histórico se incardina en el texto legal vigente dentro del título IV dedicado a la protección de los bienes muebles e inmuebles, sin duda con el espíritu del Legislador de remarcar que uno de los aspectos más importantes dentro de la protección de este tipo de bienes es el de su transmisión a fin de evitar en la medida de lo posible la pérdida para el patrimonio nacional de los mismos.

Con ello se cumpliría con el mandato que la propia ley insinúa en su artículo primero al establecer que:

“son objeto de la presente ley la protección, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio Histórico Español” y que expresamente establece en su artículo segundo, apartado primero *“...son deberes y atribuciones esenciales de la Administración del Estado...garantizar la conservación del Patrimonio Histórico Español, así como promover el enriquecimiento del mismo y fomentar y tutelar el acceso de todos los ciudadanos a los bienes comprendidos en él...la Administración del Estado protegerá dichos bienes frente a la exportación ilícita...”*; y en su apartado tercero al preceptuar *“a la Administración del Estado compete...la recuperación de tales bienes cuando hubiesen sido ilícitamente exportados...”*.

Por su parte, el artículo séptimo establece la obligación para los ayuntamientos de adoptar *“...las medidas oportunas para evitar su deterioro, pérdida o destrucción”*.

Dentro del citado título IV es el artículo 38 el que contiene la regulación expresa que hace la ley respecto de la subasta. En el primer apartado de dicho precepto se establece el deber general de notificar a los organismos -competentes en materia de protección, conservación y promoción del enriquecimiento de estos bienes- la voluntad de enajenar los declarados de interés cultural.

El Reglamento, que desarrolla parcialmente a la Ley, aprobado por Real Decreto 111/1986 de 10 de enero, establece en su artículo 40, apartado primero, que la notificación debe ser hecha al órgano de la Comunidad Autónoma y al Ministerio de Cultura, es decir, que la notificación debe ser doble. Estimo, sin embargo, que se cumple dicha obligación con la notificación a cualquiera de los dos, puesto que ambas son competentes para su ejecución en virtud del artículo 6 de la Ley en relación al apartado f) del artículo 35 y al artículo 85.1 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común³, sin que ello impida que las administraciones citadas se den cuenta mutuamente de las notificaciones recibidas y que puedan afectarles. Álvarez, en su magnífico estudio de la Ley de Patrimonio Histórico Español vigente, (Álvarez, 1989, págs. 306-308) trata esta cuestión, aunque discrepo de la solución final que da de exigir la notificación doble a transmitentes y subastadores, pareciéndome más acertado su argumento en el que basa la solución de una única notificación ya que puede utilizarse igualmente para interpretar el reglamento, que parece en este punto haberse excedido en su puntualización de la Ley.

Esta notificación se concreta en especificar el precio y condiciones en que se proponga realizar la enajenación. Respecto a esta cuestión hay que abrir un comentario, incidiendo en tres aspectos: el primero es la denominación que la ley hace de la transmisión del bien, a la que por dos veces se la califica de enajenación.

Es muy significativa la acotación que el legislador hace del concepto, y lo es porque previamente en diversos artículos a lo largo del texto legal se habla de transmisión, no exclusivamente de enajenación: así dentro del título III sobre bienes muebles el apartado 4º del artículo 26 distingue entre venta o transmisión a terceros; el artículo 28 habla en su apartado 1º de transmisión por título oneroso o gratuito, distinguiéndolo de las cesiones, para luego referirse genéricamente a bienes enajenados o cedidos; en su apartado 2º cita indistintamente enajenación y transmisión.

Para la Real Academia el término enajenar significa en primer lugar “*pasar o transmitir a otro el dominio de una cosa o algún otro derecho sobre ella*” y transmitir “*enajenar, ceder o dejar a otro un derecho u otra cosa*”, lo que es más amplio pues abarca los supuestos de enajenación, cesión (en sus diversas variedades), herencia o donación.

Para Castán Tobeñas (1984, pág. 167) la facultad de enajenar se concreta en que “*...el propietario puede transmitir su derecho a otra persona, a título oneroso o lucrativo, y por actos inter vivos o mortis causa...*”.

Álvarez, al tratar pormenorizadamente el artículo 38 de dicha ley, dedica un apartado a esta cuestión (ob. cit., págs. 285-288) y se decanta por entender estrictamente en estos casos la venta.

A su vez, Alonso Ibáñez (1992, pág. 299, nota 498) al comentar este precepto habla de enajenación como equivalente a transmisión.

