

LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO EN LA LEY DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL Y EN LA LEY CANARIA*

Estefanía Hernández Torres**
Universidad de La Laguna

RESUMEN

El presente trabajo se centra en el estudio de las limitaciones a la facultad de disponer de los particulares propietarios de bienes integrantes del patrimonio histórico español y canario, configuradas como derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración para proteger y controlar el tráfico jurídico de estos bienes.

PALABRAS CLAVE: Patrimonio Histórico, derechos de tanteo y retracto, limitaciones a la facultad de disponer.

ABSTRACT

«Rights of preemption and first refusal in Spanish and Canarian cultural heritage Law». This work is focused in the study of the limits to the faculty of disposal of those citizens that are owners of goods belonging to the Spanish and Canarian cultural heritage. Those limits have been shaped as rights of preemption and first refusal on the hands of the Public Administration, giving it the chance to protect and control the juridical traffic of these goods.

KEY WORDS: Cultural heritage, rights of preemption and first refusal, limits to the faculty of disposal.

INTRODUCCIÓN

La protección jurídica del patrimonio histórico es una realidad con la que contamos en nuestro ordenamiento jurídico. La propia Constitución Española (en adelante CE), norma suprema, señala que «*los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad*». Además, «*la ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio*» (art. 46 CE).

El mandato constitucional tiene como destinatario, entre otros, a la Administración Pública, que está al servicio de los ciudadanos, actúa conforme al interés



general (art. 103.1 CE) y es elegida como garante para la protección y conservación del patrimonio histórico de nuestro país, frente a los intereses particulares. Por ello, entre otros mecanismos, la ley configura derechos de adquisición preferente a favor de la Administración, como el derecho de tanteo y derecho de retracto, que permiten el cumplimiento del mandato del art. 46 CE por los poderes públicos. De este modo, la Administración Pública goza de facultades para hacerse con la propiedad de bienes del patrimonio histórico español que vayan a ser enajenados o incluso exportados por los particulares que ostentan su dominio¹.

Todo esto, desde luego, afecta al contenido del derecho de propiedad de los particulares, concretamente, a la facultad de disponer de sus bienes, pues tienen el deber de informar a la Administración de cualquier transmisión que pretendan llevar a cabo por si ésta deseara adquirirlos. Esta limitación en el derecho de propiedad de los ciudadanos se justifica con la previsión contenida en el art. 33 CE, que establece que el contenido de la propiedad privada no es absoluto, tal y cómo creían los romanos, sino que éste puede ser delimitado en atención a la función social. Eso sí, siempre de acuerdo con las leyes².

Por todo ello podemos afirmar que la conservación y protección de los bienes integrantes del patrimonio histórico responde a un interés general que la propia Constitución reconoce y que está por encima de los intereses de los particulares³. El obedecer a ese interés general es el motivo por el que nacen los derechos

¹ Trabajo que obtuvo el Premio Jurídico «Francisco Tomás y Valiente», en la categoría de estudiantes de Doctorado, en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, durante el curso académico 2008-2009.

² Área de Derecho Civil de la Universidad de La Laguna.

³ Este tema ha sido estudiado con detalle por la doctrina administrativista, entre otros, ALEGRE ÁVILA, J.M., en *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico. La configuración dogmática de la propiedad histórica en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, tomo II*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1994; ALONSO IBÁÑEZ, M.R., en *El patrimonio histórico. Destino público y valor cultural*, Ed. Civitas, Madrid, 1992; BARRERO RODRÍGUEZ, C., en *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Ed. Civitas, Madrid, 1990.

² El art. 33.2 CE determina que la función social del derecho de propiedad delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. Sobre la configuración constitucional del derecho de propiedad, la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 37/1987, de 26 de marzo (RTC 1987/37), señala que «la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada [...] 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». (Fundamento jurídico segundo.)

³ Ese interés general podría ser, según la doctrina, el acceso a la cultura por parte de todos los ciudadanos. Algunos autores afirman que el elemento vertebrador de la protección constitucional del patrimonio histórico es el valor cultural del mismo, señalándose como manifestación de las diferentes formas de vida de los hombres a lo largo de la historia. Desde esa perspectiva, podría

reales de adquisición preferente (tanteo y retracto) que a continuación vamos a estudiar; derechos que atribuyen una preferencia adquisitiva a la Administración en calidad de representante de todos los ciudadanos.

I. LOS DERECHOS REALES DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

Junto a las categorías tradicionales establecidas por la doctrina civilista que integran los llamados *iura in re aliena*, fundamentalmente derechos reales de goce y de garantía, se ha introducido una nueva, que es la de los derechos reales de adquisición.

La doctrina moderna considera que esta nueva categoría que conforman los derechos reales de adquisición comparte algunas características con los *iura in re aliena* como, por ejemplo, que otorgan a su titular la posibilidad de convertirse en propietario del bien que es objeto de su derecho. La asunción en España de los derechos reales de adquisición se debe a la recepción del Tratado de Derecho Civil de *Enneccrerus*, que enumera como derechos de adquisición las llamadas *pretensiones de transmisión* (tanteo, retracto y opción)⁴.

Estos derechos reales de adquisición son definidos como «derechos reales limitados que facultan al titular para conseguir la transmisión a su favor de la cosa o derecho por quien fuera su dueño, pagando su precio»⁵.

La doctrina ha destacado las características de este tipo de bienes. En este sentido, PÉREZ ÁLVAREZ pone de manifiesto las siguientes⁶:

conectarse la protección del patrimonio histórico con el artículo 44 CE, que proclama el derecho de los ciudadanos a acceder a la cultura, algo que también se establece en la Exposición de Motivos de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. Concretamente, se dispone que: «La Ley no busca sino el acceso a los bienes que constituyen nuestro patrimonio histórico. Todas las medidas de protección y fomento que la Ley establece sólo cobran sentido si, al final, conducen a que un número cada vez mayor de ciudadanos pueda contemplar y disfrutar las obras que son herencia de la capacidad colectiva de un pueblo. Porque en un Estado democrático estos bienes deben estar adecuadamente puestos al servicio de la colectividad en el convencimiento de que con su disfrute se facilita el acceso a la cultura y que ésta, en definitiva, es camino seguro hacia la libertad de los pueblos». Véase GARCÍA GARCÍA, M.J., *La conservación de los inmuebles históricos a través de técnicas urbanísticas y rehabilitadoras*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000, p. 27. También el Tribunal Constitucional, en Sentencia 17/ 1991 de 31 de enero (RTC 1991/17), hace hincapié en el elemento cultural del patrimonio histórico como elemento esencial del mismo. Estos bienes, «por estar dotados de singulares características, resultan portadores de unos valores que les hacen acreedores a especial consideración y protección en cuanto dichos valores (y hasta los mismos bienes) son patrimonio cultural de todos los españoles e incluso de la Comunidad Internacional por constituir una aportación histórica a la cultura universal» (Fundamento jurídico II).

⁴ SANCHO REBULLIDA, F., en *Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales. Volumen II. Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 327.

⁵ SANCHO REBULLIDA, F., en *Elementos...*, *ob. cit.*, p. 329.

⁶ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., en *Curso de Derecho Civil (III). Derechos reales*, DE PABLO CONTRERAS, Pedro (coord.) y otros, Ed. Cóllex, Madrid, 2004, p. 631.



