

## I. COMENTARIOS MONOGRÁFICOS

# EL PLAZO PARA EL PAGO EN EL DERECHO DE TANTEO DE BIENES CULTURALES (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2006)

SEGISMUNDO ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA  
Notario

A) REGULACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA: 1. *Regulación*. 2. *Régimen aplicable en cada caso*.— B) CUESTIONES SOBRE EL CÓMPUTO DEL PLAZO.— C) LA SENTENCIA SOBRE EL CASO DE «LA CONDESA DE CHINCHÓN» DE GOYA. EXAMEN DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y DE LA POSIBLE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN: 1. *Constitucionalidad del privilegio público del aplazamiento de pago*. 2. *La exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración*: 1) Lesión patrimonial. 2) Actuación de Administración pública. 3) Antijuridicidad. 4) Causalidad.

### RESUMEN

La Ley estatal y algunas normas autonómicas sobre Patrimonio Cultural otorgan a la Administración un plazo de dos ejercicios económicos para el pago del precio tras el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto por la Administración. En la sentencia citada se reclamaba el pago de intereses y la actualización del precio por los vendedores, lo cual ha sido rechazado por el Tribunal Supremo. Se critica esta posición por entender que sería más acorde con la Constitución la interpretación contraria, y también se plantea la constitucionalidad de ese privilegio administrativo y la posibilidad de, en cualquier caso, exigir la responsabilidad patrimonial del Estado por la demora en el pago.

*Palabras clave:* patrimonio cultural histórico; tanteo; retracto; responsabilidad patrimonial.

### ABSTRACT

National and regional law regarding spanish cultural heritage grant to the administration a term of two years for the payment of the price after the exercise of preemptive rights in the sale of works of art. In a recent ruling, where the claimants asked for the payment of interest, the Supreme Court rejected this claim arguing that it was a privilege granted by law. This ruling is criticized in this article, for the opposite interpretation would be more respectful with our Constitution. The constitutionality of that administrative privilege is also examined, and also the possibility of claiming the patrimonial responsibility of the public administration for its delay in the payment.

*Key words:* heritage cultural; preemptive rights; patrimonial responsibility.

La legislación del patrimonio histórico ha recogido tradicionalmente los derechos de tanteo y retracto como uno de los medios para su protección y conservación<sup>1</sup>. Se trata de una de las principales limitaciones a la transmisión de bienes culturales<sup>2</sup>, y la cuestión de a qué bienes debía extenderse fue uno de los puntos de mayor discusión parlamentaria en la elaboración de la Ley estatal<sup>3</sup>.

Pero nuestro objeto de estudio es aquí más estrecho. Se trata del estudio del plazo —dos años— que el artículo 38 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (en adelante, LPHE), y algunas Leyes autonómicas otorgan a la Administración para el pago del precio en caso de ejercicio de estos derechos. Ya en la discusión parlamentaria se criticó este plazo tan largo para el pago, y una enmienda del Grupo Popular pretendió sin éxito reducir los plazos. Es una excepción al principio general de que en estos derechos el que lo ejerce se subroga en el lugar del adquirente potencial (tanteo) o efectivo (retracto).

Podría pensarse que es una cuestión menor. Los derechos de adquisición preferente se ejercen muy rara vez, y no es seguro que el Estado agote el plazo que le concede la Ley. Sin embargo, como veremos, hay supuestos que por su cuantía tienen suficiente importancia como para llegar al Tribunal Supremo. Pero el problema no es tanto el perjuicio económico de los escasos supuestos concretos, sino el efecto psicológico que puede tener. En la discusión parlamentaria se defendió que el derecho de retracto debía limitarse a los bienes de muy singular importancia (los declarados Bienes de Interés Cultural), pues los inventariados en muy raros casos tendrían suficiente interés para ser adquiridos por el Estado. Al añadirse a las obligaciones generales<sup>4</sup> la limitación del derecho de adquisición preferente, se desincentiva la inclusión en el inventario. Sobre todo si ese derecho está desnaturalizado, como en ese caso: al vendedor le podría ser indiferente la persona del comprador; pero, evidentemente, tiene una gran importancia el momento del pago.

Veamos la regulación y sus consecuencias.

---

<sup>1</sup> Decreto-Ley de 9 de agosto de 1926, Decreto de 2 de julio de 1930, Ley de 10 de diciembre de 1931, Ley de 13 de mayo de 1933 y, después, en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954.

<sup>2</sup> Ver M. T. CARRANCHO HERRERO (2001), *La circulación de bienes culturales muebles*, Dykinson; J. L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ (1997), «El tanteo y el retracto en la Ley de Patrimonio Histórico Español», *Revista de Derecho Privado*.