3 El apartado f) del artículo 35 dispone que los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen los siguientes derechos: “a no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante”. A su vez el artículo 85.1 establece que “los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados habrán de practicarse en la forma que resulte más cómoda para ellos...”. Atendiendo a la naturaleza del procedimiento y aplicando una interpretación que resulte acorde con el espíritu de la Ley y que sea lo más favorable posible a los interesados, podemos concluir que no se debería considerar incumplida la obligación en el supuesto de notificación única y, a todo lo más, darle el carácter de defecto formal, que puede ser subsanado de oficio por la Administración Pública receptora de la notificación, mediante su remisión a la otra Administración con competencia en esta cuestión.

Por último, Alfaro (ob. cit.) califica siempre la subasta en que se instrumentaliza el negocio jurídico como venta.

A mi juicio, la cuestión tiene relevancia, ya que se plantea una obligación *ex lege* respecto a la capacidad de disponer del titular del bien y cuanto más se acoten los supuestos a los que la ley puede hacer referencia, mayor seguridad jurídica se dará al tráfico de los bienes artísticos en el Mercado. Por ello, comparto la tesis sostenida por Álvarez y los argumentos en los que se fundamenta para ello. Si nos quedamos en el simple análisis formal del texto, la existencia de precio nos lleva inmediatamente a pensar en una transmisión inter vivos de carácter oneroso y en Derecho la figura central en estos casos es la del contrato de compraventa, puesto que la permuta además de ser residual en el tráfico jurídico plantearía una serie de dificultades en la cuestión del precio, que la ley no parece contemplar. El espíritu del Legislador de 1985 fue también el de equiparar enajenación a venta, si tenemos en cuenta los comentarios que se recogieron en las sesiones donde se discutía el proyecto de ley de patrimonio histórico. Por tanto ni la donación, ni los distintos tipos de cesión, ni las herencias son supuestos en los que se dé la obligación legal de notificación.

Sin embargo, el apartado 5º del mismo artículo establece que:

“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”.

De esta manera se ampliaría el campo de los posibles negocios jurídicos afectados, puesto que inscribible no sólo es la compraventa del bien, sino cualquiera que tenga por objeto cesión de derechos reales en el caso del Registro de la Propiedad; y además se extendería a todos aquellos negocios susceptibles de inscripción registral en los Registros Mercantiles (transmisión de acciones, de empresas, etc.)⁴.

En segundo lugar, al hablar de bienes **declarados** de interés cultural, la Ley parece que únicamente quiere hacer objeto de esta obligación a los bienes que hayan pasado por la tramitación completa de un procedimiento para su declaración como de interés cultural, dejando fuera aquellos a los que se les esté tramitando aún dicha declaración y, por tanto, ésta no sea definitiva. Con ello podría entenderse que el texto legal entra en contradicción consigo mismo, pues en su artículo 11, apartado primero establece que *“la incoación de expediente -esto es, del procedimiento- para la declaración de un Bien de Interés Cultural determinará, en relación al bien afectado, la aplicación provisional del mismo régimen de protección previsto para los bienes declarados de interés cultural”*. Con ello, se crea una ficción

4 La Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista establece en su artículo 56, apartado primero, que “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”.

legal por la que se equiparan los bienes aún no declarados, pero en trámite de serlo, a los definitivamente declarados de interés cultural.

En ayuda de la ley, viene el reglamento que la desarrolla parcialmente a establecer que se deben entender también afectados por esta obligación los que tengan incoado expediente para su declaración. Pero además, este artículo del reglamento -artículo 41, apartado primero- va más allá y les añade los bienes incluidos en el Inventario General de Bienes Muebles (la Ley establece respecto de estos últimos la simple obligación de comunicar su existencia antes de su venta en su artículo 26, apartado cuarto, “a los solos efectos de facilitar la elaboración del Inventario General...” añade el reglamento en su artículo 26.1) Esta cuestión, a mi entender, supone una flagrante extralimitación de dicho reglamento, pues no olvidemos que estamos ante una obligación que está condicionando el libre ejercicio del derecho del titular del bien. Sobre esto resulta provechoso ver el comentario que hace Álvarez en su obra citada (1989, págs. 282-4).

Sin embargo la Ley establece dicha obligación en todo caso -es decir, para todo tipo de bienes del Patrimonio Histórico Español- en los supuestos de subastas públicas. Para ello, por bienes del Patrimonio Histórico Español entenderemos los así descritos por la propia ley en su artículo 1, apartado segundo, esto es:

“los inmuebles y objetos de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico...el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas...sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico”.

