

doi: 10.17473/LawArt-2022-3-2



3 (2022) 23-69

Maria Encarnación Roca Trías *

**Función social de la propiedad.
El caso de las obras de arte antiguo**

**Applying the Social Function of Property
to Ancient Art Works Ownership**

* Universidad de Barcelona, rocatrias@gmail.com

ABSTRACT. El mercado del arte antiguo está regulado en España por la Ley de Patrimonio Histórico español. Dicha ley establece que la protección de los bienes de interés cultural es consecuencia de su declaración como BIC y ello implica una serie de efectos, entre otros, la prohibición de su exportación para su venta en los mercados internacionales. Esta normativa es una consecuencia del artículo 33 de la Constitución, que establece que la función social de la propiedad privada delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes, artículo que se complementa con el 46, que obliga a los poderes públicos a garantizar la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico de España. Dicha configuración no significa en absoluto que se eliminen facultades del propietario, sino que las facultades de disfrutar y disponer de los bienes deben ser ejercitadas según el concepto que significa la función social que la integra. No cambia el título, sino que solo cambia la forma de ejercer las facultades inherentes al propio título.

ABSTRACT. The ancient art market is regulated in Spain by the Spanish Historical Heritage Law. This law establishes that the protection of goods of cultural interest is a consequence of their declaration as a BIC and this implies a series of consequences, among others, the prohibition of their export for sale in international markets. The rules are a consequence of article 33 of the Constitution, which establishes that the social function of private property will delimit its content, in accordance with the laws, an article that is complemented by article 46, which obliges the public authorities to guarantee the conservation of the historical, cultural, and artistic heritage of Spain. This configuration does not mean at all that the powers of the owner are eliminated, but that these faculties of enjoying and disposing of the goods must be exercised according to the concept that means the social function that integrates it. It does not change the content of property, but only changes the way of exercising the faculties inherent in the ownership itself.

PALABRAS CLAVE / KEYWORDS: Propiedad; Función social; Bienes de especial interés cultural (BIC); Derechos del propietario / Ownership; Ownership's Social Function; Goods of Cultural Interest (BIC); Owner's Rights

Función social de la propiedad. El caso de las obras de arte antiguo

María Encarnación Roca Trías

«La propiedad obliga»
Artículo 14(2), Ley fundamental
de la República federal alemana

SUMARIO: 1. Las razones de una polémica. – 2. La función social de la propiedad privada: a modo de introducción. – 2.1. Marco constitucional general. – 2.2. Función social y propiedad privada en el artículo 33 de la Constitución de 1978. – 2.3. El contenido esencial del derecho de propiedad privada. – 3. La propiedad privada de los bienes muebles de interés artístico. – 3.1. La categoría de los bienes muebles de interés histórico, cultural y artístico. – 3.2. La función social de la propiedad de los bienes declarados bienes de interés cultural. – 3.3. Los bienes de interés cultural como objeto de contrato. – 4. Conclusiones.

Querido C:

He recibido un WhatsApp donde me cuentas tu reciente visita a New York en el que incluyes unas maravillosas fotografías del Museo de los Cloisters. Te sorprende lo que allí se acumula y me preguntas en qué situación se hallaba mi país cuando se compraron todos estos edificios. Lo comparas, muy acertadamente, con el gran castillo de Ciudadano Kane¹ construido con las piedras y esculturas procedentes de otros edificios,

¹ La historia de William Random Hearst, es muy interesante. Fundó un gran imperio periodístico, utilizando la prensa para generar escándalos y manipulaciones mediáticas; fue diputado por el Partido demócrata en el Congreso de los Estados Unidos. Era un comprador compulsivo de obras de arte, con las que construyó un castillo en California, aunque muchas piezas no se llegaron a utilizar y se distribuyeron después de su muerte entre varios museos. Orson Welles lo inmortalizó en su película *Ciudadano Kane*, estrenada en 1941. Pueden consultarse los trabajos de M^a José Martínez Ruiz, especialmente Martínez Ruiz (2012) y (2015).

normalmente europeos, acumuladas en los sótanos de su castillo. Y me preguntas si ahora sería posible tamaña aberración. Dado tu alto nivel cultural vas a permitirme que te explique la actual situación sobre la protección de los bienes culturales en España desde el punto de vista jurídico. Y cuál es el mecanismo para hacer efectiva esta protección. Tú dirás si he contestado tu pregunta.

1. *Las razones de una polémica*

De cuando en cuando aparecen noticias en los medios de comunicación relativas a la subasta, venta, valoración de obras de arte, pintura y bienes muebles antiguos. Uno pensaría que los que pretenden poner a la venta un determinado bien mueble y más concretamente, pintura y aún más concretamente, pintura antigua, quieren obtener el máximo por sus piezas. No voy a tratar aquí las subastas de arte moderno. Los autores vivos son harina de otro costal. Me voy a centrar en el arte antiguo, más complejo, más delicado, más susceptible de falsificaciones, en el que todo el mundo se mueve peor. Su protección está recogida en la Constitución española, cuyo artículo 46 obliga a preservarlos en tanto que forman parte del Patrimonio histórico español. Estos son los bienes que me interesa estudiar en este trabajo.

Uno podría pensar que quien tiene la ‘suerte’ de tener un cuadro atribuido a Velázquez, nada más y nada menos, hace todo lo posible para que los expertos lo certifiquen con toda seguridad como tal. Pues no, de cuando en cuando aparecen noticias de propietarios de cuadros que se atribuyen a un gran maestro antiguo y que, en el caso, es el propietario quien no está interesado en que su ‘cuadro’ sea un Velázquez (Fig. 1). Una persona no familiarizada con este turbio mundo de las subastas de arte se sorprenderá al conocer la noticia ².

² *Pulso para sacar de España un posible ‘velazquez’*, «El País», domingo 8 de mayo de 2022, p. 36.



Fig. 1 – Retrato de un clérigo, atribuido a Velázquez, propiedad particular

La verdad es que no resulta tan sorprendente. En los últimos años se han producido casos tan espectaculares como este. Entre otros, el hipotético Caravaggio que aparece en el catálogo de una casa de subastas de Madrid, de categoría mediana, por el inusitado precio de 1.500€ como precio de salida. Y aunque no se trate de un caso español, el lamentable asunto del *Salvator mundi*, atribuido a Leonardo da Vinci, subastado en 2017, por el que obtuvieron 450,3 millones de US\$ cuando había salido de Nueva Orleans por una cantidad irrisoria y que en la actualidad se encuentra en paradero desconocido (Fig. 2)³.