<sup>3</sup> Sobre la cuestión, ver J. L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ (1989), *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español*, Civitas, págs. 273 y ss.

<sup>4</sup> Las de permitir la inspección y estudio, y prestarlos para exposiciones, y la obligación de comunicar la transmisión (art. 26.6 LPHE).

## A) REGULACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA

1. *Regulación*

a) Ley estatal. El artículo 38 de la LPHE dice que tendrá que efectuar el pago en un plazo no superior a dos ejercicios económicos. Al no establecerse distinción se aplica igual a las ventas ordinarias que al derecho ejercido en subasta (y así se deduce claramente del artículo 38.2, que habla del pago del «precio convenido o en su caso el de remate»). Es reproducción casi exacta de la anterior regulación de esta cuestión, que se contenía en la Ley de Expropiación Forzosa del año 1954.

b) Leyes autonómicas. Podemos distinguir básicamente tres grupos:

1) Las que recogen una norma idéntica o casi idéntica a la estatal: así, la Ley 1/2001, de Patrimonio Cultural de Asturias (art. 45.2)<sup>5</sup>.

La Ley 12/2002, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León, establece en su artículo 26 la matización de que el pago se hará «en un periodo no superior a dos ejercicios presupuestarios, incluido aquel en que se ejercite el derecho de adquisición preferente», respondiendo así a uno de los problemas que plantea la norma estatal y que veremos más adelante.

2) Una establece claramente el pago en el momento del ejercicio: el artículo 40.2 de la Ley 3/1999, de 10 de marzo, de Aragón dice que el ejercicio del derecho de tanteo supone la obligación de pago «simultáneamente, salvo acuerdo con el interesado en otra forma de pago». Entiendo que el pago ha de hacerse no tanto en el momento de la declaración, sino de la toma de posesión del bien en ejecución del derecho de tanteo.

3) Otras no hacen referencia al plazo de pago: la Ley 12/1998, de Patrimonio Histórico de las Islas Baleares, en su artículo 32; la Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural de Cantabria; la Ley 9/1993, de Patrimonio Cultural Catalán, y la Ley 4/1990, de 11 de abril, de la Comunidad de Murcia; el artículo 25 de la Ley 2/1999, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura; la Ley 14/2005, de 22 de noviembre, de Patrimonio Cultural de Navarra (art. 33).

La nueva Ley de Andalucía no señala plazo, diciendo tan sólo que si se ejerce se deberá abonar el precio. En el mismo sentido, la Ley 4/1999, de 15 marzo, de Patrimonio Histórico de Canarias (art. 50), hace referencia a que al ejercerlo se obliga al pago del precio, y lo mismo en la Ley 8/1995, de Patrimonio Cultural de Galicia; en la Ley 7/2002, de 18 de octubre, de Patrimonio Cultural Histórico y Artístico de La Rioja, y en la Ley 4/1998, de 11 de junio, de Patrimonio Cultural Valenciano (tras su modificación por Ley 5/2007).

<sup>5</sup> Antes de sus reformas, también en las Leyes de Valencia y Andalucía, a las que después nos referimos.

La Ley de Madrid 10/1998, de 9 de julio (art. 20.4), no hace referencia al plazo, pero parece indicar que el abono debe ser inmediato, pues en el caso de las entidades públicas deben acreditar la disponibilidad de crédito presupuestario, y las entidades privadas deben efectuar el depósito previo del precio. Casi idéntica es la norma de la Ley 7/1990, de Patrimonio Cultural del País Vasco (habla de «reserva presupuestaria» y de «garantía del pago» en lugar del depósito).

En la Ley estatal y en la mayoría de las autonómicas se señala la posibilidad de que se pacte un plazo distinto con el vendedor. Esto en realidad es superfluo, pues siempre es posible que las partes establezcan todo tipo de pactos, aunque no lo dijera la Ley.

## 2. Régimen aplicable en cada caso

Como en toda la materia de patrimonio histórico, se plantea el problema de la competencia en la regulación y en el ejercicio de estos derechos. Por ello es conveniente hacer una referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991, de 31 de enero (en adelante, STC 17/1991), que acumuló los recursos de numerosas Comunidades Autónomas contra la LPHE, y los resolvió, declarando la constitucionalidad de la Ley, en una sentencia de las llamadas interpretativas. Es decir, que señaló cuál es la interpretación de la Ley que es constitucional, restringiendo así notablemente la competencia estatal en la práctica.

Por hacer un breve resumen, podemos señalar como doctrina del Tribunal:

— La competencia general sobre patrimonio histórico corresponde a cada Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo asumido en sus Estatutos.