A su vez, por subastas públicas habrá que entender, no sólo las que lleven a efecto las empresas especializadas a tal fin, sino también las que resulten de actuaciones administrativas y judiciales. En el primer caso, el deber de notificar no recae en el propietario que tiene la voluntad de transmitir el bien, sino en el profesional que se encarga de la gestión de puesta en el Mercado del Arte del bien objeto de subasta. En los otros dos casos, entiendo que la Administración encargada de realizar la gestión, o bien el órgano judicial que ordene la subasta no pueden sustraerse al deber legal de notificar a la Administración Cultural competente dicha circunstancia. En estos casos además sería excesivo hacer recaer tal obligación sobre el titular del bien, del que no se puede presumir que voluntariamente quiera desprenderse del mismo, sino que más bien es obligado a ello en virtud de la ejecución de una resolución administrativa o judicial, como consecuencia de un incumplimiento previo del Ordenamiento Jurídico por su parte.

En tercer lugar, con respecto al precio y las condiciones en que se proponga realizar la enajenación, el legislador está obviamente refiriéndose al precio pactado entre las partes como contraprestación de la enajenación. El precio naturalmente, siguiendo las reglas al efecto que establece nuestro Código Civil vigente, debe ser cierto y expresado en dinero o signo que lo represente (artículo 1455 CC), pero debe-

rá quedar completamente establecido antes del momento de la notificación a la Administración, pues si bien el Código Civil permite que su determinación se haga con referencia a otra cosa o que se deje al arbitrio de persona determinada (artículo 1447 CC), esto no podrá ser posterior al momento de dicha notificación, ya que la misma vincula al transmitente ante la Administración y lo contrario iría en contra del principio de seguridad jurídica, además de provocar los efectos contenidos en el apartado tercero de este artículo 38 de la ley, esto es, la posibilidad de ejercitar el derecho de retracto por parte de la Administración afectada.

De nuevo la especialidad viene marcada en el supuesto de subasta pública, donde, por la propia naturaleza del procedimiento, el precio de salida del bien no es el que vincula al transmitente -pues de ser así, quedaría anulada la finalidad que se busca con aquella-, sino que el precio a tener en cuenta por la Administración es el precio definitivo de remate que haya alcanzado en dicha subasta. Esta puntualización, recogida en la ley por el Legislador de 1985, es así mismo establecida a nivel reglamentario.

Efectivamente, el citado reglamento que desarrolla parcialmente la Ley de Patrimonio Histórico Español, establece en su artículo 41 el precio de remate como el de referencia en las subastas públicas, tanto en su apartado primero como en el segundo, dedicado expresamente a este tipo de procedimientos.

Por lo que hace a las condiciones de la enajenación, estimo que no sólo se han de declarar los distintos pactos a que se haya llegado en la proposición del contrato correspondiente entre transmitente y futuro adquirente, sino además los datos propios de éste último. Para Álvarez (ob. cit., pag. 314) no es absolutamente necesario que exista un comprador que esté de acuerdo con la compra; pero si esto no es necesario ¿sobre qué ejercitamos el derecho de tanteo?.

Obviamente, no estamos ante un supuesto de oferta de venta, donde no existe un posible comprador y es la Administración la destinataria de esa oferta. Si fuera así no sería necesario un derecho de tanteo, porque no existe un compromiso previo que se pone en conocimiento de la Administración por si ésta considera, de acuerdo a sus funciones, el colocarse en posición de preeminencia respecto de la figura del adquirente, sino que es la propia Administración el destinatario último de la decisión del vendedor de desprenderse del bien. Tampoco es una opción de compra, esto es, el derecho preferente de la Administración a ser la primera a la que se le ofrezca el bien a transmitir. Es necesario que exista un negocio jurídico previo aún no perfeccionado. Lo contrario abriría la puerta al abuso por parte de los particulares, puesto que éstos podrían así enajenar un bien para el que no tienen en principio comprador, además de establecer unilateralmente las condiciones y precio del contrato frente a la Administración, con lo que se daría la paradoja de que una facultad de tal calibre no beneficia, sino que perjudica a la propia Administración.

En apoyo de esta tesis de la previa existencia de un negocio jurídico -si bien no perfeccionado- se traen a colación diferentes sentencias sobre asuntos diversos donde el derecho de tanteo juega un papel fundamental: así la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón núm. 416/1999 establece en su

Fundamento Jurídico Primero que “*el tanteo supone un acuerdo de voluntades en potencia...*” para luego dejar sentado que no cabe un mero ofrecimiento de compra como supuesto del ejercicio del derecho de tanteo. Otras sentencias, como la del Tribunal Supremo (Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de noviembre de 1997, o las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava núms. 375/2000 y 402/2000 o de Cantabria núm. 431/1998 entre otras, dejan clara la existencia previa de un negocio jurídico para esta circunstancia. Alonso (ob. cit., pag. 310, nota 520) también estima la existencia de negocio jurídico a raíz de la lectura de este artículo 38 de la Ley de Patrimonio Histórico, a la que entiende “*caracterizada por encontrarse en transitoriedad, en una situación de pendencia en la que no hay plenitud de efectos jurídicos de la enajenación*”.