- a) En cuanto pueden ejercitarse frente a cualquiera sin intermediación del dueño o incluso contra su voluntad, se trata de derechos reales.
- b) En cuanto el poder que ostenta el titular del derecho en relación con la cosa sobre la que recae se circunscribe a la facultad de exigir la transmisión a su favor, se trata de derechos reales limitados.
- c) Y en cuanto limitan la facultad de disposición del propietario en favor del titular del tanteo, del retracto y, en su caso, de la opción, se trata de derechos reales limitativos del dominio.

La doctrina mayoritaria ha asumido la existencia de esta categoría, pero algún autor ha cuestionado la naturaleza jurídica de estos derechos reales de adquisición. Así, DÍEZ-PICAZO entiende que no podemos hablar de auténticos derechos reales, puesto que no conceden poder directo e inmediato sobre la cosa. Sin embargo, SANCHO REBULLIDA le contesta afirmando que la intermediación, que es una característica propia de los derechos reales en cuanto es posible actuar su contenido (el ámbito de poder que le confieren) sin necesidad de que intervenga la conducta de otra persona, no consiste tanto en la actuación directa sobre la cosa, como en la actuación sobre ella sin intermediación del propietario. Así, pone como ejemplo los derechos de garantía sin posesión, como la hipoteca, que no confiere (como el usufructo o como la prenda) poder de actuación directa sobre la cosa, sino mediatizada, pero no por el propietario sino por el juez y con respecto a los cuales no se contesta a su naturaleza real⁷. Por todo ello afirma que el tanteo, el retracto y la opción, como derechos de adquisición preferente, pueden estructurarse sobre la posibilidad de ser actuados sin mediación del propietario, sin prestación⁸.

Entiende SANCHO REBULLIDA que son derechos reales, en los que la intermediación consiste en que su ejercicio no precisa la intermediación del propietario, y absolutos, debido a la publicidad que les confiere la Ley⁹ o el Registro. No obstante, a pesar de ello, son derechos limitados, pero también limitativos en cuanto capaces de polarizar en favor de su titular la facultad dispositiva del dueño, y son, además, derechos de tracto único por cuanto su ejercicio (que desemboca en la adquisición del dominio) los agota¹⁰. Hay que decir que los derechos de adquisición preferente pueden responder a una de estas dos subcategorías: el tanteo y el retracto y la opción de compra.

⁷ En cuanto a la consideración de los derechos de garantía como derechos reales, MARTÍNEZ DE AGUIRRE señala que el poder que estos derechos confieren a su titular es distinto, por ejemplo, que el poder que corresponde al titular de un derecho de usufructo (usufructuario), que posee la cosa, la usa y la disfruta, pero que sea distinto no significa que no exista. En *Curso...*, *ob. cit.*, p. 534.

⁸ SANCHO REBULLIDA, F., en *Elementos...*, *ob. cit.*, p. 328.

⁹ Coincide en esta idea RODRÍGUEZ MORATA, F., al señalar que los derechos de adquisición preferente (tanteo y retracto, en particular los legales) son oponibles a terceros porque las facultades de adquisición se derivan directamente de la Ley, en *Derecho de Tanteo y Retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p. 30 y ss.

¹⁰ SANCHO REBULLIDA, F., en *Elementos...*, *ob. cit.*, p. 329.

II. DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO: CONCEPTO

El Código civil no define de manera demasiado exhaustiva los derechos de tanteo y retracto¹¹, por lo que debemos buscar este concepto en la doctrina civilista. BADENES GASSET señala que el derecho de tanteo es «*el derecho de preferencia que una persona tiene para la adquisición de una cosa determinada, en el caso de que el dueño quiera enajenarla, y consiguientemente, la facultad que le asiste para que, en este último caso, se lo manifieste así el propietario, indicándole el precio y condiciones de la enajenación. Se llama tanteo, porque la esencia de este derecho es adquirir por el tanto que ofrezca una tercera persona a la que se le priva de la adquisición*»¹². En el mismo sentido, SANCHO REBULLIDA afirma que el derecho de tanteo nace o puede ejercitarse con ocasión de la enajenación de una cosa, mediante venta u otro negocio traslativo y faculta a su titular para sustituir al adquirente de aquella, pagando su precio¹³. Así, el derecho de tanteo conlleva la atribución a su titular de la facultad de adquirir una cosa pagando el precio por el que, en su caso, va a ser vendida; es decir, pagando el *tanto*, de ahí el nombre, ofrecido por un tercero¹⁴.

En cuanto al derecho de retracto, se trata también de un derecho real de adquisición que permite a su titular «*adquirir la cosa objeto de su derecho del tercero al que hubiera sido transmitida*»¹⁵. BADENES GASSET lo define como un derecho «*que uno tiene para la adquisición de una cosa cuando el dueño la ha enajenado, subrogándose*¹⁶ en el lugar del comprador mediante abono al mismo del precio que entregó y gastos de contrato que se le pudieran ocasionar»¹⁷. Este derecho entra en juego cuando se omite la advertencia o aviso del propósito de enajenar que hubiera dado lugar al derecho de tanteo. No obstante, aunque el derecho de retracto puede ir precedido por un derecho de tanteo, no siempre es así, puesto que, en ocasiones, la Ley puede establecer un derecho de retracto con carácter autónomo y desligado de cualquier tanteo.

¹¹ De hecho, el Código civil define, únicamente, el retracto legal (art. 1521 Cc) y convencional (art. 1507 Cc).

¹² BADENES GASSET, R., en *La preferencia adquisitiva en el derecho español (tanteo, retracto, opción)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1958, p. 7.

¹³ SANCHO REBULLIDA, F., en *Elementos...*, p. 333.

¹⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., en *Curso...*, *ob. cit.*, p. 625.

¹⁵ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., en *Curso...*, *ob. cit.*, p. 626.

¹⁶ El término subrogación empleado para explicar el contenido del derecho de retracto es compartido por ROCA SASTRE, R., en *Derecho Hipotecario*, tomo III, Ed. Bosch, Barcelona, 1979, p. 647 y ss., y SANCHO REBULLIDA, F., en *Elementos...*, *ob. cit.*, p. 333 y ss., señala que el retracto faculta a su titular para subrogarse en la posición del adquirente, pagando el precio que pagó este último. No obstante, RODRÍGUEZ MORATA considera que la palabra subrogación está mal empleada en este caso por la doctrina. Este error, que arranca de POTHIER, debe ser corregido y entenderse por subrogación el derecho a subrogarse «en la compra» y no en la posición del comprador, por lo que RODRÍGUEZ MORATA habla de una subrogación *sui generis*.

¹⁷ BADENES GASSET, R., en *La preferencia...* *ob. cit.*, p. 7.

Algunos autores aseguran que el derecho de tanteo es un derecho que opera con carácter previo a la enajenación de la cosa sobre la que recae. BADENES GASSET afirma que tanto el derecho de tanteo como el de retracto son «derechos de prelación o de preferencia, pero en el tanteo esa preferencia se manifiesta antes de que la enajenación se consume, mientras que en el retracto, tiene lugar una vez consumada»¹⁸.