— El Estado tiene competencia exclusiva sobre lo previsto en el artículo 149.1.28, es decir, en la defensa del patrimonio histórico contra la exportación y la expoliación, y respecto de museos, archivos y bibliotecas de titularidad estatal.

— El Estado tiene una competencia concurrente con las Comunidades Autónomas en materia de cultura. Siguiendo la doctrina de la STC 49/1984, señala que la competencia se extiende no sólo a la preservación, sino a lo que precise de tratamientos generales, concretando esta sentencia que se extiende a los principios institucionales que reclaman una regulación unitaria.

Veamos cómo se aplica esto a la cuestión de los derechos de tanteo y retracto de las Administraciones.

— *La competencia sobre la regulación:* Una cuestión preliminar sería determinar si las Comunidades Autónomas están legitimadas para establecer

una regulación del derecho de tanteo. La STC 17/1991 reconoció la competencia del Estado para regular estos derechos. Señala que en este punto, al regular un privilegio público en el régimen general de contratación de estos bienes, se puede acudir a diversos títulos competenciales, citando el 149.1.8 (legislación civil) y el 149.1.18 (Administraciones públicas). Parecería que la competencia exclusiva de su regulación corresponde al Estado, sin perjuicio de su ejercicio, incluso preferente, por la Comunidad Autónoma. Ésta, sin duda, es la intención de la LPHE y su Reglamento, que regulan el ejercicio en su conjunto, previendo las notificaciones no sólo a la Administración estatal, sino también a las autonómicas, y establece, como corresponde de acuerdo con el artículo 149 de la Constitución, una norma de conflicto (art. 40.3). Así lo entendía también, antes de la sentencia, ÁLVAREZ ÁLVAREZ<sup>6</sup>.

Sin embargo, ésta no ha sido la interpretación de las normas autonómicas, que, como se ha visto más arriba, han realizado todas ellas una regulación de estos derechos. Si admitimos esta doble competencia —y creo que no queda más remedio dado que ninguna de estas normas ha sido impugnada por el Estado—, se plantea el problema de cómo coordinar las diversas normas.

— *Normativa aplicable*: La LPHE reconoce el derecho tanto a la Administración del Estado como a las Comunidades Autónomas. La STC 17/1991 resuelve la constitucionalidad del derecho de retracto, pero entendiendo que no hay preferencia del Estado salvo en esos casos expresados, que considera amparados por la competencia exclusiva del 149.1.28 sobre museos de titularidad estatal. Se deduce del conjunto de la sentencia que en los demás casos la competencia es preferente de las Comunidades Autónomas. Esto supone que sobre un mismo bien recaerá un doble derecho de retracto, que con carácter subsidiario puede ejercerse por dos Administraciones que están sujetas a una regulación distinta. Entiendo que no cabe otra solución que aplicar una normativa distinta según cuál sea el organismo que ejerza el derecho. Eso refuerza la importancia del examen de esta cuestión: aunque todas las normativas autonómicas renunciaran a la utilización del plazo estableciendo un derecho de adquisición ordinario, siempre seguiría la amenaza del ejercicio subsidiario por el Estado en los términos del artículo 38.

— *Interpretación de las normas autonómicas que no establecen plazo*: En los casos del primer grupo no cabe duda que el pago se puede realizar en dos ejercicios, con las limitaciones en su caso que veremos después.

En todos los demás casos, en cambio, creo que la Administración deberá realizar el pago de manera simultánea a la adquisición. Primero,

---

<sup>6</sup> J. L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ (1989: 300): «piénsese lo que sería que cada comunidad autónoma fijara unos casos distintos de retracto, o de pagar el precio, o cambiara los plazos. Bastaría para burlar esas legislaciones realizar los actos en otra Comunidad Autónoma».

porque las limitaciones a la propiedad han de ser expresas y reguladas en la ley (art. 33.2 de la Constitución). Y, además, porque el derecho de tanteo y retracto, por su propia naturaleza, implica que el titular del derecho se coloca en la misma posición que el adquirente. Cualquier excepción a esta regla ha de ser expresa. Además, hay que tener en cuenta que en algunas de ellas (en particular la andaluza y la valenciana) se ha realizado la supresión del plazo en la reforma de la Ley, lo cual indudablemente supone una voluntad del legislador de suprimir esta anomalía del derecho de adquisición preferente.

Por tanto, no existirá este plazo salvo en las Leyes que expresamente lo prevén.

#### B) CUESTIONES SOBRE EL CÓMPUTO DEL PLAZO

Se plantean varios problemas:

— *El cómputo del «dies a quo»*: No se establece por la Ley. La web del Ministerio de Cultura dice que será desde la publicación de la Orden por la cual se resuelve el ejercicio del derecho. En realidad, debe ser desde la notificación de la misma al propietario, que para ser válida deberá realizarse dentro de los dos meses siguientes a la notificación. En el caso de la subasta, será desde la notificación de la resolución al subastador, de acuerdo con el artículo 41.2 del Real Decreto 111/1986.