Esta cuestión está completamente despejada en el caso de las subastas, ya que el propio fin de la misma es la compraventa al mejor precio posible del objeto cultural. Alfaro (ob. cit., pág. 104) la define como *una venta en la que el precio del objeto de la compraventa es determinado por la selección de la oferta más elevada entre las que se realizan sucesivamente en un lugar y tiempo concretos*. Dicho negocio jurídico se basa en el acuerdo de voluntades que se produce en dos momentos diferenciados: uno, en el momento en que el enajenante pone a disposición de los subastadores el objeto cultural con un precio mínimo de venta, y, otro, cuando el adquirente, mediante su oferta última y la intervención del subastador cerrando la subasta, establecen el precio final de la pieza o precio de remate⁵. No hay duda de la existencia del negocio jurídico, sólo los efectos del mismo quedan en suspenso en tanto la Administración ejercita su derecho de tanteo, puesto que la *tradictio* de la cosa se efectuará a aquel que entregue dicho precio establecido. Aquí también se dan especialidades que estudiaremos más adelante.

En las subastas se suele cumplir la obligación de comunicar las condiciones de la enajenación mediante la remisión del Catálogo, confeccionado al efecto, a la Administración competente para efectuar dicho derecho de tanteo⁶. Sólo excepcionalmente aparecen los datos del vendedor, ya que con el sistema de subasta no sólo se pretende obtener el mejor precio por el objeto, sino que muchas veces se busca el anonimato del enajenante⁷.

Si bien esto sería suficiente en caso de estar sólo en supuestos de negocios jurídicos entre particulares, no podemos obviar la existencia de la Administración, que aún actuando como un particular lo hace sirviendo los intereses generales -artículo 103, apartado primero de la Constitución Española- y más concretamente en virtud de la obligación constitucional de garantizar la conservación y promover el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico español -artículo 46. Por ello, la

5 Sobre el momento de perfección del contrato y las distintas opiniones doctrinales, vid. Alfaro, ob. cit., pág. 123-7. Sobre el momento de la transmisión *Ibidem*, pág. 136.

6 El apartado 3º del artículo 57 de la Ley 7/1996 preceptúa que “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”. Entre estos requisitos se encuentra el de comunicar los datos relevantes de la transmisión.

7 En este sentido Alfaro, ob. cit., pág. 114.

Administración estará siempre facultada para exigir del subastador los datos del vendedor. Es más, podrá exigir la exhibición del justo título que comporta que el vendedor es el legítimo propietario de la cosa en proceso de subasta, incluso conociendo la buena práctica de los profesionales en la materia de solicitar en todo caso justificación fehaciente de la condición de propietario del enajenante. La obligación por parte de la Administración Pública de destinar los fondos públicos a un uso adecuado y conforme al Ordenamiento Jurídico subyace aquí.

El último párrafo del mencionado artículo 38.1 de la Ley establece la obligación para los subastadores de que *“deberán notificar igualmente y con suficiente antelación las subastas públicas en que se pretenda enajenar cualquier bien integrante del Patrimonio Histórico Español”*. Ya hemos adelantado que la costumbre establecida es el envío del Catálogo de la Exposición, en el que se deben incluir la fecha, lugar y hora de la subasta, así como los datos de los distintos bienes objeto de aquélla. El Reglamento ha recogido esta costumbre, convirtiéndola en obligación formal al establecer en su artículo 40.2 que:

“los subastadores, con un plazo de antelación no superior a seis semanas ni inferior a cuatro, deberán notificar a los citados organismos las subastas públicas en las que se pretenda enajenar cualquier bien integrante del Patrimonio Histórico español, mediante la remisión de los datos que figurarán en los correspondientes catálogos”.

No obstante, hay que hacer varias observaciones sobre esta cuestión. En primer lugar, la Ley no establecía plazos concretos en los que se tuviera que dar cumplimiento a la obligación legal de notificar la subasta pública, sino que se expresaba de forma imprecisa con un lacónico *“con suficiente antelación”*, algo que dada la relevancia de la obligación legal y de los posibles efectos de su cumplimiento o no, daba lugar a una posible indefensión de las personas sujetas a tal obligación, pues quedaba a juicio de la Administración el interpretar si se había cumplido correctamente el plazo legal, con la consecuencia jurídica que se derivaba de ello. Este problema ya ha quedado solventado por vía reglamentaria, como se ha visto más arriba.