Cuestión bastante importante y compartida por la doctrina mayoritaria es la de que, en realidad, puede ser que no nos encontremos ante dos derechos diferentes, sino que nos encontremos con un solo derecho que se manifiesta en dos fases diferenciadas. Por ello, ROCA SASTRE propone la unificación de los conceptos de tanteo y retracto en el término *tanteo*, distinguiendo el tanteo preadquisitivo (el conocido tanteo) y tanteo postadquisitivo (retracto), como dos fases o manifestaciones de un mismo derecho de adquisición¹⁹. Este autor señala que «la nomenclatura jurídica en esta materia es bastante deficiente», culpando de ello al Código civil, pero a su vez criticando a la doctrina, la cual considera que ha debido de proporcionar y emplear con insistencia una denominación más apropiada²⁰. Además, pone de manifiesto el error que supone la utilización del término retracto en los derechos de adquisición preferente, puesto que la palabra retracto viene de *retraer*, que significa, según el Diccionario de la Lengua Española, *volver a traer*. Por ello, es impropio calificar de retracto al derecho de tanteo en su segunda fase de actuación, pues el tanteante, incluso en tal fase, no retrae nada, sino que adquiere la cosa *al tanto*, o sea, por el mismo precio que pagó el adquirente tanteado²¹.

Por ello, podemos afirmar que estamos ante un único derecho de adquisición preferente²² que podría desplegarse ante una enajenación que va a tener lugar y, si se cumplen los requisitos establecidos, como son la notificación por parte del propietario de la futura venta, ese derecho podrá ejercitarse con total normalidad (tanteo). Por el contrario, si la notificación o aviso no se da y, como consecuencia del desconocimiento de la operación de enajenación ésta finalmente tiene lugar, el derecho de adquisición preferente se entendería aniquilado por completo si no fuera por la existencia del retracto. Así, el derecho de adquisición preferente continúa vivo y en manos de su titular, que no pudo ejercerlo en su momento por causas

¹⁸ Se manifiesta en igual sentido CARRANCHO HERRERO, que considera que «en el tanteo la preferencia tiene lugar, se manifiesta, antes de que la enajenación se consume —enajenación proyectada—, mientras que en el retracto se desenvuelve frente a una enajenación consumada, realizada». Así, podemos observar claramente que ambos derechos de adquisición preferente operan en momentos distintos.

¹⁹ En este mismo sentido, SANCHO REBULLIDA, F. y LACRUZ BERDEJO, J.L., en *Elementos...*, ob. cit., p. 329; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., en *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, p. 574 y ss.; ALBALADEJO, M., en *Derecho Civil. III. Derecho de bienes*, vol. 2º, Barcelona, 1991, p. 343; RODRÍGUEZ MORATA, F., en *Derecho de tanteo...*, ob. cit., p. 29 y ss.

²⁰ ROCA SASTRE, R., en *Derecho Hipotecario III*, Ed. Bosch, Barcelona, 1968, p. 647.

²¹ ROCA SASTRE, R., en *Derecho...*, ob. cit., p. 647.

²² A pesar de que en el Código civil español se mantenga la dualidad tanteo-retracto, algunos Códigos civiles europeos, como el alemán o el suizo, concentran los efectos de estas dos figuras en una sola institución, *Vorkaufrecht* y *preemptio*, respectivamente.

ajenas a su voluntad (debido al incumplimiento del propietario), pero que, en un momento posterior (retracto), puede ejercitarlo con la misma finalidad que perseguía en un principio (antes de la enajenación) que no es otra que la de adquirir el bien de manera preferente frente a cualquier otro interesado²³.

III. TANTEOS Y RETRACTOS LEGALES Y VOLUNTARIOS

A continuación, vamos a efectuar una distinción de los derechos de tanteo y retracto, atendiendo al modo en que han sido establecidos. Estos derechos pueden generarse a partir de una norma legal que así lo disponga, o bien, de un pacto entre particulares. Por ello, podemos distinguir entre tanteos y retractos *legales* y tanteos y retractos *voluntarios*.

A. TANTEOS Y RETRACTOS LEGALES

Son aquellos derechos de adquisición preferente que se atribuyen a su titular en virtud de la existencia de una norma de rango legal que así lo determina. En la mayor parte de los casos, se parte de una previa situación o relación jurídica, por ejemplo, una situación de copropiedad o un contrato de arrendamiento, y, por razones de interés general, se le concede a un sujeto afectado por dicha relación jurídica la facultad de adquirir la cosa o derecho que puede ser o ha sido objeto de enajenación.

Es conveniente hacer hincapié en que la atribución de derechos reales de adquisición de origen legal se justifica por razones de interés general o público. No obstante, estas razones a las que responden los tanteos y retractos legales dependerán del caso concreto. Así, por ejemplo, la pretensión de poner fin o, al menos, de paliar el desfavor respecto de las situaciones de comunidad justifica el retracto de comuneros, mientras que la necesidad de atajar las situaciones de división excesiva de la propiedad rústica es lo que fundamenta el retracto de colindantes²⁴. Sin em-

²³ La doctrina es prácticamente unánime en este sentido. Véase, entre otros, BADENES GASSET, R., en *La preferencia...* *ob. cit.*, p. 45 y ss. También CARRANCHO HERRERO, M.T., en *La circulación de bienes culturales muebles*, Ed. Dykinson, 2001, Madrid, p. 75, quien expresa la opinión de BADENES y recuerda el criterio contenido en la sentencia de 22 de noviembre de 1901, que explica que la palabra tanteo comprende tanto el tanteo propiamente dicho como el retracto, porque si así no fuera, el fin del tanteo podría fácilmente eludirse por el obligado al aviso y quedaría sin eficacia la preferencia. PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., en *Curso...*, *ob. cit.*, p. 626, añade que «el retracto constituye el cauce para hacer valer frente a terceros un derecho de tanteo que, constituido con carácter real, ha sido soslayado».

²⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., en *Curso...*, *ob. cit.*, p. 633. Para un estudio más completo del retracto de colindantes, véase BELLO JANEIRO, D., *El retracto de comuneros y colindantes del Código civil*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002.



bargo, los derechos de tanteo y retracto han sido considerados como posibles concreciones legales de la función social que, de conformidad con el art. 33 CE, ha de delimitar el contenido del derecho de propiedad²⁵.

La cuestión relativa a la naturaleza jurídica de los derechos de tanteo y retracto de carácter legal es controvertida. Ya se mencionó el carácter real de estos derechos de adquisición preferente, pero resulta conveniente volver sobre este asunto teniendo presente la diferencia entre los de origen legal y los de origen convencional.

En cuanto a los tanteos y retractos legales, se discute si nos encontramos ante auténticos derechos reales o limitaciones legales del dominio²⁶. Para ROCA SASTRE, «*el retracto legal*²⁷ no tiene la naturaleza propia del derecho real, ya que es algo más, o mejor dicho, es algo distinto, pues la Ley al crear los retractos legales se mueve, en principio, por razones de interés general o público, aunque redunde muchas veces en provecho de particulares concretos [...]. El retracto legal, como el tanteo también legal, por su propia esencia o naturaleza carecen de las características de los derechos reales [...]. El retracto (y tanteo) legal, al igual que las servidumbres, prohibiciones de disponer y demás restricciones, limitaciones y condicionamientos de origen ministerio legis [...] actúan a la manera de cargas de Derecho público que escapan a la esfera del Derecho privado»²⁸. Por su parte, LACRUZ BERDEJO señala que la argumentación de ROCA SASTRE «no parece del todo incompatible con el reconocimiento de la naturaleza de derecho real a los tanteos y retractos legales: son limitaciones del dominio, establecidas por el interés general, que confieren a un particular derecho subjetivo recayente sobre la cosa objeto de aquel dominio. Limitación del dominio, e interés general o público no son incompatibles con la concesión legal de un correlativo derecho subjetivo privado, precisamente para el logro del interés general, en cuanto limitativo del dominio»²⁹. Así, respecto al ejemplo de las servidumbres legales, LACRUZ afirma que éstas son consideradas como derechos subjetivos privados de naturaleza real que limitan el dominio en aras de un interés general o público³⁰.