— *Cómputo de esos dos ejercicios*: No parece haber duda que se cuentan desde la fecha del ejercicio del derecho. Algunos entienden que se trata de dos años desde el ejercicio del derecho de retracto. Pero al hablar la Ley de «ejercicios» entiendo que se refiere a los ejercicios económicos de la Administración pública, que, como sabemos, coinciden con el año natural<sup>7</sup>. Entiendo que se debe incluir aquel en que se ejercite el derecho, como expresamente establece la Ley 12/2002, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León, en su artículo 26.2. Por tanto, el plazo de pago dependerá en parte de cuando se ejercite el retracto y, en consecuencia, de cuando se notifique la intención de vender a las Administraciones (interesa hacerlo en el mes de octubre...).

#### C) LA SENTENCIA SOBRE EL CASO DE «LA CONDESA DE CHINCHÓN» DE GOYA. EXAMEN DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y DE LA POSIBLE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Existe una interesante sentencia de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2006 sobre esta cuestión. Se trata nada menos que del ejercicio del derecho de tanteo sobre el cuadro de Goya «La Condesa de

<sup>7</sup> En el mismo sentido, BENÍTEZ DE LUGO.

Chinchón»<sup>8</sup> (en realidad, sobre uno de los retratos de la misma, pues existe otro retrato, de pie en los Uffizi, a mi juicio de inferior calidad). Se comunicó al Estado la intención de venderlo por 4.000 millones de pesetas el 14-12-1999, y el Estado ejerció el derecho de tanteo el 18-1-2000. No parece que se planteara ningún conflicto con la Comunidad de Madrid y, en todo caso, el destino fue, como es sabido, el Museo del Prado, por lo que en su caso la preferencia le hubiera correspondido al Estado. El 17 de febrero de 2000 se entregó el cuadro al Museo del Prado, y el precio se pagó el 30-1-2001 (2.500 millones) y el 11-7-2001 (1.500 millones).

Los propietarios reclamaron la actualización del precio con arreglo al IPC y los intereses legales.

Los interesados argumentan en su recurso ante el Tribunal Supremo:

— Que el privilegio público consiste únicamente en otorgar la titularidad de ese tipo de bienes a la Administración ejerciente, como señala literalmente la STC 17/1991.

— Que el tanteo es un derecho de adquisición preferente, por lo que la adquisición se debe realizar en las mismas condiciones ofrecidas.

— El espíritu y la finalidad de la norma no es perjudicar el derecho económico del transmitente.

— La función social de los bienes del patrimonio histórico no justifica el sacrificio patrimonial que supone cobrar con un año y medio de retraso.

— Supone un enriquecimiento injusto de la Administración frente a los propietarios y es contrario al principio de seguridad jurídica.

Sin embargo, el TS desestima el recurso, confirmando la sentencia basándose:

— En el cumplimiento de la literalidad de la Ley.

— En que existe un privilegio a favor de la Administración, que, además, no es nuevo pues procedía de la Ley de Expropiación Forzosa.

— La adquisición responde a un interés social plenamente justificado, pues se destinó al Museo del Prado.

<sup>8</sup> El retrato de la Condesa de Chinchón es posiblemente uno de los más bellos de Goya. Quizá venga motivado por el conocimiento de la modelo desde que era pequeña, ya que la Condesa —María Teresa de Borbón y Vallábriga— era la hija menor del infante don Luis —hermano de Carlos III—, el primer mecenas de Goya. Éste sentía gran aprecio y cariño por ella, a quien conocía desde pequeña, y que aparece siendo una niña en el cuadro «La familia del Infante don Luis» al lado del propio pintor. La casaron por intereses varios con Godoy, y en el momento de pintarse el cuadro la Condesa tiene 21 años y está embarazada de su primera hija, la infanta Carlota. Está sentada en un sillón de época y lleva una corona de espigas en la cabeza —símbolo de su preñez— y un anillo camafeo en el que se intuye el busto de su marido. Esta digresión es para resaltar que se trata de un caso en que el ejercicio del derecho de tanteo está perfectamente justificado, pues se trata de una obra maestra de uno de los más grandes pintores españoles (y quizá el más influyente en todo el arte moderno y contemporáneo), y a este interés artístico se une un notable interés histórico. Si a esto añadimos que tanto el pintor como la retratada murieron en el exilio, y el mismo año 1828, adquiere casi también un valor literario.

— Finalmente, dice que debían haber solicitado el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad y que si no se hizo fue desde el convencimiento de su falta de fundamento.