³ El documental *The lost Leonardo*, dirigido por Andreas Koefoed en 2021, explica la historia oculta detrás de este cuadro que no ha llegado a ser dictaminado como auténtico. Ver González Mozo (2021), pp. 109-110.



Fig. 2 – Salvator Mundi, atribuido a Leonardo da Vinci, propiedad particular

Esta pequeña historia podría alargarse mucho más: hay piezas que han pretendido salir de España a través del contrabando (caso de *Cabeza de mujer joven*) y que ha producido la condena de quien intentó este procedimiento⁴; o piezas robadas o perdidas, desaparecidas desde hace años y que también aparecen en catálogos de casas de subastas, por unos precios irrisorios, pretendiendo engañar a las autoridades encargadas de proteger el patrimonio histórico español.

La protección del patrimonio ha sido una preocupación constante de las autoridades españolas desde que a finales del s. XIX y prácticamente hasta la primera ley de Patrimonio de 1933, los bienes muebles, aunque también los inmuebles, fueran vendidos a extranjeros. El caso de los Cloisters es seguramente el más conocido, pero no el único. Efectivamente, las pinturas murales de las iglesias de Santa María y Sant Climent de Taüll y Sant Joan de Bohí, en el valle de Bohí, Alta Ribagor-

⁴Ver la Sentencia del Tribunal Supremo [STS], Sala 3 756/2021, de 4 de marzo de 2021 sobre el caso del cuadro de Picasso, *Cabeza de mujer*, actualmente en el Museo Nacional de Arte Reina Sofía en Madrid.

za en Cataluña estuvieron a punto de ser trasladadas a los USA y se quedaron en España gracias a la intervención de la Mancomunitat de Cataluña a principios del s. XX (Fig. 3). ¿Para qué seguir?



Fig. 3 – Grupo escultórico de la iglesia de Erill la Vall en la Alta Ribagorça, España. Descubierta en 1907, en la actualidad, en el Museu Nacional d'Art de Catalunya (MNAC)

Este problema no tuvo un tratamiento global hasta la ley de 13 de mayo de 1933 y el decreto de acompañamiento de 16 de abril de 1936, que mantuvieron su vigencia hasta que después de la Constitución de 1978, se promulgó la ley 16/1985, de 25 de junio de Patrimonio Histórico Español, ahora en vigor.

El artículo 45 de la Constitución de 1931 establecía:

Toda la riqueza Artística e histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye tesoro cultural de la Nación y estará bajo la salvaguardia del Estado que podrá prohibir su exportación y enajenación y decretar las expropiaciones legales que estimara oportunas para su defensa. El Estado organizará un registro de la riqueza artística e histórica, asegurará su celosa custodia y atenderá su perfecta conservación.

En consecuencia, en 1933⁵ se promulgó la ley relativa al Patrimonio Artístico Nacional que, como ya he dicho, se mantuvo en vigor hasta 1985, aunque con diversas modificaciones. Como afirma García Fernández, la ley desarrollaba el artículo 45 de la Constitución de 1931, que «a su vez, había reconocido la obligatoriedad jurídica de proteger y enriquecer los bienes culturales», consolidando el estatuto jurídico de dichos bienes al margen de decisiones políticas o gubernamentales⁶. Y como conclusión rápida con respecto a esta ley, acepto las palabras de Nebreda para quien

La Constitución de la Segunda República fue la primera Carta Magna española en incluir un artículo especialmente dedicado al patrimonio, su defensa y conservación por parte del Estado. Podemos entender este reconocimiento como un avance en el cambio de mentalidad que venía gestándose desde finales del siglo XIX, y que enfrentaba a aquellos que consideraban la propiedad privada como un derecho inalienable y a quienes reclamaban una legislación más severa que garantizase la preservación de los bienes culturales para las generaciones futuras⁷.

Este artículo no va a analizar la actual Ley de Patrimonio Histórico Español [LPHE], aunque en algunos puntos habrá que hacer las necesarias referencias. El artículo 46 de la Constitución española [CE] establece que los

poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de Espa-

⁵Nebreda Martín (2018). Se trata de un trabajo muy bien documentado que contiene las disposiciones dirigidas a la protección del patrimonio artístico español, al que me remito. Ver asimismo el excelente trabajo de García Fernández (2008), pp. 335 y ss., que estudia toda la evolución de la ley de 1933 y donde señala que el balance de la actuación de la administración pública en aquel momento, «no solo es positivo, sino impresionante» y ello a pesar de la guerra civil, «que comportó la destrucción de Conjuntos y de Monumentos y la desestructuración de la zona leal al Gobierno legítimo, amén de la forzada evacuación de muchísimos bienes muebles, incluyendo las obras del Museo del Prado» (pp. 412-413).

⁶García Fernández (2008), p. 362.

⁷Nebreda (2018), p. 240.

ña y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio.

Pero este artículo no es el único que conforma la regulación de este tipo de bienes: existe un conjunto constitucional de normas que se refieren directa o indirectamente al patrimonio histórico, cultural y artístico. El primero de este conjunto es el artículo 128, que establece «1. Toda la economía del país en sus distintas formas y sea cual sea su titularidad está subordinada al interés general», a lo que se liga el segundo y quizá más importante en lo que se refiere a lo que quiero estudiar en este trabajo, que es el artículo 33. 1 y 2 CE, que reconoce el «derecho a la propiedad privada y a la herencia», al mismo tiempo que en su párrafo segundo contiene la norma limitativa de este derecho: «la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes». Para acabar con el artículo 38 CE, que reconoce «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado». A mi modo de ver, este es el marco que debe utilizarse para justificar las «limitaciones de uso» que el legislador puede imponer sobre determinados bienes y que le permitirá la aplicación del artículo 1 del Protocolo adicional de 1952 al Convenio europeo de Derechos humanos, de 1950.

La tesis de este trabajo se funda en la interpretación conjunta de estas disposiciones para mantener que la propiedad privada de los bienes muebles que pertenecen al patrimonio histórico-artístico se regula teniendo en cuenta su función social, lo que permite las limitaciones contenidas en la normativa en vigor, y que por ello no significan ni una expropiación ni una violación del derecho a la libertad de empresa.

2. La función social de la propiedad privada: a modo de introducción

En su último libro sobre la igualdad, el economista Piketty dice:

La propiedad es un concepto situado históricamente: depende de la manera como cada sociedad defina las formas de posesión legítimas (tierras, casas, fábricas, máquinas, mares, montañas, monumentos, títulos financie-

ros, conocimientos, esclavos, etc.), así como los procedimientos legales y prácticos que articulan y encuadran las relaciones de propiedad y las relaciones de poder entre los grupos sociales en cuestión⁸.