El Código civil regula, dentro del título IV del Libro IV, *Del contrato de compra y venta*, en su capítulo VI, *De la resolución de la venta*, los retractos convencional y legal. El régimen jurídico del retracto legal se encuentra en la sección segunda del capítulo VI, en los artículos 1521 a 1525. En cuanto al derecho de tanteo, el Código hace referencia únicamente a él en varios preceptos pertenecientes al

²⁵ Véase PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., en *Curso...*, ob. cit., p. 633, que recoge lo expuesto por COCA PAYERAS.

²⁶ SANCHO REBULLIDA, F., en *Elementos...*, ob. cit., p. 335.

²⁷ A pesar del rechazo de ROCA SASTRE hacia el término *retracto*, lo utiliza aquí, no sin remarcar su incorrección, para centrarse en el estudio detallado de la «segunda o única fase del tanteo propiamente dicho, por ser la que más interesa aquí en materia de tanteo legal, ya que en su juego propio puede llegar a implicar privación o desplazamiento de propiedad [...]».

²⁸ ROCA SASTRE, R., en *Derecho...*, ob. cit., p. 662.

²⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., en *Elementos...*, ob. cit., p. 335.

³⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., en *Elementos...*, ob. cit., p. 335.

Título VII y referentes al censo enfiteútico, en los arts. 1636 a 1641 y art. 1656 Cc. Por tanto, es el retracto legal el que tiene mayor presencia en el Código³¹.

El art. 1521 Cc dispone que «*el retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago*». El art. 1521 parece emplear la subrogación del retrayente en el lugar del comprador como mecanismo explicativo del funcionamiento del derecho de retracto legal. Para RODRÍGUEZ MORATA, la responsabilidad de esta circunstancia se atribuye a POTHIER, quien utilizaba un concepto atécnico de subrogación, entendido como derecho a subrogarse *en la compra* y no en la posición contractual del comprador. Se trata de una subrogación *sui generis*, que equivaldría a subrogarse en la titularidad de lo comprado, mejor dicho, ostentar un derecho a que le sea transmitido el objeto o derecho a adquirir, lo que en modo alguno puede calificarse técnicamente como subrogación³².

B. TANTEOS Y RETRACTOS VOLUNTARIOS O CONVENCIONALES

Existe la posibilidad de constituir por voluntad de las partes derechos de adquisición preferente con la misma estructura que los previstos en la ley. Así, los tanteos y retractos convencionales cumplen la misma función que los legales; operan como derechos de adquisición preferente en caso de enajenación de su objeto, pero sin depender de una situación previa (propiedad colindante, por ejemplo) o relación (arrendamiento, enfiteusis), sino de su voluntario establecimiento³³. Ya sabemos que el art. 1255 Cc proclama la autonomía de la voluntad del siguiente modo: «*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*». Por ello, y con fundamento en este artículo, se podrán constituir tanteos y retractos de carácter convencional.

Del tanteo convencional nada dice el Código civil, pero sí lo hace con respecto al retracto convencional en los arts. 1507 a 1520. De este modo, en el art. 1507 Cc se establece que «*tendrá lugar el retracto convencional cuando el vendedor se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida, con obligación de cumplir lo expresado en el artículo 1518 y lo demás que se hubiese pactado*».

El resto del articulado mencionado recoge una serie de reglas relativas a plazos, condiciones para ejercer el derecho de retracto e incumplimientos de los que no nos vamos a ocupar aquí. Lo que ahora nos preocupa son los derechos de tanteo y retracto establecidos por la Ley, en realidad por una en concreto: la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

³¹ Podemos encontrar en el Código civil numerosos preceptos relativos a retractos legales. Un ejemplo de ellos son los artículos 1067 Cc (retracto de coherederos), 1522 Cc (de comuneros), 1523 Cc (de colindantes), 1535 y 1536 (de colitigantes).

³² RODRÍGUEZ MORATA, F., en *Derecho de tanteo...*, *ob. cit.*, p. 53 y ss.

³³ LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., en *Elementos...*, *ob. cit.*, p. 343.

IV. LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO EN LA LEY DE PATRIMONIO HISTÓRICO

Los derechos de tanteo y retracto son entendidos como una fórmula que utilizan, cada vez más frecuentemente, las Administraciones públicas con la finalidad de regular el mercado del suelo al intervenir en concurrencia con los particulares. Resulta obvio que estos derechos de tanteo y retracto operan, originariamente, en las relaciones entre privados, de ahí que su estudio se enmarque en la disciplina del Derecho civil, y más concretamente dentro de los derechos reales limitados. Sin embargo, es posible que estos derechos recaigan en mano pública y con ellos se logra la obtención de bienes que se integran en el patrimonio público para ser destinados a las finalidades propias del mismo³⁴.

A. ORIGEN HISTÓRICO

La ley de 7 de julio de 1911 se aprobó con la finalidad de establecer una serie de reglas a las que debían someterse las excavaciones artísticas y científicas y, también, una serie de reglas para la conservación de ruinas y antigüedades. Un año más tarde, en 1912, se aprobó el Reglamento para la aplicación de esta Ley, con fecha de 1 de marzo. Posteriormente, la Ley de 13 de mayo de 1933 y el Reglamento para su desarrollo (aprobado por Decreto de 16 de abril de 1936) aluden al derecho de tanteo, aunque no al de retracto a favor del Estado. Sin embargo, a mediados del siglo XX, ya queda bastante perfilado en la legislación el funcionamiento de los derechos de tanteo y retracto de la mano del Decreto de 27 de enero de 1956, que modifica, a su vez, otro Decreto de 1953³⁵. El artículo 10 de esta norma señala que:

El Estado podrá ejercitar el derecho de tanteo sobre todo objeto de interés artístico o histórico cuya exportación sea solicitada para adquirirlo con destino a los Museos Nacionales.

Cuando el Estado estime que el valor declarado no corresponde al verdadero del objeto, se procederá al justiprecio del mismo por la Comisión de Valorizaciones y Exportaciones. De la tasación establecida por la Comisión, podrá recurrirse, en el plazo de quince días, ante el Ministro de Educación Nacional.

Si el vendedor no se conforma con el justiprecio de la Comisión o el que fije la Orden que resuelva el recurso, quedará sin efecto el tanteo, y también prohibida la exportación del objeto, sin perjuicio del derecho del estado a la expropiación forzosa por causa de interés público, con arreglo a las disposiciones vigentes, y del derecho del vendedor para enajenar el objeto dentro de España.

³⁴ SERRANO ALBERCA, J.M., en *El derecho de propiedad, la expropiación y la valoración del suelo*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 373.

³⁵ Decreto de 12 de junio de 1953.

El Estado podrá igualmente denegar el permiso de exportación sin hacer uso del derecho de tanteo, en cuyo caso quedará igualmente expedito el derecho del vendedor para la enajenación dentro de España.