No obstante, entiendo que esta conclusión es errónea. Primero, porque lo que debía hacer el TS, que es lo que piden los recurrentes, es hacer una interpretación de la norma conforme a la Constitución, y no remitirles al Tribunal Constitucional. Segundo, porque creo que el derecho del aplazamiento del pago es exorbitante, injustificado y contraproducente.

— Que la misma norma existiera en una Ley de 1954 no es precisamente una prueba de su constitucionalidad.

— Se equivoca al confundir el interés social de la adquisición —que nadie pone en duda— con el interés social de aplazar el pago —que es inexistente—.

— Se equivoca sobre todo al no plantear que la Ley permite una interpretación distinta: que se pueda pagar en dos ejercicios el precio no quiere decir que deba pagarse sólo ese precio. Si ha transcurrido un plazo, lo lógico es que o bien se actualizara con el IPC o, quizá mejor, se pagara el interés legal del dinero de ese periodo.

Volveremos después a los argumentos de política jurídica contrarios a la existencia de este plazo. Pero antes voy a examinar dos aspectos de este privilegio de la Administración pública: primero, el de su constitucionalidad, y segundo, el de la posible responsabilidad patrimonial del Estado en este caso.

### 1. *Constitucionalidad del privilegio público del aplazamiento de pago*

La sentencia parece presuponer la constitucionalidad de la Ley. Pero creo que se puede discutir si esta norma entra en conflicto con el derecho constitucional de la propiedad tal y como está configurado en el artículo 33 de la Constitución.

La famosa sentencia del Tribunal Constitucional 3/1987, relativa a la Ley de reforma agraria andaluza, es la que estableció el contenido mínimo del derecho de propiedad, señalando que la propiedad no se reconoce en la Constitución como un derecho absoluto, sino delimitado por su función social, también reconocida en el propio artículo 33: «la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes y corresponde al legislador su delimitación».

El legislador delimita, por tanto, el derecho de la propiedad, pero está sujeto a determinados límites que también fija la sentencia y que son:

— La reconocibilidad del derecho de propiedad: es decir, que la regulación no suponga una total desvirtuación de este derecho.

— Que la delimitación tenga un fundamento o justificación constitucional. Así, en la sentencia del 87 el fundamento son «las exigencias de la economía general, entre las que hay que incluir las que pueden imponerse en virtud de determinados bienes o principios constitucionalmente protegidos (a alguno de los cuales ya nos hemos referido con anterioridad, arts. 40, 128.1, 130.1)»; y en la sentencia del mismo Tribunal de 17 de marzo de 1994 —relativa al derecho de prórroga forzosa en los arrendamientos urbanos— se encuentra en el derecho a una vivienda del artículo 47, en la protección del domicilio familiar (art. 39) para la vivienda, y para los locales en los artículos 35 y 38, todos de la Constitución.

Esto determina que en cada tipo de propiedad la función social opere de una forma distinta y, por tanto, haya que examinar para cada tipo de bienes qué tipo de intereses protegidos constitucionalmente justifican su limitación.

En el caso de un derecho de adquisición preferente, el límite a la propiedad es justamente la sujeción al derecho de tanteo —y por tanto la no posibilidad de elegir el adquirente— y las obligaciones correspondientes de notificación, obligación de no disponer hasta que transcurra el plazo, etc.

En mi opinión, eso está justificado en el artículo 46 de la Constitución, pues sirve para la conservación y facilitar el acceso a los bienes culturales.

En el caso del cuadro de Goya es particularmente claro este último interés pues, como dice el TS, se exhibe en la primera pinacoteca nacional.

Sin embargo, con lo que no tiene nada que ver la función social de los bienes culturales es con las necesidades financieras del Estado o su organización presupuestaria.

En general, el Estado paga por lo que compra en las condiciones que pacte, sin que pueda imponer por ley una demora.

De la peculiar referencia de la norma a «dos ejercicios económicos», que, como dice la sentencia, procede de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, podemos deducir cuál era su finalidad original. Parece que se trataba de dar tiempo al Estado a incluir en los presupuestos la partida necesaria para realizar ese pago, se supone que entendiéndose que en el caso de adquisiciones importantes no podría realizarlas de modo inmediato. Sin embargo, esto hoy carece de sentido alguno: dados los recursos que maneja actualmente el Estado, y el acceso que tiene al crédito en los mercados financieros en muchas mejores condiciones que los particulares, resulta absurdo que unos particulares, por valioso que sea su cuadro, tengan que financiar al Estado. La interpretación de las normas de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, que también reclaman los recurrentes, debe llevar a una interpretación distinta de la norma.

Además, como señalan los recurrentes, la situación del vendedor en el derecho de retracto hubiera sido menos mala en caso de expropiación.