Con ello viene a decir que no hay un único concepto de propiedad, sino que su configuración, su contenido extenso no es exacto ni inamovible. El concepto de propiedad medieval fue superado por el moderno a partir de la Ilustración, que lo convirtió en derecho subjetivo absoluto, y fue utilizado por los ideólogos de la Revolución francesa y de la teoría del liberalismo político, que fue a su vez superada por el marxismo y modificada mediante la introducción de la función social. Ahora estamos en esta etapa.

Después de reconocer «el derecho a la propiedad privada [...]», el párrafo segundo del artículo 33 CE establece que «la función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes». Existe una doctrina constitucional consolidada sobre la función social de la propiedad, a partir, sobre todo, de la Sentencia del Tribunal Constitucional de España [STC] 37/1987, que se ha venido repitiendo en otras sentencias constitucionales posteriores; ello ha producido una abundante literatura jurídica que entiende que la Constitución de 1978 ha superado aquel el concepto liberal de la propiedad privada que consagraba el artículo 348 del Código civil [CC], para pasar a una concepción social de la misma⁹. Y a eso se refiere la problemática que estoy planteando en este trabajo. Para enmarcar estas argumentaciones debe partirse en primer lugar de las normas reguladoras de la propiedad privada en los textos que contienen los elencos de derechos fundamentales, para aplicarlos a la problemática que planteo aquí.

2.1. *Marco constitucional general*

Para poder comparar estos aspectos del derecho de propiedad, debe resumirse la doctrina constitucional que se ha venido estableciendo acerca del concepto de función social de la propiedad¹⁰. A pesar de que el título

⁸ Piketty (2021), p. 35.

⁹ Leguina (1998), p. 425.

¹⁰ He sostenido una tesis semejante en relación a la función social de la herencia en

preliminar del Código civil incluyó una referencia al ejercicio antisocial del derecho, diciendo que no quedaba amparado por la ley (art. 7.2 CC), la definición del derecho de propiedad en el artículo 348 CC se ha mantenido, a pesar de que sigue dando pie a la interpretación de que en el Código civil sigue definiéndose como un derecho absoluto, bien que, como es evidente, deba interpretarse este artículo de acuerdo con las normas constitucionales¹¹. Pero este no es el objeto de este apartado. Lo que hay que hacer ahora es estudiar el significado de la función social en la regulación del derecho de propiedad en el constitucionalismo moderno.

En este trabajo no voy a dedicar un espacio seguramente poco productivo al examen de las bases constitucionales de la atribución de la función social a la propiedad, aunque creo que sí puede resultar significativo observar cómo este concepto va tomando la forma actual.

Debe empezarse por la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, de 19 de diciembre de 1948, cuyo artículo 17, dividido en dos párrafos, establece: «1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de la propiedad», declaración clara y rotunda, cosa que no ocurre en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo texto inicial, de 1950, no contiene regla alguna relativa a la propiedad, que luego se remedia en el Protocolo adicional, de 9 de marzo de 1952, que establece en el artículo 1

Protección de la propiedad. Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del derecho internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para *la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general*

Roca Trías (2020), pp. 24-37.

¹¹ A diferencia de lo que ha ocurrido en el Código civil de Cataluña que después de definir la propiedad en el artículo 541-1 en función de las facultades que reconoce a los titulares del derecho, añade en el artículo 541-2 que las facultades que otorga el derecho de propiedad se ejercen de acuerdo con su función social, dentro de los límites y con las restricciones que establecen las leyes.

[énfasis añadido] o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas.

La simple lectura de esta disposición demuestra que en Europa se da un paso adelante en la concepción del mismo derecho de propiedad: la privación de la propiedad, es decir, la expropiación, es posible, pero siempre por utilidad pública y en las condiciones establecidas en la ley, lo que viene a coincidir con el artículo 33 CE; pero se añade una causa que no constituye una privación de la propiedad, consistente en la reglamentación del uso de los bienes y, además, los Estados pueden poner en vigor leyes que lo regulen, «de acuerdo con el interés general», de modo que ya no se trata de la privación, sino de la configuración del contenido del derecho de propiedad. Y es lo que debe tenerse en cuenta para lo que luego se va a argumentar en este trabajo.

Pero la evolución no se queda aquí. La *Carta de los Derechos Fundamentales* de la Unión Europea introdujo el artículo 17, que dice:

Derecho a la propiedad. Toda persona tiene derecho a disfrutar de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. *El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general* [énfasis añadido].

Se utiliza aquí el mismo esquema que en el Protocolo adicional al Convenio europeo de Derechos Humanos, de 1952. De donde se deducen algunas reglas importantes: (i) nos enfrentamos a un derecho, la propiedad que tiene como contenido adquirir, usar, disponer de forma exclusiva y colectiva, de bienes; (ii) estos bienes, sin embargo, no pertenecen de forma absoluta a quien es su titular según las reglas para su adquisición; ya la *Carta de Derechos Fundamentales* de la Unión Europea habla de la adquisición legal; (iii) y el derecho como tal va a tener sus límites a nivel constitucional internacional: la expropiación por causa de utilidad pública, y la regulación del uso de los bienes. En este último aspecto, no se elimina

la propiedad, como en la expropiación, sino que, manteniéndose la titularidad del derecho, su ejercicio puede ser limitado por el Estado por razones de interés general¹².

Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos humanos [TEDH] que han interpretado las disposiciones del Protocolo parten del reconocimiento de la existencia de tres normas en el artículo 1 del protocolo adicional. Así ocurre, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos [STEDH] en el asunto *Ruspoli Morenés c. España*, de 28 de junio de 2011, que recogiendo otros precedentes (la STEDH *Sporrong y Lonroth c. Suecia*, de 23 de septiembre de 1982) afirma:

En efecto, el Tribunal recuerda que el artículo 1 del Protocolo nº 1 contiene tres normas distintas: la primera, expresada en la primera frase del primer apartado y que reviste un carácter general, enuncia el principio del respeto de la propiedad; la segunda, que figura en la segunda frase del mismo apartado, se dirige a la privación de la propiedad y la somete a ciertas condiciones; en cuanto a la tercera, consignada en el segundo apartado, reconoce a los Estados el poder, entre otras cosas, de reglamentar el uso de los bienes conforme al interés general. No se trata, por tanto, de reglas desprovistas de relación entre sí. La segunda y la tercera regla tratan casos particulares de afectación del derecho de propiedad; por tanto, deben ser interpretadas a la luz del principio consagrado por la primera (ver, por ejemplo, *Scordino c. Italia* (no 1) [GC], no 36813/97, § 78, CEDH 2006-V, y *Kozacioğlu c. Turquía* [GC], no 2334/03, § 48).