El derecho de tanteo, de conformidad o en virtud de justiprecio, podrá ser ejercido por el Estado en virtud de notificación a los interesados en el plazo de un mes desde la fecha de la solicitud de la licencia de exportación. El plazo para la formalización de compromiso e incoación del oportuno expediente será de tres meses, sin que el solicitante pueda modificar el precio declarado.

Durante este tiempo el objeto quedará bajo la custodia del Ministerio, en lugar designado por la Comisión, preferentemente de algún Museo del Estado, banco u otro establecimiento público; podrá también confiarse la custodia a sus mismos propietarios o poseedores, si éstos depositan la fianza o caución personal que se determine.

El artículo 11 continúa diciendo que:

El derecho de tanteo podrá también ser ejercido por el Estado, en el mismo plazo de un mes, en toda venta pública, subasta o liquidación de objetos de arte antiguos.

No será aplicable en este caso el derecho de justiprecio salvo el caso de que los adjudicatarios se propongan la exportación de los objetos adquiridos, en cuyo caso se aplicará el artículo décimo.

A la vista de estos preceptos, cabe destacar que la configuración original del derecho de tanteo a favor de la Administración estaba pensada, principalmente, para los casos de exportación de los bienes de relevancia histórico-artística, y siempre que el Estado deseara llevar a cabo la adquisición con la finalidad de incorporarlos a un Museo Nacional. Si el Estado consideraba excesivo el precio de venta por el que el objeto en cuestión se iba a enajenar, podía llevar a cabo una tasación de la mano de la Comisión de Valorizaciones y Exportaciones, que fijaría el precio. No obstante, si el vendedor se negaba a aceptar el precio, el tanteo quedaba sin efecto. El propietario podía rechazar la oferta de venta, pero no podía exportar el bien del territorio nacional. Sin embargo, tenía plena libertad para disponer del bien dentro del país, a no ser que el Estado, por razones de interés general, entendiera que el bien debía ser expropiado. Si finalmente el tanteo prosperaba, la Administración contaba con un plazo de tres meses para formalizar la transmisión. No obstante, el plazo era de un mes si el tanteo se ejercía en una venta pública, subasta o liquidación de objetos de arte antiguo dentro del territorio nacional.

Hay que señalar que en la presente regulación nada se decía acerca del derecho de retracto, pero éste sí figuraba en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, que continúa vigente en la actualidad, disponiéndose que: *«En los casos de expropiación, venta pública, subasta o liquidación de los bienes a que se refiere el presente capítulo, el Estado podrá ejercer, para sí o para otra persona pública, el derecho de tanteo, obligándose al pago del precio en un período no superior a dos ejercicios económicos, salvo que el particular interesado acepte otras formas de pago.»*

2. *Igualmente el Estado podrá ejercer, para sí o para otra persona pública, el derecho de retracto en un plazo de seis meses, a partir de la fecha en que tenga conoci-*



miento fehaciente de la transmisión, en las condiciones de pago señaladas en el párrafo anterior». (art. 81 Ley de Expropiación Forzosa.)

B. DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO EN LA ACTUAL LEGISLACIÓN SOBRE PATRIMONIO HISTÓRICO

En la actualidad, los derechos de tanteo y retracto vienen contemplados en la Ley 16/1985 de 25 de junio de Patrimonio Histórico Español (en adelante LPHE).

El artículo 38 de la LPHE configura un derecho de tanteo sobre los bienes del patrimonio histórico español, pero no sobre todos ellos, sino sobre los bienes que han sido declarados de interés cultural³⁶ y sobre los bienes inventariados³⁷. Por ello, existe la obligación de notificar la intención de enajenar a los Organismos mencionados en el artículo 6³⁸, así como el precio y condiciones de la operación. En el supuesto de subasta pública, los subastadores deberán notificar igualmente y con suficiente antelación cualquier enajenación sobre cualquier bien integrante del Patrimonio Histórico Español³⁹ (art. 38.1 LPHE).

La Administración del Estado⁴⁰ podrá hacer uso del derecho de tanteo en el plazo de dos meses a partir de la notificación, obligándose a pagar el 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. El tanteo podrá ejercitarse para sí, para una entidad benéfica o para cualquier entidad de derecho público (art. 38.2 LPHE).

Por su parte, el artículo 38.3 LPHE se encarga de la regulación del derecho de retracto, disponiendo 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»*.

Lo dispuesto en los apartados anteriores, según reza el 38.4 LPHE, no excluye que los derechos de tanteo y retracto sobre los mismos bienes puedan ser

³⁶ Los bienes declarados de interés cultural, que pueden ser bienes muebles o inmuebles, configuran la categoría de protección más elevada de la LPHE.

³⁷ Son los bienes muebles no declarados de interés cultural, pero de singular relevancia (art. 26.1 LPHE)

³⁸ Sobre la titularidad de los derechos de tanteo y retracto se ha pronunciado la STC 17/1991, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad promovido por algunas Comunidades Autónomas contra determinados artículos de la LPHE, cuestión que será abordada más adelante.

³⁹ Es decir, sobre cualquier inmueble u objeto mueble de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico, o perteneciente al patrimonio documental y bibliográfico, yacimientos y zonas arqueológicas, sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico (art. 1.2 LPHE).

⁴⁰ Esta referencia a la Administración del Estado y las restantes contenidas en el art.38 LPHE deben ser interpretadas conforme a lo dispuesto por la STC 17/1991, de la que nos ocuparemos posteriormente.

ejercidos en idénticos términos por los demás Organismos competentes para la ejecución de esta Ley⁴¹. 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.

Por último, y concluyendo la redacción del art. 38, el número 5 dispone 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»*.

Para una correcta interpretación de este precepto, debemos analizar cada uno de los elementos que lo componen.

B.1. Enajenación

En primer lugar, debemos preguntarnos qué hemos de entender por enajenar. El diccionario de la Real Academia Española define la palabra enajenar como *«pasar o transmitir a alguien el dominio de algo o algún otro derecho sobre ello»*. En términos jurídicos, debemos entender, por tanto, que cuando hablamos de enajenación en el art. 38 de la Ley estamos hablando de un negocio jurídico que tiene como finalidad la transmisión de la propiedad de un sujeto a otro (por ejemplo, una compraventa).

Debemos distinguir aquí dos clases de enajenación: la enajenación privada y la enajenación pública, esto es, la que pretende llevarse a cabo en subasta pública. En el caso de que nos encontremos ante una enajenación privada, sólo existirá derecho de tanteo (y, posteriormente, de retracto) cuando la misma tenga por objeto bienes declarados de interés cultural o bienes incluidos en el Inventario General de Bienes Muebles, tal y como se desprende del primer inciso del art. 38.1 LPHE. Pero si, por el contrario, la transmisión del dominio del bien pretende llevarse a cabo en subasta pública, el tanteo o el retracto podrán ejercitarse con respecto a cualquier bien integrante del patrimonio histórico español, sin necesidad de que haya declaración de interés cultural de por medio o inclusión en el Inventario de Bienes Muebles (aunque, evidentemente, estos últimos también estarán incluidos).

Es necesario poner de relieve una peculiaridad que puede darse con los bienes, muebles o inmuebles, respecto a los que se haya incoado expediente para la declaración de interés cultural. Debemos entender, junto a CARRANCHO HERRERO⁴², que éstos, conforme a lo que dispone el art. 11.1 LPHE⁴³, también se encuentran

⁴¹ Son Organismos competentes para la ejecución de esta Ley los mencionados en el art. 6 LPHE, cuyo estudio se aborda más adelante.