A esto hay que añadir varias cuestiones prácticas:

— La variabilidad de las condiciones económicas: los interesados tuvieron la suerte, por un lado, de heredar el cuadro y, por otro, de que en el año 2000 la inflación fuera moderada. Teniendo en cuenta el IPC de ese periodo se puede cifrar la pérdida de valor total del bien si hubieran transcurrido dos años en unos 200 millones de pesetas. Si la operación hubiera tenido lugar, por ejemplo, veinte años antes (año 1980) y el Estado hubiera utilizado todo el plazo, la disminución del valor hubiera sido de casi un 30%, es decir, 1.200 millones de pesetas.

— La discrecionalidad de la Administración, que no parece estar vinculada en absoluto por ningún plazo dentro del máximo, por lo que puede optar entre pagar de forma inmediata o esperar dos años.

— La posibilidad de acudir a otras formas de pago para evitar la aplicación de esta norma.

Al examinar el caso, la solución que inmediatamente viene a la mente es: debían haber pactado un precio aplazado a dos años, con inclusión del interés correspondiente. De esta forma, si se ejercita el derecho de retracto deberán hacerlo por el precio completo. Y, por supuesto, si no se hubiera ejercitado, las partes hubieran tenido plena libertad para adelantar el precio, con el descuento financiero que pacten.

Finalmente, señalaba lo contraproducente de este derecho: este privilegio, de contenido puramente económico y sin conexión con la naturaleza de los bienes, implica en realidad una motivación más, y no de las menores, para que los propietarios traten de evitar que se conozcan sus bienes que pertenecen al patrimonio histórico y, por tanto, no inventariar ni vender en pública subasta. Al final, con esta norma se está perjudicando precisamente la protección del patrimonio histórico desincentivando que bienes interesantes o bien se inventarién o salgan a la luz en subastas públicas.

Por tanto, entiendo, por un lado, que es posible hacer una interpretación de la Ley que imponga a la Administración la obligación de pagar el interés legal del dinero. Por otro, que si se sigue la interpretación del Supremo se puede defender la inconstitucionalidad de la norma en cuanto al plazo de pago. Y, finalmente, *de lege ferenda*, que en cualquier caso se defiende mejor el interés protegido sin este extraño privilegio. Así lo han entendido, sin duda, las Comunidades Autónomas que han modificado sus Leyes suprimiendo el plazo.

Pero es que, además, creo que si se sostiene que la interpretación que hace el TS es conforme a la Constitución, los recurrentes podrían reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado, cuestión que paso a examinar.

## 2. *La exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración*

En otra sentencia del TS relativa a una impugnación de la denegación de una autorización a la exportación se indica la posibilidad de reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado<sup>9</sup>. Sin embargo, en este caso, en que es mucho más clara a mi juicio, nada se dice.

La responsabilidad de la Administración por su actuación tiene su amparo constitucional en el artículo 106 de la Constitución, y su reconocimiento, entre otros, en el artículo 139.2 de la LRJAP.

Voy a examinar si se dan los requisitos exigidos en la abundantísima jurisprudencia sobre responsabilidad patrimonial del Estado en este caso<sup>10</sup>.

### 1) *Lesión patrimonial.*

El artículo 139.2 de la LRJAP exige que el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado en una persona o grupo de personas, admitiéndose la compensación de todo tipo de daños (patrimoniales, personales o morales)

Son, por tanto, requisitos:

a) La realidad del daño<sup>11</sup>: Esto implica también que la prueba recaerá sobre el perjudicado (STS de 20-12-1994).

b) Que sea evaluable económicamente: La prueba se extiende no sólo al daño, sino a su importe, para lo que la jurisprudencia ha sido en ocasiones extremadamente exigente<sup>12</sup>.

c) Individualizable en una persona o grupo: El fundamento último de la responsabilidad es el principio de igualdad, por lo que si afecta a todos los administrados no dará lugar a la indemnización.

En nuestro caso, no hay duda de la lesión derivada de la falta de pago cuando se entregó la propiedad del bien. No parece de recibo, sin embargo, acumular, como se hizo en la sentencia, la petición de la actualización del valor del bien con arreglo al IPC y, además, el pago de intereses. Si se considera que el pago se debió haber hecho en el momento de la entrega, se devengarán intereses a partir de ese momento. Si se considera que la transmisión de la

<sup>9</sup> STS 6 de mayo de 2002.

<sup>10</sup> Sigo fundamentalmente en esta materia la obra de Jesús GONZÁLEZ PÉREZ (2004), *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, 3.ª ed., Civitas.

<sup>11</sup> Es decir, que no se puede reclamar por el daño potencial, aunque sí por el daño futuro que, indudablemente, vaya a producirse (STS de 2-1-1990).