Por otro lado, si el bien figura como declarado de interés cultural o está incluido en el Inventario General de bienes muebles, o tiene incoado procedimiento para ello –para ambos casos, pues aunque el texto sólo hace referencia a expedientes de declaración parece lógico extender el supuesto también al segundo tipo de expediente-, dicho artículo del Reglamento establece en su apartado primero *in fine* que *“se consignará el código de identificación del bien, o, en su caso, el número de anotación preventiva”*⁸. En este caso se puede interpretar que aportando dicho código ya no es necesario definir el bien, pues para la Administración ha quedado perfectamente identificado e individualizado, con independencia de incluir el resto de los datos que hemos señalado como obligatorios.

8 Precisamente esta anotación preventiva se predica de aquellos bienes a los que se les ha incoado procedimiento administrativo de protección, pero aún no han sido declarados o incluidos en el Inventario. Vid. Ley 16/1985, artículo 12, apartado primero.

3

EJERCICIO DEL DERECHO POR LA ADMINISTRACIÓN

El apartado tercero del artículo 38 del texto legal establece que:

“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 periodo no superior a dos ejercicios económicos, salvo acuerdo con el interesado en otra forma de pago”.

Este texto resulta complicado de entender en el supuesto de las subastas, particularmente en lo que concierne al plazo. Por ello, el Reglamento ha venido a clarificar un tanto sus extremos y así el artículo 41 del mismo contiene cuatro apartados, de los que el primero está dedicado a casos generales y el segundo exclusivamente a subastas.

Dice el apartado primero que:

“dentro de los dos meses siguientes a la notificación prevista en el artículo anterior, la Administración del Estado, a través del Ministerio de Cultura, podrá hacer uso del derecho de tanteo para sí, para una entidad benéfica o para cualquier entidad de derecho público, previo informe de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico español, obligándose al pago del precio convenido o, en su caso, el de remate, en un periodo no superior a dos ejercicios económicos, salvo acuerdo con el interesado en otra forma de pago. En el indicado plazo de dos meses se comunicará al vendedor el ejercicio de este derecho”.

A su vez, el apartado segundo establece que:

“en el caso de subastas públicas no será preceptivo el dictamen de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación, y la Administración del Estado podrá ejercer el derecho de tanteo mediante la comparecencia de un representante del Ministerio de Cultura en la subasta, el cual, en el momento en que se determine el precio de remate del bien subastado, manifestará el propósito de hacer uso de tal derecho, quedando en suspenso la adjudicación del bien. En un plazo de siete días hábiles, a partir de la celebración de la subasta, se comunicará al subastador del (sic) ejercicio del derecho de tanteo”.

Pues bien, pasemos a aclarar en qué consiste el procedimiento para ejercitar el derecho de tanteo. En los casos generales, la Administración tiene dos meses desde que se le ha comunicado el propósito de transmitir el bien para ejercitar el derecho y comunicárselo al interesado afectado, plazo que no comenzará a contar, en su caso, hasta que no acabe el plazo de subsanación que la

Administración puede dar, conforme al artículo 71 de la Ley 30/1992 de RJAP y PAC, a los interesados si la notificación presenta deficiencias. Más adelante comentaremos las consecuencias de persistir esas deficiencias.

El apartado primero se refiere a la Administración del Estado, pero el artículo 40, en su apartado tercero establece qué Comunidad Autónoma es la competente según los casos. Sobre el beneficiario de tal ejercicio hay que hacer constar que, según establece el apartado cuarto del artículo 38 de la Ley tienen preferencia los Museos, Archivos o Bibliotecas de titularidad estatal siempre que se adquieran bienes muebles, como es el caso habitual en los supuestos que contemplamos.

La Sentencia del Tribunal Constitucional nº 17/1991 de 31 de enero ha venido a aclarar la cuestión, admitiendo la preferencia del Estado en este último supuesto, pero no así en el resto de situaciones posibles. Por otro lado, por una entidad benéfica debemos entender aquella que el Ordenamiento Jurídico le tenga reconocida tal naturaleza y por entidad de derecho público toda la que se rija preferentemente por normas de carácter jurídico público, incluyendo a las diputaciones provinciales y a los ayuntamientos. Álvarez (ob. cit. pags. 289-292) entra en el estudio de las mismas y a él nuevamente nos remitimos.

Se exige informe previo de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español, dependiente del Ministerio de Cultura, por lo que se entiende que este órgano consultivo actuará en los casos en que sea dicha Administración estatal la que ejercite el retracto. En el caso de las Comunidades Autónomas habrá que estar a lo que establezcan sus propias legislaciones, pero en caso de silencio de las mismas, no podemos aplicar esta disposición, pues resultaría cuanto menos curioso que una administración con competencias propias se tuviera que dirigir a un órgano de otra administración para que le informara sobre si procedía hacer efectivo el derecho de tanteo sobre un determinado bien.