Así, los intérpretes de esta norma consideran que en el artículo 1 del Protocolo se prevén dos posibilidades en relación con la injerencia de los poderes públicos sobre el derecho de propiedad: o se produce la privación de la propiedad, en cuyo caso nos hallamos ante una expropiación, que solo puede tener lugar en determinadas condiciones, o se produce una reglamentación del régimen jurídico de los bienes de acuerdo con el interés general¹³. Al mismo tiempo, se va a reconocer al tribunal nacional un

¹² Como ocurre, por otra parte, en el establecimiento de las reglas urbanísticas para la regulación del espacio físico, o la regulación de las costas y de la zona marítimo-terrestre.

¹³ Guichot Reina/Barnés (1996), p. 126; Barcelona Llop (2015), pp. 164-165.

margen de maniobra importante para juzgar la proporcionalidad entre el principio del interés general en el que se basa la reglamentación del uso y los derechos fundamentales afectados, en este caso, el derecho a la propiedad¹⁴.

Barnés pone de relieve el método de comprobación del cumplimiento de las reglas contenidas en el artículo 1 del Protocolo que realiza el TEDH: primero examina si se ha producido una injerencia en el derecho de propiedad y una vez comprobado este extremo, se va a estudiar si no se ha encontrado otro medio mejor para obtener la finalidad perseguida y si habiendo sido suficiente con la reglamentación del uso, ha tenido lugar en realidad una expropiación. Si es así, al faltar la proporcionalidad requerida, debe considerarse que la afectación a la propiedad es inadmisibles¹⁵. En todo caso, el TEDH tiene una línea de interpretación del artículo 1 del Protocolo adicional basada en las siguientes reglas, entre otras: (i) si no se produce una privación del contenido de la propiedad, nos hallamos ante una delimitación del uso, (ii) que debe tener base legal y estar basada en el interés general y (iii) la protección del patrimonio histórico en estas condiciones justifica las injerencias que se produzcan¹⁶. Sin hablar directamente de la función social, el Tribunal Europeo está definiéndola.

Creo importante señalar que las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos justifican la injerencia cuando se trata de bienes de interés artístico, arqueológico, cultural, etc. Así ocurre en la STEDH *Beyeler c. Italia* (25/01/2000), donde se afirma que una medida que afecta al derecho al respeto de los bienes debe perseguir un fin de utilidad pública, aunque la primera norma del precepto no diga nada sobre el particular, y que el control público del mercado de las obras de arte constituye un fin legítimo en el contexto de la protección del patrimonio cultural y artístico de un país, gozando al respecto las autoridades nacionales de un

¹⁴ Guichot Reina/Barnés (1996), p. 128.

¹⁵ Guichot Reina/Barnés (1996), p. 128.

¹⁶ Barcelona Llop (2015), p. 151.

cierto margen de discrecionalidad para evaluar lo que constituye el interés general de la comunidad¹⁷.

El significado de la propiedad como derecho absoluto originario, reconocido después con el prototipo de derecho subjetivo, tiene su máximo reflejo en la identificación entre libertad y propiedad¹⁸. De este modo, el elemento esencial del derecho de propiedad es la disposición de los bienes sobre los que recae¹⁹. Si examinamos los textos constitucionales, la propiedad sufre la misma evolución en ellos. Puede resultar interesante un repaso a los precedentes.

Utilizaré aquí el estudio que realiza Santaella Quintero, quien afirma que la Constitución mexicana de 1917 es el primer ejemplo de constitucionalismo social²⁰. En lo que se refiere a la propiedad, este autor señala que el artículo 27, además de proclamar el derecho a la propiedad privada, incluye la expropiación en el sentido europeo, es decir, con el pago de la compensación, así como, y esto es lo que resulta más interesante para este trabajo, «la consagración de la potestad estatal para imponer a la propiedad las modalidades que dicte el interés público o el beneficio social»²¹. De ahí deduce Santaella que se abandona «el principio de no injerencia estatal en el ámbito privado» y «la visión de la propiedad como esfera fundamentalmente sometida a la soberana voluntad de su titular»²².

La evolución política posterior en Europa lleva a los autores de la Constitución de Weimar (1919) a utilizar un sistema relativamente distinto, aunque con unas finalidades parecidas: la propiedad se considera un derecho, pero también una fuente de obligaciones²³. Al incluir la norma

¹⁷ Ver las STEDH *Kozacioglu c. Turquía*, de 19 febrero 2009; *Henri Helly c. Francia*, de 11 de octubre de 2011; *Bodgel c. Lituania*, de 26 de noviembre de 2013 y *Giuseppe Torno y otros c. Italia*, de 21 de octubre de 2014.

¹⁸ Así también Magariños Blanco (2005), p. 675.

¹⁹ Hattenhauer (1987), p. 118; Díez-Picazo (1991), p. 1263.

²⁰ Santaella Quintero (2019), p. 38.

²¹ Santaella Quintero (2019), p. 40.

²² Santaella Quintero (2019), p. 41.

²³ El artículo 153 de la Constitución de Weimar decía lo siguiente: «La Constitución

final según la cual «la propiedad obliga. Su uso ha de constituir al mismo tiempo un servicio para el bien general», se contribuyó a la superación del concepto clásico de la propiedad, ya que el poder que implica el derecho absoluto sobre los bienes en general exige un cierto control social del ejercicio del poder que atribuye el derecho de propiedad y este control se centrará en la capacidad de la sociedad, ya sea a través de la declaración de las obligaciones derivadas de la propiedad, como ocurre en las Constituciones de Weimar y española de 1931, ya sea a través de la inclusión de la cláusula sobre la función social, en algunas Constituciones europeas después de la segunda guerra mundial.

Pienso que la regulación de la propiedad privada en la Constitución española de 1931 constituye un punto de no retorno en esta evolución. En lo que interesa para este trabajo voy a citar solamente el artículo 45, que establecía: «Toda la riqueza artística e histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye tesoro cultural de la Nación y estará bajo la salvaguardia del Estado, que podrá prohibir su exportación y enajenación y decretar las expropiaciones legales que estimare oportunas para su defensa. [...]». Aquí nos interesa la primera parte transcrita del artículo citado, que coincide prácticamente con lo que va a decir muchos años después el artículo 46 de la Constitución vigente en España.