<sup>12</sup> Esta prueba en algunas sentencias llega a ser diabólica pues la sentencia de 10-5-1990 señala, citando otras sentencias, que en el caso de paralización de la construcción no para uso propio, sino para su venta, el daño habrá de contemplar la operación en su conjunto pues el aumento de coste puede verse compensado por el mayor precio, de manera que ha de probarse el menor éxito conjunto de la operación.

propiedad no se debe producir hasta el momento del pago, se deberá defender la actualización del precio con el IPC. A mí, particularmente, me parece más lógico lo primero, pero en ningún caso acumular las dos pretensiones.

### 2) *Actuación de Administración pública.*

Lo importante es que el sujeto del acto esté integrado en la organización administrativa, de lo que aquí no cabe duda.

Se establece que, en cuanto a la modalidad de actuación, ninguna se excluye. Puede ser una disposición general, o un acto administrativo, una actuación material o una omisión. Aquí, en realidad, el acto que origina el daño no es la resolución de ejercer el derecho de tanteo, sino el retraso en el pago, o la omisión temporal del pago. En cualquier caso, no cabe duda que existe un acto y que la responsabilidad del mismo deriva exclusivamente de la Administración, pues en ningún caso el vendedor ha puesto objeción al pago.

### 3) *Antijuridicidad.*

Aunque la jurisprudencia ha establecido reiteradamente que la responsabilidad es objetiva y que, por tanto, se ha abandonado el requisito de la culpa, la doctrina y la jurisprudencia siguen exigiendo el de la antijuridicidad del daño.

Es decir, que si existe una norma que obliga a soportar el daño no habrá lugar a la responsabilidad, pues las limitaciones impuestas por una norma deben ser soportadas por la generalidad de aquellos a los que afecte en aras del interés público (sentencia de 27-6-1997). Concluyendo que, por ejemplo, no hay responsabilidad cuando se modifica con carácter general un régimen preexistente<sup>13</sup>.

Pero esta antijuridicidad no implica ni actuación ilícita ni ejercicio anormal de la potestad. Puede ser un acto lícito o ilícito, y la actuación puede ser normal o anormal (SSTS de 28-2-1985, 23-6-1995, 27-6-1997). No se exige que la actuación haya actuado en contra de las normas. Un caso famoso fue el del cierre de la frontera con Gibraltar y los daños causados a los que tenían negocios allí, que dejaron de atender. Una sentencia de 3 de junio de 2003, que recoge la doctrina de otras anteriores, entiende que, aunque el acto fue lícito y en defensa de los intereses nacionales, existe derecho a indemnización<sup>14</sup>. Lo mismo sucedería aquí. Si entendiéramos que la nor-

---

<sup>13</sup> «Lo que distingue el sacrificio... indemnizable de las limitaciones del derecho es el hecho de las últimas se refieren al derecho en abstracto» y el primero «afecta a derechos pertenecientes a determinados individuos». Segismundo ROYO-VILLANOVA (1956), en esta REVISTA, enero-abril, pág. 26.

<sup>14</sup> En realidad, esto no es una novedad derivada de la Constitución, sino que había sido ya defendida por la doctrina administrativista desde hace tiempo. Segismundo ROYO-VILLANOVA (1956), en esta REVISTA, enero-abril, pág. 12.

ma es lícita y constitucional —y que la interpretación del TS fuera correcta—, no es obstáculo para que se pudiera reclamar la responsabilidad de la Administración.

Se ha discutido el porqué de la responsabilidad en el caso de actuación normal. Tradicionalmente se entendía que sólo era posible en el caso de actuación ilícita, aunque se fue abriendo paso la inclusión del funcionamiento normal pero lesivo de intereses particulares<sup>15</sup>. En realidad, se trata del mismo fundamento de la indemnización por expropiación forzosa: una decisión lícita de la Administración, y discrecional, causa un perjuicio a un administrado concreto.

En nuestra Ley y en la doctrina se admite que el funcionamiento puede ser normal y generar una indemnización. Han sido numerosas las críticas a esta teoría, por entender que podía poner en peligro la propia existencia de los servicios públicos<sup>16</sup>.

El fundamento se ha buscado:

— En el enriquecimiento injusto: ROYO-VILLANOVA entendía que esto se producía en los casos de incautación de bienes. Pero entiendo que lo mismo sucede en cuanto a la retención del pago, como sucede en este caso.

— La igualdad ante las cargas públicas o la teoría del sacrificio especial: los perjuicios excepcionales, o las cargas que se imponen de forma desigual, deben dar lugar a una indemnización<sup>17</sup>.