⁴² CARRANCHO HERRERO, M.T., en *La circulación...ob. cit.*, p. 77 y ss.

⁴³ El art. 11.1 de la Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico español establece que *«la incoación de expediente para la declaración de un bien de interés cultural determinará, en relación al bien*



incluidos⁴⁴, puesto que provisionalmente se les aplica el mismo régimen de protección previsto para los bienes que ya han sido declarados de interés cultural. Sin embargo, podría darse el caso con estos bienes de que, una vez ejercitado el derecho de tanteo por la Administración, se resuelva el expediente y no se produzca, finalmente, declaración de interés cultural.

CARRANCHO HERRERO señala que no es admisible que la Administración mantenga el bien en sus manos si éste no fuere declarado BIC⁴⁵ y opta por «una recta aplicación del carácter provisional del contenido del artículo 11.1 de la ley», que implicaría que «el ejercicio del derecho de tanteo y la consiguiente adquisición queden sometidos a la condición suspensiva de que se apruebe el expediente, lo que conllevaría, en el caso de no confirmarse la declaración de interés cultural, a la no perfección del contrato, y a la devolución de la cosa y el precio si se hubieran entregado, al no surgir obligación alguna para las partes por incumplimiento de la condición de la que dependía la eficacia del contrato»⁴⁶.

No obstante, este problema sólo se dará cuando nos encontremos ante una enajenación privada, pues en el caso de que dicha enajenación fuera a tener lugar en subasta pública no tendrá ninguna relevancia la declaración de interés cultural, pues el tanteo operará sobre todos los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español (sean BIC o no).

B.2. El deber formal de notificación

En cuanto a la notificación, conforme a lo expuesto por el art. 40.1 del Real Decreto 111/1986 de 10 de enero (en adelante, RD 111/1986), de desarrollo parcial de la LPHE y con relación a los bienes mencionados en el primer inciso del art. 38.1 de la misma, incluidos los que tengan incoado expediente para su declaración de interés cultural, aquélla deberá señalar el precio y las condiciones en que se proponga realizar la enajenación, consignándose el Código de identificación del bien o, en su caso, el número de anotación preventiva.

Asimismo, en los supuestos de inmuebles situados en Conjuntos Históricos⁴⁷ afectados por expedientes de declaración de interés cultural, la obligación de

afectado, la aplicación provisional del mismo régimen de protección previsto para los declarados de interés cultural».

⁴⁴ Además, los incluye expresamente el art. 40.1 RD 111/1986.

⁴⁵ Abreviatura de Bien de Interés Cultural (BIC).

⁴⁶ CARRANCHO HERRERO, M.T., en *La circulación... ob. cit.*, p. 77 y ss., que recoge la opinión expuesta en tal sentido por ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.L.

⁴⁷ La definición legal de conjunto histórico la encontramos en el art. 15.3 de la LPHE: «Conjunto Histórico es la agrupación de bienes inmuebles que forman una unidad de asentamiento, continua o dispersa, condicionada por una estructura física representativa de la evolución de una comunidad humana por ser testimonio de su cultura o constituir un valor de uso y disfrute para la colectividad. Asimismo, es Conjunto Histórico cualquier núcleo individualizado de inmuebles comprendidos en una

notificar se circunscribe sólo con relación a una serie de bienes. Estos bienes serán aquellos que reúnan las condiciones señaladas en el art. 61.2 del RD 111/1986, es decir, los que contaran con una antigüedad igual o superior a cincuenta años y los que estuvieran incluidos en el catálogo previsto en el artículo 86 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico como objeto de protección integral en los términos previstos en el artículo 21 de la LPHE.

En el caso de que la enajenación tuviera lugar en subasta pública, *«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»* (art. 40.2 RD 111/1986).

B.3. Titularidad de los derechos de tanteo y retracto

La cuestión de la titularidad de los derechos de tanteo y retracto ha sido bastante polémica. El artículo 38.1 LPHE dispone que *«quien tratare 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 [...]»*. Estos organismos son:

- a) los que en cada Comunidad Autónoma tengan a su cargo la protección del patrimonio histórico, y
- b) los de la Administración del Estado, cuando así se indique de modo expreso o resulte necesaria su intervención para la defensa frente a la exportación ilícita y la expoliación de los bienes que integran el patrimonio histórico español. Estos organismos serán también los competentes respecto de los bienes integrantes del patrimonio histórico español adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado o que formen parte del patrimonio nacional.

En el resto del articulado de la LPHE, en concreto en el art. 38.2 y 3, se hace expresa referencia a la titularidad de los derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración del Estado, pero no se excluye de su ejercicio a los *«demás organismos competentes para la ejecución de la ley»*, estableciendo una preferencia en favor

unidad superior de población que reúna esas mismas características y pueda ser claramente delimitado». Para obtener una visión general de los conjuntos históricos, véase la monografía de BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación urbanística de los Conjuntos Históricos*, Ed. Iustel, Madrid, 2006. Para un estudio de las declaraciones de Conjuntos Históricos situados en la Comunidad Autónoma Canaria, véase GONZÁLEZ SANFIEL, A., «Problemas en la planificación de los Conjuntos Históricos (a propósito de su regulación en Canarias)», en *El derecho urbanístico del siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Martín Bassols Coma*, MARTÍN REBOLLO, L. y otros, Ed. Reus-Registradores de España, Madrid, 2009.



de la Administración del Estado únicamente cuando se trate de adquirir bienes muebles para un Museo, Archivo o Biblioteca de titularidad estatal (art. 38.4 LPHE).

A la vista de los últimos apartados citados, podría decirse que únicamente está facultada para actuar estos derechos de adquisición preferente la Administración del Estado. Sin embargo, la Constitución Española atribuye competencias en materia de patrimonio histórico a las Comunidades Autónomas⁴⁸. Como ya se apuntó, la solución de este problema aparente viene de la mano del Tribunal Constitucional en la Sentencia 17/1991 de 31 de enero⁴⁹, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad, promovido por algunas Comunidades Autónomas, contra determinados preceptos de la LPHE.

Las Comunidades Autónomas cuestionaban los derechos de tanteo y retracto que la LPHE establece respecto de los bienes por ella protegidos, afirmando, por un lado, que el Estado era incompetente para regular, con carácter general derechos de adquisición preferente en materia de patrimonio histórico y, por otro, criticando la preferencia que se supone concedida a la Administración del Estado respecto de las Comunidades Autónomas para el ejercicio efectivo de aquéllos.