En definitiva, esta evolución del concepto de la propiedad privada implica un cambio radical en la concepción tradicional de la misma. Y las actuales normas diseñan un estatuto plural, aunque dirigido a la misma finalidad: por una parte, el titular de un bien puede dejar de serlo mediante la expropiación, que requiere el cumplimiento de unos deter-

garantiza la propiedad, cuyo contenido y límites fijarán las leyes. No puede procederse a ninguna expropiación sino por utilidad pública y con sujeción a la ley. Se realizará mediante indemnización adecuada, a menos que una ley del Imperio disponga otra cosa. Respecto a la cuantía de la indemnización, cabrá en caso de discordia el recurso ante los Tribunales ordinarios, salvo que por leyes del Imperio se ordene lo contrario. La expropiación que en favor del Imperio se realice con respecto a Países, Municipios y establecimientos de utilidad pública sólo podrá efectuarse mediante indemnización. La propiedad obliga. Su uso ha de constituir al mismo tiempo un servicio para el bien general [énfasis añadido]».

minados requisitos para su validez. Pero también puede seguir siéndolo con unas facultades limitadas, debido a la inclusión del bien en las categorías a las que corresponde una protección concreta y ello va a ocurrir, entre otros casos, con la declaración de determinados bienes como protegidos por su pertenencia a la clase que la propia Constitución va a entender digna de protección, en este caso, los bienes incluidos en la expresión «riqueza artística e histórica del país», utilizada en el artículo 45 de la Constitución republicana española de 1931. El camino se va caminando.

2.2. Función social y propiedad privada en el artículo 33 de la Constitución de 1978

Como ya he dicho antes, el artículo 33.2 de la Constitución española, después de reconocer el derecho a la propiedad privada, añade que «la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes».

Al tratar del origen de la función social, los autores inciden en la influencia que tuvo la doctrina social de la Iglesia católica²⁴. Sin embargo, Rey hace un recorrido más amplio y afirma que «la fórmula literal ‘propiedad-función social’ procede de la orientación sociológica, positivista, antiliberal, antimarxista e industrialista de A. Comte y L. Duguit», siendo Comte el primero en emplearla²⁵. Sea cual sea el origen de la expresión, lo cierto es que la función social aparece conformando la propiedad en el artículo 33.2 CE.

¿Qué definición puede darse de la función social? Aquí empiezan las discrepancias en la doctrina. Para unos autores (Agoués), el término ‘función social’ es un concepto jurídico indeterminado²⁶, que se puede predicar de todos los derechos y no solo de la propiedad y que significa que «en el ejercicio de los derechos, los intereses individuales han de estar subor-

²⁴ Díez-Picazo (1991), p. 1266; Aguilera Vaqués (2008), p. 941, nt. 4. Un amplio estudio en Rodotà (1986), pp. 211 y ss.

²⁵ Rey Martínez (1994), pp. 352-353.

²⁶ Agoués Mendizábal (2010), p. 520.

dinados a la satisfacción de los intereses generales», añadiendo que «la función social de un derecho implica que el titular de ese derecho contribuya solidariamente a los fines sociales del Derecho»²⁷. Otros autores²⁸ consideran que el hecho de que la función social se construya en la Constitución como una cláusula general, no impide que pueda llegarse a «valoraciones políticas multívocas y legítimas». Porque como veremos a continuación, la función social no es una exigencia externa al derecho de propiedad, sino que forma parte de su contenido.

Debemos preguntarnos, por tanto, sobre el papel que juega esta exigencia constitucional en el propio concepto de ‘propiedad’. Es Rodotà quien ha definido mejor este elemento moderno de la propiedad; señala que con la función social se ha producido un fenómeno que es posible encontrar también en el abuso del derecho, de modo que se ha permitido la protección contra actos que no son ilícitos, porque «se ha colocado el acento sobre la necesidad de impedir comportamientos legítimos, que podían resultar opuestos al interés general»²⁹. De este modo, lo más importante va a ser determinar si la función social es un límite externo que configura un determinado modo de entender la propiedad, o bien forma parte de su propio contenido, como un elemento caracterizador con independencia de la existencia de datos normativos³⁰.

Esta es otra de las discusiones que se mantienen en la actualidad. Dice T.R. Fernández que la función social es un criterio delimitador de la propiedad³¹; con ello tampoco se resuelve directamente la cuestión que ahora me planteo y que luego va a tener mucho que ver con su proyección sobre la propiedad de determinado tipo de bienes. La doctrina actual está más de acuerdo en entender que, tal como está recogida en la Constitución, forma parte de la propia estructura de la propiedad privada. De este modo se

²⁷ Agoués Mendizábal (2010), p. 532. En el mismo sentido, Pereña Pinedo (2005), p. 179.

²⁸ Rey Martínez (1994), p. 349; Barnés (2004), p. 58; Aguilera Vaqués (2008), p. 941.

²⁹ Rodotà (1986), p. 190.

³⁰ Rodotà (1986), p. 254.

³¹ Fernández (2019), p. 538.

concluirá que no se trata de un límite externo ni tampoco de una obligación impuesta por la Constitución³². Siguiendo este camino, el contenido del derecho de propiedad debe determinarse por el legislador, según establece el propio artículo 33.2 CE, que podrá establecer limitaciones negativas del contenido del derecho u obligaciones positivas. De modo que la función social unida a la utilidad individual determina el contenido del derecho de propiedad en cada caso³³. Como acabará diciendo Rodotà, superada la concepción de la función social como límite externo, «la determinación del contenido de la propiedad se ha convertido en el único factor determinante para resolver la cuestión de las intervenciones legislativas en el régimen de pertenencia de los bienes³⁴». Una opinión interesante la proporciona el ya citado Santaella cuando, con referencia a la Constitución colombiana, aunque extensible a cualquier tipo de definición de la función social, dice que «la adscripción de la función social [...] dentro del contenido estructural del derecho supone dotarle de una fuente adicional de legitimación jurídica, política, económica y social»³⁵. Lo que acabará convirtiendo a este elemento en «inherente al concepto mismo de propiedad privada y no un simple factor externo»³⁶. O bien, como dice Lauroba, «el derecho de propiedad constitucional se concibe, ordena y ejercita en una comunidad. Lo conforman, por tanto, los intereses generales; también cómo sea en dicha sociedad repercute en el derecho de los individuos»³⁷.

En la doctrina del Tribunal Constitucional, el *leading case* lo constituye la STC 37/1987, de 26 de marzo, referida a la constitucionalidad de la ley de reforma agraria de Andalucía 8/1984. En su FJ 2, el Tribunal dice que

³² Rey Martínez (1994), p. 368.

³³ Rodríguez de Santiago (2018), p. 1162.

³⁴ Rodotà (1986), p. 253.

³⁵ Santaella Quintana (2019), p. 83.