En el caso de subastas, la especialidad estriba en primer término en que no es necesaria la intervención de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación y ello sin duda tiene como causa los plazos perentorios en que nos movemos en estos supuestos. Precisamente el plazo es también objeto de especialidad en las subastas públicas. El apartado segundo de este artículo 41 establece un plazo de siete días, tras la celebración de la subasta para comunicar al subastador el ejercicio del derecho. Entiendo que en este plazo se incluye no sólo la comunicación, sino el ejercicio efectivo del mismo, que tendrá como soporte dicha comunicación. Vemos aquí que el plazo general de dos meses ha quedado reducido a siete días, días que se han de entender en todo caso como hábiles, siguiendo la regla general de plazos dentro de las normas jurídico-públicas.

Pero es más, el Reglamento bendice la práctica habitual de funcionamiento de las subastas públicas –aplicable a todos los tipos posibles, aunque en su redacción se tuviera presente el modelo propio de las casas de subastas-, estableciendo el deber de la Administración de personarse en el lugar donde

se efectúa la puja mediante un representante. Este representante deberá ir acreditado mediante documento expedido al efecto para tal acto, documento que habrá podido ser remitido con anterioridad al subastador para una mejor coordinación, incluyendo los datos de dicha persona. Este documento, por supuesto, no equivale a un compromiso de la Administración de ejercitar derecho de tanteo alguno; es más, dicho representante no sólo puede acudir a ejercitar tal facultad, sino incluso a pujar en las mismas condiciones que el resto de los intervinientes.

En dicho acto pueden estar representadas por distintas personas la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma competente. En este caso, como ya se ha comentado, el Estado sólo ostenta carácter preferente cuando adquiera bienes muebles para un museo, archivo o biblioteca estatales. Entiendo que en el resto de los casos en que se vaya a ejercitar el derecho de tanteo sobre un bien subastado la preferencia la tiene la Comunidad Autónoma competente, en virtud del reparto competencial que nuestra Constitución y los respectivos estatutos de autonomía han dispuesto, como se puede colegir de la antes comentada sentencia del Tribunal Constitucional.

Su actuación también se encuentra regulada en este segundo apartado del artículo 41 del reglamento, ya que necesariamente al determinarse el precio de remate, esto es, en el momento en que la puja ha terminado y, por tanto, el bien ya se ha subastado, el representante de la Administración manifestará el propósito de hacer uso del derecho de tanteo, con lo que la adjudicación del bien queda en suspenso.

Dos cuestiones caben apuntar aquí: una, que la manifestación puede hacerse por cualquier medio del que quede constancia, siendo lo habitual dada la naturaleza de este proceso el que se haga de viva voz, o bien mediante nota al subastador. La segunda cuestión alude al efecto jurídico que tiene dicha manifestación sobre la subasta del bien, pues por este acto la Administración no se coloca aún en el lugar del adquirente que ha ganado la puja, de ahí que sólo resulte la suspensión de la adjudicación, sino que aquella se produce con el ejercicio efectivo del derecho de tanteo mediante la comunicación al subastador⁹.

Esta comunicación se formalizará ordinariamente mediante resolución administrativa motivada conforme a los criterios de la mencionada Ley 30/1992 de RJAP y PAC, donde se incluirán los antecedentes fácticos que han motivado la actuación, la fundamentación jurídica en que esta se basa y la voluntad expresa del órgano administrativo de llevarla a cabo en su parte dispositiva, sin olvidar contener los medios de defensa que contra la misma concede el Ordenamiento Jurídico al administrado afectado. El Reglamento exige aquí que se haga mediante la forma de Orden y que se publique en el Boletín Oficial del Estado, además de su comunicación al interesado. En el caso de ser la Administración competente la de una comunidad autónoma, se entenderá por Boletín el periódico oficial que en ella se utilice.

⁹ La suspensión de la adjudicación evita el efecto que la Ley 7/1996 establece en su artículo 61, apartado primero, ya que, en palabras del propio texto legal, "la adquisición de bienes muebles mediante una venta en pública subasta de acuerdo con lo previsto en la presente Ley determinará su irreivindicabilidad en la forma establecida en el artículo 85 del Código de Comercio".