El Tribunal Constitucional, con respecto al primer problema, declaró que el establecimiento de derechos de adquisición preferente a favor de las Administraciones Públicas no tiene otro alcance que el de otorgar a las mismas la titularidad de esos derechos cuando se trata de la enajenación de bienes integrantes del patrimonio histórico español, y que además el Estado sí resultaría competente para dicho establecimiento en virtud de los arts. 149.1 8º y 18º CE, que afirman la competencia exclusiva del Estado en legislación civil y en las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

No obstante, para dar solución al segundo problema, que es el que nos ocupa ahora, el Tribunal Constitucional es tajante afirmando que no se vulneran en absoluto las competencias que el ordenamiento jurídico español atribuye a las Comunidades Autónomas en materia de patrimonio histórico en general y, en especial, en el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto. Así, dispone el Alto Tribunal que no hay en las normas atacadas *«otra preferencia que la atribuida excepcionalmente al Estado en el párrafo final del apartado 4ª, siempre que se trate de adquirir bienes muebles para un Museo, Archivo o Biblioteca de titularidad estatal, y en ese punto no cabe objeción constitucional a tal prescripción directamente establecida por la Ley en aplicación de la competencia del Estado sobre museos de titularidad estatal (art. 149.1.28 C.E.), evidentemente relacionada con la función de comunicación cultural que cumplan esas Instituciones, y para lo que el Estado tiene además habilitación según el art. 149.2 C.E. En lo demás, los derechos de los apartados 2 y 3 no se establecen sólo ni tampoco preferentemente a favor del Estado, puesto que el apartado 4 prescribe que lo dispuesto en los apartados anteriores no excluye que los derechos de tanteo y retracto*

⁴⁸ Art. 148.1 16ª CE: *«Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: Patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma».*

⁴⁹ (RTC 1991/17).

puedan ser ejercidos en idénticos términos por los demás organismos competentes para la ejecución de esta ley (los de cada Comunidad Autónoma según el art. 6). No cabe deducir del texto legal otra preferencia relativa a favor del Estado que la antes mencionada». (Fundamento jurídico dieciocho.)

Por todo lo expuesto, podemos afirmar que las Comunidades Autónomas sí son competentes para ejercer los derechos de tanteo y retracto previstos en la LPHE y que, únicamente, hay una preferencia puntual a favor de la Administración del Estado en el caso de que los bienes sean adquiridos para un Museo, Archivo o Biblioteca de titularidad estatal; pero eso no implica la contravención de lo dispuesto en la propia Constitución Española, que establece que las Comunidades Autónomas serán competentes en materia de patrimonio histórico⁵⁰.

B.4. *Beneficiarios del ejercicio por parte de la Administración de los derechos de tanteo y retracto*

El artículo 38.2 LPHE establece que «[...] *la Administración del Estado podrá hacer uso del derecho de tanteo para sí, para una entidad benéfica o para cualquier entidad de derecho público* [...]». El término *entidad benéfica* ha sido especialmente criticado por la doctrina, puesto que los autores entienden que se trata de una expresión arcaica y que plantea serios problemas de interpretación⁵¹.

⁵⁰ En cualquier caso, hay que destacar que el Real Decreto 64/1994 de 21 de enero introdujo modificaciones en el RD 111/1986 para adaptarlo al contenido de la STC 17/1991. De este modo, el art. 40.1 del mencionado texto señala que «*quien tratara de enajenar un bien que haya sido declarado de Interés Cultural, o que tenga incoado expediente para su declaración, o esté incluido en el Inventario General, deberá notificarlo al órgano de la Comunidad Autónoma correspondiente encargado de la protección del Patrimonio Histórico Español y al Ministerio de Cultura, declarando el precio y las condiciones en que se proponga realizar la enajenación. En la notificación se consigna el Código de identificación del bien o, en su caso, el número de anotación preventiva*». Asimismo, el número 3 del mismo art. 40 también reconoce la titularidad de estos derechos a la Comunidad Autónoma estableciendo una serie de reglas con respecto a la notificación. Así, dispone que «*la determinación de la Comunidad Autónoma que, a los efectos de este capítulo, ha de ser notificada, se realizará de acuerdo con los siguientes criterios*»:

- a. Cuando se trate de Bienes de Interés Cultural o incluidos en el Inventario General, ser la correspondiente al lugar de ubicación del bien que conste en el Registro General o en el Inventario General a que se refieren los artículos 21 y 24, respectivamente.
- b. En el caso de bienes que tengan incoado expediente para su declaración de Interés Cultural o su inclusión en el Inventario General, ser la que ha incoado dicho expediente.
- c. Respecto a los demás bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español será la de ubicación del bien en el momento en que se efectúe la subasta».

Por último, el art. 40.4 vuelve a reconocer la competencia autonómica cuando reza que «*la Comunidad Autónoma competente podrá ejercer los derechos de tanteo y retracto sobre los bienes referidos en los términos previstos en el artículo 38.4 de la LPHE*».

⁵¹ Tal como afirma CARRANCHO HERRERO, M.T., en *La circulación... ob. cit.*, p. 82 y ss., expresando la opinión en este sentido de ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.L.



En primer lugar, parece que el legislador se refiere, al hablar de entidades benéficas, a entidades de carácter privado. Al menos, así se puede deducir de la contraposición que figura en el art. 38.2 LPHE, al distinguirse entre entidades benéficas y entidades de derecho público. En segundo lugar, y partiendo de esa afirmación, parece que las entidades privadas que tenían carácter benéfico en la época en que se dictó la Ley (año 1985) eran únicamente las fundaciones, siempre y cuando hubieran sido así calificadas conforme a su normativa específica. Sin embargo, tras la Constitución de 1978 se puso de manifiesto la improcedencia de calificar a las fundaciones conforme a sus fines, puesto que la propia Carta Magna hace referencia a fines de interés general, sin otra matización. Por todo ello, la doctrina califica de incorrecto el término *entidades benéficas* utilizado por el legislador en el art. 38.2 LPHE y le anima a sustituirlo por otro que sea similar al que algunas Leyes autonómicas han recogido en su texto⁵² y que se entiende que es el que el legislador estatal quería incorporar a la LPHE, aunque finalmente introdujo otro tremendamente confuso⁵³.

B.5. Plazos para el ejercicio del tanteo y/o retracto

La LPHE señala un plazo para el ejercicio del derecho de tanteo que varía según nos encontremos ante una enajenación privada o una subasta pública.

El tanteo deberá ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a la recepción de la notificación, tal y como disponen el art. 38.2 LPHE y el art. 41.1 del RD 111/1986. En el caso de subasta pública, inicialmente, el plazo es el mismo. Sin embargo, el art. 41.2 del Reglamento dispone 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 ejercicio del derecho de tanteo»*.

Así, podemos afirmar que, en definitiva, el plazo para ejercitar el derecho de tanteo en este caso es de siete días hábiles desde la celebración de la subasta que es, además, cuando la Administración conoce un dato decisivo como es el precio de remate⁵⁴.

⁵² Como por ejemplo los términos *entidades culturales sin ánimo de lucro* en la Ley 7/1990 de 3 de julio de Patrimonio cultural Vasco (art. 25.2) o *entidades privadas sin ánimo de lucro* en la Ley 9/1993 de 30 de septiembre del Patrimonio Cultural Catalán (art. 26.2)

⁵³ Ésta es la opinión de CARRANCHO HERRERO, M.T., en *La circulación...*, *ob. cit.*, p. 82, que manifiesta su conformidad con la tesis de ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.L.

⁵⁴ Así lo entiende CARRANCHO HERRERO, M.T., en *La circulación... ob. cit.*, p. 100 y ss.

Por otra parte, la Ley establece un plazo de seis meses para hacer uso del derecho de retracto a contar desde el momento en que la Administración «*tenga conocimiento fehaciente de la enajenación*» (art. 38.3 LPHE y 42.I RD 111/1986) «*sin que se hubiera cumplido el deber de notificar*».