³⁶ Leguina Villa (1998), p. 425. Sigue diciendo Leguina que la función social no se trata de «un simple factor externo que, conforme a una concepción tradicional definitivamente superada por el texto constitucional español incida desde fuera para limitar las utilidades puramente individuales que las facultades dominicales proporcionan a su titular».

³⁷ Lauroba Lacasa (2021), p. 256.

[...] la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, 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.

En consecuencia,

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 un 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.

En este párrafo quedan resumidos, y resueltos desde el punto de vista constitucional, los problemas que se han planteado hasta aquí, de modo que en la interpretación del artículo 33.2 CE destacan estos elementos:

- La propiedad privada está compuesta de derechos y al mismo tiempo deberes. En este punto puede decirse que se traslada la tesis de la Constitución de Weimar y la Constitución alemana vigente.
- No existe un concepto único de propiedad, sino que se determina en función de los bienes sobre los que recae, lo que lleva a un concepto plural que se resuelve en la existencia de ‘propiedades’.
- La función social, no es un límite externo, sino que forma parte integrante del derecho.
- El contenido de la propiedad viene determinado por la utilidad individual y la función social.

2.3. *El contenido esencial del derecho de propiedad privada*

El derecho de propiedad es un derecho fundamental. Con toda seguridad es uno de los derechos que se encuentra en el fundamento de las revoluciones y así se comprueba en la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, de 1789, cuyo artículo 17 establece: «Por ser la propiedad un

derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y con la condición de haya una justa y previa indemnización». Evidentemente, en 1789 no se hablaba de la función social que como ya se ha visto, se introdujo más de un siglo después de esta declaración, que sigue en vigor en Francia.

Y es un derecho fundamental con independencia del tratamiento constitucional recibido en el Constitución española de 1978³⁸, que lo coloca en la sección segunda del Título primero, *De los derechos y deberes de los ciudadanos*.

Los autores españoles distinguen desde la Constitución dos aspectos del derecho reconocido en el artículo 33.1: la propiedad como institución jurídica y como derecho subjetivo. Como institución jurídica va ligada a lo que se denomina el contenido esencial del derecho, que no puede desaparecer por una legislación posterior que pretenda ejercer sus competencias, según le impone el artículo 33.2 CE. Como afirma Díez Picazo Giménez, «el legislador disfruta, sin duda, de un amplio margen de apreciación a la hora de establecer el régimen jurídico de las distintas clases de bienes, es decir, el uso y la disposición que puede hacerse de los mismos»³⁹. Y si bien no existe una función social general para todos los bienes sin excepción, sino adecuada para tipo, el propio autor señala que los bienes que pueden ser objeto de propiedad privada «deben estar regulados de manera tal que no se prive al propietario de efectiva utilidad económica, ni de autonomía de la voluntad para usar y disponer de ellos»⁴⁰. Ello lleva a la problemática de la definición del contenido esencial de los derechos reconocidos en la Constitución española.

³⁸ Ver una explicación de las razones por las que el constituyente español colocó en una sección aparte en la sección segunda, junto con otros derechos, que también son de suma importancia el derecho a la propiedad privada en Díez-Picazo Giménez (2013), p. 506. Aunque esta cuestión es de suma importancia para la clasificación y la protección de los derechos fundamentales, no es objeto del artículo por lo que no se profundiza en este tema.

³⁹ Díez-Picazo Giménez (2013), p. 509.

⁴⁰ Díez-Picazo Giménez (2013), p. 510.

El problema que aquí se estudia se centra en el régimen jurídico de los bienes afectados por el ejercicio del derecho de propiedad y su confrontación con la función social. En definitiva, la pregunta es bien simple: ¿puede el legislador, en su función de determinar el ámbito constitucionalmente protegido, imponer a los propietarios determinadas cargas y obligaciones alegando la función social? La respuesta es positiva y de hecho ya ha tenido lugar en determinadas leyes, como la de la reforma agraria andaluza, que dio lugar a la STC 37/1987, a la que ya me he referido; sin embargo, no puede haber una respuesta absoluta, porque, y sobre ello deberé volver, ¿qué ocurre cuándo cambia el régimen de la propiedad de unos determinados bienes? Como afirma Díez Picazo Giménez⁴¹, hay dos soluciones: una, entender que no hay derecho a indemnización y otra, la contraria, que considera que sí lo hay. Sin embargo, el propio autor cita las sentencias del TEDH *Jahn y otros c. Alemania* de 30 de junio de 2005⁴² que negaron la indemnización por un cambio de régimen de la propiedad en Alemania después de la unificación, considerando que era válida una reforma legislativa sin indemnización, porque no se había producido una expropiación. En consecuencia, cuando no se trata de una privación del objeto sobre el que recae el título de propiedad, sino del cambio de régimen para la protección del patrimonio cultural, ello no legitima al propietario para pedir una indemnización, a no ser que el derecho nacional así lo haya previsto. Como afirma Barcelona Llop⁴³,

⁴¹ Díez-Picazo Giménez (2013), pp. 511-512.

⁴² Así como las sentencias *Althoff y otros c. Alemania* y *Gobel c. Alemania*, ambas de 8 de diciembre de 2011.

⁴³ Barcelona Llop (2015), p. 159. La cuestión, sin embargo, ofrece algunos matices, dependiendo de si se ha roto o no el equilibrio entre los intereses públicos (la protección del patrimonio) y los privados (edificar, p.e.) y también depende de si la legislación que modifica el régimen de la propiedad privada es posterior a la adquisición del bien. Ver asimismo Barnés (1996), pp. 136-139, donde plantea las distintas tesis sobre si debe existir o no indemnización. Debo advertir, sin embargo, que los casos decididos por el TEDH se refieren casi todos a cambios en la legislación urbanística, como el que cita Barcelona Llop (2015), p. 160, *Anonymos Touristiki Etairia Xenodocheia Kritis c. Grecia*, de 21 de mayo de 2005.

considerado exclusivamente en sí mismo, el artículo 1 del Primer Protocolo Adicional [del Convenio Europeo de Derechos Fundamentales] no exige que la clasificación de un bien como de interés cultural o su ingreso en el patrimonio cultural protegido deba ser indemnizado, aunque acarree limitaciones a la propiedad.

El contenido de la propiedad privada a este nivel queda muy bien descrito en la definición de Santaella, para quien la propiedad privada es

un ámbito de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente, sujeto a la función social, cuyo contenido radica, justamente, en una genérica utilidad privada. Por medio de qué facultades concretas puede llevarse a cabo la explotación de dicho ámbito y bajo qué condiciones podría obtenerse dicha utilidad privada será un asunto a decidir por el legislador, en cada caso respecto del singular derecho de que se trate, previa valoración de la función social que le corresponde cumplir.