Esta formalidad debe ser respetada siempre, no sólo para cumplir los preceptos jurídicos que así lo imponen en cualquier actuación de la Administración como tal, sino por estar ante la pérdida para un particular de la posibilidad de adquirir un bien para su patrimonio, lo que debe ser efectuado con las máximas garantías para el mismo. El incumplimiento de estas formalidades por parte de la Administración llevaría a la existencia de causa para atacar dicha actuación, bien, en su caso, en la propia vía administrativa, bien pidiendo el amparo de los tribunales de Justicia competentes.

Hasta aquí la especialidad de este artículo respecto al tratamiento de las subastas de bienes culturales. El resto del proceso es común para todos los casos en que quepa ejercitar el derecho de tanteo.

4

PAGO DEL BIEN

Tanto la Ley de Patrimonio Histórico en su artículo 38, apartado segundo, como el reglamento que la desarrolla establecen que al ejercitar el derecho de tanteo la Administración se obliga al pago del precio convenido del bien o, para caso de subasta, el de remate. Se permite que el precio se haga *“en un periodo no superior a dos ejercicios económicos, salvo acuerdo con el interesado en otra forma de pago”*.

Por ejercicio económico debemos entender el que queda enmarcado por cada nueva ley de presupuestos de la Administración, entre cuyas partidas se deberá incluir el montante que corresponda al pago del precio. Es sintomático de las potestades que despliega aquí la Administración, el que, al contrario de lo que pasaría con un particular, el pago se puede hacer en un plazo amplio y no necesariamente en el momento de ejercitar el derecho. En caso de subasta llega a ser escandaloso, pues realizada la misma el transmitente debe esperar hasta siete días para que la Administración decida ejercitar efectivamente el derecho y a ello sumarle el plazo de los hasta dos ejercicios económicos para el cobro total de precio, lo que lo deja en una situación nada ventajosa, teniendo como posible efecto el que la subasta resulte poco atractiva.

Entiendo que en el momento del ejercicio efectivo del derecho de tanteo, efectuado como se ha expuesto más arriba mediante resolución formal, deberá quedar claramente establecido el medio de pago y sobre todo el plazo exacto para ello, es decir, si se va a pagar en uno o en dos ejercicios económicos y en que porcentaje del total va a ir en cada uno, pues no se puede desprender del tenor literal legal ni reglamentario que en caso de optarse por los dos ejercicios se pague por mitades exactas. En principio queda a criterio de la Administración, salvo acuerdo con el interesado, el decidir en qué porcentaje se sustanciará, normalmente teniendo en cuenta las disponibilidades presupuestarias.

Precisamente, respecto al acuerdo con el transmitente, entiendo que tendrá que tomarse dentro del plazo que la ley otorga a la Administración para el ejercicio efectivo del derecho, pero antes de éste, pues debe quedar reflejado en el texto de dicho acto formal, a fin de dar mayor seguridad jurídica al interesado.

EFFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

El artículo 38, en su apartado tercero, establece que:

“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”.

En los mismos términos se expresa el reglamento en su artículo 42.

El supuesto establecido es el de no haber notificado correctamente, esto es, si después de haberse tenido la posibilidad de subsanar el escrito –como se ha expuesto con anterioridad- se persiste en la incorrección. Sin embargo nada se dice del supuesto en que ni siquiera se haya notificado el propósito de enajenar. Este supuesto en pura lógica jurídica debe quedar incluido en el ámbito de los artículos comentados, por lo que de ocurrir, también estaríamos ante la posibilidad de ejercicio del derecho de retracto. Así lo ven también Álvarez (*ob. cit.*, pág. 320 y ss.) y Barrero (*ob. cit.*, pág. 637).

Punto esencial de este supuesto es el del conocimiento fehaciente. En palabras de Álvarez (*ob. cit.*, pág. 324) *el conocimiento de la venta presupone, no una mera noticia de ella, sino el estar enterado el retrayente de los pactos y condiciones consignados*. Por tanto, no estamos ante el conocimiento que se puede adquirir por una simple razón dada verbalmente, o por una noticia incluida en un periódico. Esto podría llevar a la Administración a investigar para tener datos precisos, pero esto no supondría el inicio del cómputo del plazo para ejercitar el derecho de retracto. Y ello porque se requiere que se haga de manera fehaciente, es decir, que quede constancia inequívoca del hecho ocurrido. Parece ingenuo pensar que el adquirente vaya a notificar la compra efectuada si no lo ha hecho antes el transmitente.

A mi entender la forma apropiada de la notificación sería la escrita y conforme a las reglas establecidas para las comunicaciones de los interesados en el procedimiento administrativo. En cuanto a la persona que notifica la transmisión, de no ser los contrayentes ni una autoridad o funcionario público, obligaría a la Administración –como se ha mencionado antes- a abrir unas diligencias de comprobación a fin de aclarar los hechos comunicados. De todos modos, en el supuesto de estar ante una subasta, la profesionalidad con la que actúan las empresas especializadas, comunicando previamente su realización, dejan las posibilidades de que este caso se produzca limitadas a la mínima expresión.