Resulta conveniente en este punto plantearse cómo se computan estos plazos en la práctica y desde cuándo se entiende que la Administración tiene, por tanto, un conocimiento fehaciente de la enajenación.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto en varias sentencias⁵⁵. Concretamente, en la Sentencia de 16 de julio de 2007 (Sala de lo Contencioso Administrativo) se argumenta que el momento en que se empieza a computar el plazo para el ejercicio del derecho (en este caso, de retracto) es cuando se tiene «*cabal conocimiento de las condiciones de la venta realizada*» (Fundamento jurídico primero). Cabe destacar que, por una parte, el Tribunal establece, que «*en aplicación del principio de publicidad registral, la fecha inicial para el cómputo de los seis meses debería venir establecida por aquella en que la venta accedió al Registro de la Propiedad [...]*» (Fundamento jurídico primero).

Sin embargo, por otra, admite que en los supuestos en los que nace la oportunidad de ejercitar el derecho de retracto, son supuestos en los que «*no parece de recibo exigir a la Administración una diligencia desmedida, de acudir al Registro en busca de datos acerca de una venta silenciada, cuando ni el actor ni sus transmitentes actuaron con la diligencia exigible, ocultando uno y otros la propia venta y sus condiciones (que hubiere hecho posible el ejercicio del oportuno derecho de tanteo) [...]*» (Fundamento jurídico primero).

Por todo ello, entiende la Sala que el momento a tener en cuenta para el cómputo de los plazos será el momento en que se tenga «*conocimiento real y efectivo*», aunque exista inscripción registral y éste tenga lugar posteriormente.

V. EL DERECHO DE TANTEO Y RETRACTO EN LA LEY CANARIA

La Ley 4/1999, de 15 de marzo, de Patrimonio Histórico de Canarias (en adelante LPHC), contempla el derecho de tanteo y de retracto en su art. 50. Este artículo señala que:

1. Quien tratara de enajenar un bien declarado de interés cultural o incluido en el Inventario de Bienes Muebles deberá notificarlo al Cabildo Insular correspondiente, declarando el precio y condiciones de la transmisión, así como la identidad del posible adquirente. Los subastadores deberán notificar, igualmente, con suficiente antelación las subastas públicas en que se pretenda enajenar cualesquiera bienes de estas características.

⁵⁵ Véase STS 479/2007 de 24 de abril (RJ 2007/ 2419) y STS de 16 de julio 2007 (RJ 2007/6790), entre otras.



2. Dentro del mes siguiente a la notificación referida en el apartado anterior, el Cabildo insular podrá hacer uso del derecho de tanteo, obligándose al pago del precio convenido o, en caso de subasta, al de remate.
3. Si el Cabildo Insular decidiera no ejercer el derecho de tanteo a que se refieren los apartados anteriores, deberá notificarlo, dentro del mismo plazo establecido en el apartado 2, al órgano competente de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma, a fin de que esta pueda ejercitarlo subsidiariamente, dentro del plazo de dos meses desde la notificación prevista en el apartado 1 de este artículo».
4. Cuando el propósito de enajenación no se hubiera notificado en el tiempo y forma prescritos o se hubiera producido en condiciones más ventajosas para el adquirente que las notificadas, se podrá ejercer el derecho de retracto, en los mismos términos previstos para el de tanteo, en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha en que se tenga conocimiento fehaciente de la enajenación.
5. Lo que establece este artículo no será aplicable a los inmuebles integrantes de los Conjuntos Históricos que no tengan la condición de bien de interés cultural, ni a los incluidos en los entornos de protección.
6. 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.

En general, la regulación del tanteo y el retracto en la legislación canaria responde a la misma estructura que la regulación estatal, pero es posible apreciar algunas diferencias.

En primer lugar, la titularidad de estos derechos de adquisición preferente corresponde al Cabildo Insular, en lugar de a la Comunidad Autónoma. No obstante, ésta podrá ejercitar estos derechos de manera subsidiaria siempre que el Cabildo decida no hacerlo y así se lo notifique (art. 50.3 LPHC).

En segundo lugar, la norma que regula el contenido de la notificación que los particulares deben dirigir al Cabildo para informar de su propósito de vender (art. 50.1 LPHC) se diferencia de la estatal al señalar que se debe hacer constar en la notificación «*la identidad del posible adquirente*», aspecto que ni se menciona en la LPHE.

Por otra parte, el derecho de tanteo y retracto sólo existe sobre los bienes declarados de interés cultural y los incluidos en el Inventario General de bienes muebles en el caso de enajenación en subasta pública. La LPHE concedía estos derechos de adquisición preferente en el caso de venta pública sobre todos los bienes integrantes del patrimonio histórico español, pero la ley canaria manifiesta una intención diferente al mencionar, en el primer inciso del art. 50.1, los bienes declarados de interés cultural o incluidos en el Inventario de Bienes Muebles, y establecer, en el segundo, que «*los subastadores deberán notificar, igualmente, con suficiente antelación las subastas públicas en que se pretenda enajenar cualesquiera bienes de estas características*».

Otra diferencia la encontramos con respecto al plazo para el ejercicio del derecho de tanteo, que es inferior en la Ley canaria que en la Ley estatal, pues si bien se le concede al Cabildo el plazo de un mes para el ejercicio de su derecho, la LPHE establece dos meses en el art. 38, apartado 2.

Además, el derecho de tanteo y retracto no recae, en la Ley canaria, sobre los Conjuntos Históricos que no hayan sido declarados BIC, ni sobre los inmuebles incluidos en los entornos de protección.

Por último, cabe destacar que debemos hacer extensivo el planteamiento que hicimos con base en la Ley estatal acerca de los derechos de tanteo y retracto sobre los bienes con respecto a los que se haya incoado expediente para la declaración de interés cultural, fundamentando nuestra afirmación en el art. 20.1 LPHC⁵⁶ (de igual contenido que el art. 11.1 LPHE).

VI. CONCLUSIONES

Con base en todo lo expuesto podemos afirmar que la categoría jurídica de los derechos reales de adquisición es, hoy en día, más que asumida por la doctrina mayoritaria, la cual ha ido desarrollando paulatinamente estas figuras jurídicas. No sólo podemos identificar estos derechos en manos de los particulares, sino que también, estos derechos insertados originariamente dentro de los márgenes del Derecho Privado, pueden ser ostentados por las Administraciones Públicas para el logro de sus fines propios. Así, los derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración sobre los bienes del Patrimonio Histórico español se configuran para la protección y conservación de esos bienes, en tanto en cuanto se entiende que la Administración actúa siempre conforme a los intereses generales. Son derechos *en mano pública* de los cuales el ejecutivo se sirve para cumplir con sus funciones propias, encargadas por Ley y, sobre todo, por la Constitución. El concepto de patrimonio histórico que manejamos en la actualidad es tan amplio que corresponde a la Administración velar en general por todos aquellos elementos que lo componen, pero particularmente, y para los de más valor, operan estos derechos de tanteo y retracto, con una especial relevancia en el caso de los bienes inmuebles. Así pues, estos derechos de adquisición preferente suponen una limitación a la libre disposición de los particulares, que puede verse totalmente justificada en el deber de la Administración de proteger el patrimonio histórico español.

⁵⁶ Art. 20.1 LPHC: «La incoación de expediente para la declaración de bien de interés cultural, determinará la aplicación provisional del mismo régimen de protección previsto para los bienes declarados de interés cultural y su entorno, en su caso».