Para este autor,

lo esencial, [...] desde la óptica específica de cómo se configura el contenido del derecho, será preservar una esfera de actuación donde el particular pueda perseguir libremente sus intereses (ámbito de aprovechamiento particular) y se le garantice tanto la posibilidad de obtener un beneficio personal (titularidad privada), como el respeto de lo adquirido o consolidado⁴⁴.

La naturaleza constitucional de la propiedad privada se justifica en la función social tal y como he venido sosteniendo hasta aquí. Dicha configuración no significa en absoluto que se eliminen facultades del propietario, entendidas estas al modo tradicional, es decir, según el artículo 348 CC, sino que estas facultades de disfrutar y disponer de los bienes sobre los que recae la propiedad moderna deben ser ejercitadas según el concepto que significa la función social que la integra. No cambia el título. Solo cambia la forma de ejercer las facultades inherentes al propio título. La función social no constituye una cláusula general⁴⁵, sino un principio del

⁴⁴ Santaella Quintero (2019), p. 100.

⁴⁵ Sobre esta temática, ver Rey Martínez (1994), p. 349-350. Tal como se desprende

derecho⁴⁶ que, como acabo de decir, dibuja un contenido distinto al tradicionalmente admitido. A esta conclusión nos lleva el grupo de disposiciones constitucionales contenidas, además de por el propio artículo 33, los artículos 128 CE, que establece que «1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general»⁴⁷; el artículo 38 CE, que proclama «la libertad de empresa en el ámbito de la economía de mercado»⁴⁸; el artículo 46 CE, que establece 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»⁴⁹. Y todo ello bajo el paraguas del artículo 1.1 CE que proclama que «1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho».

Por tanto, cuando el legislador determina el régimen de cada bien o grupo de bienes en base a la función social que lo integra, no está expropiando nada, porque el titular de estos bienes sigue siéndolo y pudiendo ejercer las facultades propias de su título de propiedad. Más delante me referiré a este tema. Baste señalar para acabar esta parte que en el sistema constitucional diseñado en 1978 la función social legitima la propiedad privada y más en este grupo de bienes cuyo disfrute y enajenación deben estar dirigidos al servicio del bienestar colectivo previsto en el artículo 44 CE. Como afirma Santaella, el resultado de este fraccionamiento del régimen de la propiedad produce distintos regímenes dominicales contenidos en distintas leyes sectoriales en las cuales se especifica el sentido

de lo que se dice en el texto, mi opinión difiere sustancialmente de la sostenida por este autor.

⁴⁶ Así, entre otros, López López (1988), p. 77.

⁴⁷ Ortega Álvarez/Arroyo Jiménez (2018), p. 834, donde señalan que «el precepto subraya con carácter general la licitud constitucional de la subordinación normativa de la propiedad privada al interés general, vinculando así las exigencias que se derivan de la función social del tipo de bien o derecho de que se trate», entre otros argumentos en la misma línea.

⁴⁸ Paz-Ares Rodríguez/Alfaro Aguila Real (2018), pp. 1247-1271.

⁴⁹ García Fernández (2008), p. 104.

particular de la función social de cada manifestación concreta del derecho que tipifique el legislador⁵⁰. De los dos aspectos que se consideran esenciales en la propiedad privada moderna, la función social y la utilidad individual, la estructuración de un determinado régimen para determinados bienes muebles no altera la esencia de la propiedad privada, porque la Constitución sigue manteniendo la institución⁵¹. El legislador, competente para delimitar el ámbito de la función social (art. 33.2 CE), no hace más que diseñar un régimen adecuado con el que piensa que se va a cumplir la exigencia constitucional de la función social configuradora del régimen jurídico de estos bienes. La vieja teoría de los límites y limitaciones ha quedado obsoleta⁵² porque el poder de configuración atribuido al legislador para establecer el régimen concreto de la propiedad sobre determinados bienes (inmuebles, históricos, etc.) le permite diseñarlo de acuerdo con la función social y en caso de que eso ocurriera (p.e. una expropiación sin compensación), la ley debería ser declarada inconstitucional. En definitiva, las palabras cuentan y en el artículo 33.2 CE se usa el término «delimitar», no «limitar». Es decir, fijar el ámbito en el que los propietarios se pueden mover, no poner límites.

He planteado los problemas generales, a nivel constitucional, sobre la función social de la propiedad privada y creo haber integrado el principio de la función social, es decir, cómo debe entenderse lo que a nivel constitucional debe considerarse un principio que informa el concepto actual de la propiedad privada. En la segunda parte intentaré aplicar estas conclusiones a la propiedad privada de los bienes muebles de interés artístico.

⁵⁰ Santaella Quintero (2019), pp. 105-106.

⁵¹ Santaella Quintero (2019), p. 89.

⁵² No estoy de acuerdo, por ello, con quienes aún se apoyan en las teorías preconstitucionales sobre los límites y las limitaciones al derecho de propiedad privada, como ocurre con Pérez Álvarez (2014), pp. 25 y ss., quien, al trabajar sobre la función social de la propiedad, describe los límites y las limitaciones según los viejos manuales de Derecho civil.

3. *La propiedad privada de los bienes muebles de interés artístico*

Hemos llegado, pues, al núcleo de la cuestión: ¿cómo deberá la ley delimitar el contenido de la función social de la propiedad sobre determinados bienes muebles? Fíjese el lector que he parafraseado el texto del artículo 33.2 CE. En esta parte examinaré cómo y qué consecuencias produce que el legislador haya ‘delimitado’ la función social de la propiedad de los bienes muebles de valor histórico, artístico y/o cultural.

3.1. *La categoría de los bienes muebles de interés histórico, cultural y artístico*

Vaquer Caballería estudia de forma muy pormenorizada las teorías que los autores italianos formularon en su día acerca del concepto de ‘beni cultural’, creado por Giannini⁵³ en un trabajo del que todos los autores españoles han bebido desde entonces⁵⁴. Los autores aluden a la distinción entre bien y cosa que, según Vaquer, acaba concretada por el italiano Pugliatti⁵⁵. Creo que el enfrentamiento con los planteamientos de esta teoría solo sirve, en lo que se refiere a este trabajo, para la definición de la gran categoría del *Patrimonio histórico español*, objeto de protección en el artículo 46 CE y, en consecuencia, en la Ley de Patrimonio [LPHE]. Las razones por las que un determinado bien va a ser objeto de protección en tanto que forma parte de dicho patrimonio no van a ser jurídicas. Efectivamente, cuando el organismo competente declara un bien mueble como bien de interés cultural [BIC], está declarando que este bien forma parte del patrimonio histórico en atención a las características artísticas, culturales, científicas, etc., que concurren en él. Será después la Junta de Calificación⁵⁶ la que va a informar sobre su exportación, valoración, etc. Pero

⁵³ Giannini (1976), pp. 3-38.