Partiendo de esas teorías, creo que el elemento determinante para distinguir entre limitación de un derecho y lesión del mismo es la existencia de una actuación discrecional no revisable jurisdiccionalmente. La Administración puede imponer sacrificios a los particulares en aras del interés común, pero la justicia impone que si ese sacrificio es especial para un administrado, éste deba ser indemnizado.

El caso que hemos examinado es para mí paradigmático. La actuación del Estado es lícita, pero perjudica económicamente a un administrado concreto. Además, supone un enriquecimiento injusto de la Administración, que, como he señalado antes, en algunos casos puede ser de extraordinaria importancia. Pero si hay algo que choca en este caso y que hace que sea ineludible la responsabilidad y la consiguiente indemnización es la discrecionalidad: el Estado paga en dos pagos y en un año y medio, pero igual podía haber pagado el primer día la totalidad. Como no podemos entender que una norma ampare la arbitrariedad, es ineludible entender que si bien la Ley admite esa flexibilidad en el pago, el que cobra más tarde ha de ser indemnizado.

---

<sup>15</sup> Así, en Segismundo ROYO-VILLANOVA (1933), *La responsabilidad de la Administración Pública*, Tesis Doctoral, citado por GONZÁLEZ PÉREZ; y en Segismundo ROYO-VILLANOVA (1956: 27).

<sup>16</sup> F. PANTALEÓN PANTOJA (1995), *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Civitas, se plantea el problema de la exigencia de responsabilidad objetiva en el caso de actuaciones médicas.

<sup>17</sup> Segismundo ROYO-VILLANOVA (1956: 29).

#### 4) *Causalidad.*

La sentencia de 4 de junio de 1994 señala que el perjuicio tiene que ser consecuencia de la actuación administrativa «en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto», aunque la jurisprudencia posterior admite que sea causa. En realidad, se trata del mismo fundamento de la indemnización por expropiación forzosa: una decisión lícita de la Administración, y discrecional, causa un perjuicio a un administrado concreto mediata, indirecta o concurrentemente (sentencias de 13 de julio de 2003 y 29 de junio de 2002).

La prueba corresponde al perjudicado, es decir, la actuación administrativa, y también que las consecuencias son efecto de aquélla. La jurisprudencia reconoce que se trata de una apreciación jurídica, revisable en casación (sentencia de 21 de febrero de 2003).

Y en cuanto a la intensidad de la prueba, la sentencia de 8 de octubre de 1986 señala que «no se ha de llegar a una prueba concluyente de difícil consecución en la mayoría de los casos, sí ha de precisar, para su apreciación, deducir conforme a las reglas del criterio racional un enlace preciso y directo entre uno y otro».

En este caso sobran las discusiones, pues no hay duda que el perjuicio deriva, exclusiva y directamente, de la falta de pago en el momento del ejercicio del derecho y de la entrega del bien.

En conclusión, se trata, a mi juicio, de un supuesto claro: la Administración realiza una actuación (el pago con aplazamiento) que es totalmente discrecional, de la cual resulta un perjuicio indudable a un administrado concreto, y que es cuantificable (ya se acuda al IPC o al principio general del artículo 1108 del Código Civil, que es la indemnización mediante el pago del interés legal para el retraso de cualquier pago dinerario).

Esto nos lleva de nuevo a consideraciones de política jurídica. Si el privilegio que establece la Ley implica la obligación de indemnizar, la regulación no supone prácticamente ninguna ventaja para la Administración.

Y, sin embargo, implica una incertidumbre para los particulares en cuanto al momento y a la cuantía del pago, que muchos tendrán en cuenta a la hora de vender. Y, sobre todo, será siempre un obstáculo para que se incluyan en el inventario bienes culturales, pues se tratará de evitar que en el momento de la venta pueda retrasarse el pago en casi dos años, incluso aunque se vayan a obtener finalmente los intereses. A eso hay que añadir otro posible inconveniente: como en el caso de subasta se aplica a cualquier bien subastado, la existencia de este derecho exorbitante del Estado puede evitar que las obras de arte de cierta importancia no inventariadas se vendan en subasta.

Al final, un sistema que en teoría favorece al Estado, facilitándole el pago, no hace más que entorpecer la protección del patrimonio histórico: se favorece la ocultación de las transmisiones y de los bienes, y las ventas pri-

vadas frente a las públicas, que permiten un mejor conocimiento del mercado y amplían las posibilidades de ejercer el derecho de tanteo.

Creo que ha llegado el momento de que las normas que aún conservan ese extraño plazo, y muy en particular la Ley estatal, lo supriman. Ganarán los particulares, el mercado del arte, las casas de subastas y, sobre todo, ganará la sociedad, pues se favorecerá el conocimiento de las obras de arte y, a través de éste, su conservación y su acceso por el público.