El plazo para ejercitar el derecho de retracto se eleva a seis meses, lo que constituye una diferencia notable respecto al tanteo. Otra diferencia estriba en alguno de los aspectos formales, pues el artículo 42 *in fine* del Reglamento establece que *“la Orden por la que se acuerde ejercitar el derecho de retracto se notificará al vendedor y al comprador en el plazo que antecede y se publicará, además en el*

*Boletín Oficial del Estado*¹⁰, pues en el supuesto de retracto resulta interesado aun más el comprador que el vendedor, pues aquél pierde la propiedad de la cosa adquirida, mientras que éste siempre obtiene el precio de la transmisión.

6

DISPONIBILIDAD DEL BIEN

Efectuado el ejercicio del derecho de tanteo o, en su caso, de retracto, el vendedor o el comprador pondrán a disposición de la Administración el bien. El artículo 43 del Reglamento dispone que:

“a partir de la publicación de las referidas Órdenes, el bien sobre el que se ha ejercitado el derecho de tanteo o de retracto quedará bajo la custodia del Ministerio de Cultura en el lugar que designe, pudiendo también acordar que quede bajo la custodia de sus propietarios en concepto de depósito con las garantías que al efecto se determine”.

Si el ejercicio lo efectúa otra Administración diferente a la estatal, el órgano bajo el que quedará custodiado el bien será el competente según sus propias normas competenciales.

Por otro lado, se establece la posibilidad de que quede en depósito custodiado por su anterior propietario, que en el caso de subasta debe entenderse la empresa que la lleva a efecto. Por supuesto los gastos derivados de este depósito, de las garantías complementarias que se establezcan y del resto de los gastos derivados¹¹ del ejercicio del derecho deben ser asumidos por la Administración, no debiendo ser más gravoso desde el punto de vista económico para los afectados que en el caso de que el ejercicio no se hubiera llevado a efecto.

10 En el caso de una Comunidad Autónoma, la referencia debe ser la del periódico oficial que se utilice en la misma.

11 Sin embargo la Ley 7/1996 establece en su artículo 57, apartado segundo, que “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”.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1986). "La Subasta de obras de Arte" en *Revista de Derecho Mercantil* (nº 179-180). Madrid. Aguirre, pp. 99-139.
- ALONSO IBÁÑEZ, M. (1992). *El Patrimonio Histórico. Destino Público y Valor Cultural*. Madrid. Civitas.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. (1989). *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español*. Madrid. Civitas.
- (2000). "La Venta de la Condesa de Chinchón", en *Patrimonio Cultural y Derecho*. Núm. 4. Madrid. Boletín Oficial del Estado, pp. 213-19.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C. (1990). *La Ordenación Jurídica del Patrimonio Histórico*. Madrid. Civitas.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1984). *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo II. Vol. I. Madrid. Ed. Reus.
- MACARRÓN PÉREZ, S. (1998). "Comercio ilícito y comercio lícito en la Exportación" en *Protección del Patrimonio Histórico. La Guardia Civil y la Conservación de los Bienes Culturales*. Valladolid. Junta de Castilla y León, pp.105-116.
- VERDUGO SANTOS, J. (1994). "Libre Circulación de los Bienes Culturales en Europa: un debate entre salvaguardia y liberación", en *Boletín Informativo del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico*, Año II, Núm. 6. Sevilla.

DOCUMENTOS

- Código Civil de 24 de julio de 1889. Gaceta núms. 206 a 208 de 25, 26 y 27.07.1889.
- Constitución Española de 27 de diciembre de 1978. BOE núm. 311 de 29.12.1978.
- Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española de la Lengua. Madrid. 21ª Ed. 1992.
- Ley 16/1985 de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español. BOE núm. 155 de 29.06.1985.
- Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. BOE núm. 285 de 27.12.1992.
- Ley 7/1996 de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. BOE núm. 15 de 17.01.1996.
- Real Decreto 111/1986 de 10 de enero por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 16/1985. BOE núm. 24 de 28.01.1986.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 17/1991 de 31 de enero. BOE núm. 48 de 25.02.1991.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de noviembre de 1997 (R. 9499). Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi. 1997.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón núm. 416/1999 (R. AC 1999/7272). Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi. 1999.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava núm. 375/2000 (R. JUR 2001/44611). Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi. 2001.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava núm. 402/2000 (R. JUR 2001/49731). Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi. 2001.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria nº 431/1998 (R. AC 1998/1993). Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi. 2001.