⁵⁴ Vaquer Caballería (1998), especialmente el cap. IX, dedicado al *Patrimonio cultural*. Asimismo, Cambor de Echanove (2021), p. 49 y especialmente, pp. 74-78; Bergel Sainz de Baranda (2019), p. 49; García Fernández (2008), p. 70, entre otros.

⁵⁵ Vaquer Caballería (1998), p. 233.

⁵⁶ Se trata de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio histórico español, que con diferentes nombres ha venido actuando desde 1922

la competencia sobre la integración o no del bien en este grupo se encuentra en los organismos competentes para atribuir a cada uno de los bienes concretos la categoría de BIC. Y estos son los previstos en la LPHE o un Real Decreto del organismo competente (art. 9.1 y 2 LPHE). Se cumple así lo establecido en el artículo 33.2 CE que exige que sea la ley la que determine la función social en general y la de determinados bienes en particular⁵⁷.

A partir de aquí, entramos en la clasificación administrativa de los distintos bienes según distingue la LPHE. No tiene mayor secreto.

3.2. *La función social de la propiedad de los bienes declarados bienes de interés cultural*

Los autores españoles aseguran que este régimen de los bienes muebles de interés histórico establecido en la LPHE «justifica la intervención del Estado en el régimen de propiedad de los bienes con fundamento en la función social de la propiedad»⁵⁸, aunque en general parten de la idea de que la función social no es inherente a la propiedad, sino un elemento externo que hace cambiar el régimen del bien.

(Real Decreto de 16 de febrero de 1922) que creó las «Comisiones de Valoración de objetos artísticos», que estaban encargadas de examinar los objetos que se quisieran exportar. Al mismo tiempo se imponía la aplicación de las reglas de las aduanas que permitían inspeccionar los equipajes de los pasajeros «en cuanto tengan relación con los reconocimientos y garantías que eviten la expropiación clandestina de objetos artísticos». La actual Junta aparece en la LPHE en el artículo 3 LPHE y el Real Decreto 111/1986, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio del Patrimonio Histórico español, artículos 7, 8 y 9, que regulan sus funciones, composición y modo de funcionamiento.

⁵⁷ Y lo mismo va a ocurrir con la norma contenida en el art. 1 del Primer protocolo del Convenio Europeo de Derechos humanos. Guichot Reina/Barnés (1996), p. 135 y 145 donde cita las sentencias del TEDH, referidas a este tema.

⁵⁸ En el texto se cita de la obra de Bergel Sainz de Baranda (2019), p. 113, pero también García Fernández (2008), p. 104, quien afirma que los bienes culturales «reciben un tratamiento jurídico acomodado no solo al interés estético que despiertan, sino también al interés social, económico y simbólico que se les atribuye desde el poder». Ver asimismo Rey Martínez (1994), p. 369; Anguita Villanueva (2001), p. 40, si bien se muestra muy crítico y Vaquer Caballería (1998), p. 253.

El artículo 33.2 CE establece que serán las leyes las que delimitarán el contenido del derecho de propiedad de estos bienes y, en consecuencia, es la LPHE, la que utiliza diversas técnicas para lograr esta protección. Una será la figura de los BIC (bienes de interés cultural), que es solo uno de los posibles tipos de protección. Así se deduce del preámbulo de la ley, cuando afirma que los bienes que componen el Patrimonio Histórico Español constituyen una riqueza colectiva y que los «bienes que lo integran se han convertido en patrimoniales debido exclusivamente a *la acción social que cumplen* [énfasis añadido]». Y en otras normas de la LPHE se justifican las medidas que se toman en la función social de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español. Así, en el artículo 2, después de atribuir las funciones de protección a la administración del Estado, se añade que dicha Administración «protegerá dichos bienes frente a la exportación ilícita y la expoliación», y más adelante definirá «expoliación» como «toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o alguno de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español, o *perturbe el cumplimiento de la función social* [énfasis añadido]» (art. 4). Y cuando la LPHE establece las normas de protección de los bienes muebles e inmuebles, ordena que

1. Los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser conservados, mantenidos y custodiados por sus propietarios o, en su caso, por los titulares de derechos reales o por los poseedores de tales bienes.
2. La utilización de los bienes declarados de interés cultural, así como de los bienes muebles incluidos en el Inventario General, quedará subordinada a que no se pongan en peligro los valores que aconsejen su conservación. Cualquier cambio de uso deberá ser autorizado por los Organismos competentes para la ejecución de esta Ley.

Los bienes muebles de interés «artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico» (art. 1.2 LPHE) cumplen la función social a partir del momento en que son declarados o Bienes de Interés cultural (BIC, art. 9 LPHE), o bien sean inventariados (art. 26.2 LPHE). Este es un requisito formal para su protección y para que pueda exigirse al propietario el cumplimiento de las obligaciones que impone la

ley. Lo que lleva a estudiar si este procedimiento es constitutivo o declarativo. Porque, además de la calidad intrínseca del bien mueble en cuestión, solo si ha sido objeto de una declaración específica como BIC o como bien inventariable puede ser objeto de especial protección para el cumplimiento de la función social que le corresponde según los artículos 33.2 y 46 CE. De modo que, si no ha sido calificado administrativamente dentro de estas categorías, será un bien que funciona libremente en el mercado. Pero en cualquier momento podrá iniciarse el proceso de calificación, como ocurrió con el caso del presunto Caravaggio de Madrid a que he hecho alusión al inicio de este trabajo (Fig. 4).



Fig. 4 – Ecce Homo, atribuido a Caravaggio, propiedad particular

Lo que plantea si esta calificación es constitutiva o declarativa. En contra de lo que opinan algunos autores⁵⁹, creo se trata de una declaración constitutiva: antes de la declaración no eran BIC y, en consecuencia, se podía disponer libremente y después del inicio del expediente, ya se encuentra el bien en cuestión sujeto al reconocimiento de la función social que deriva de su propia naturaleza. La función social general de la propiedad de estos bienes debe ser declarada por ley, tal como establece, como regla general, el artículo 33.2 CE y es la ley, en este caso, la LPHE, la que ha establecido la categoría y el procedimiento, que concluirá con una calificación del bien como BIC y su inclusión en el Patrimonio Histórico Artístico. De otra forma, se podrían vulnerar los derechos del propietario que sigue siéndolo.

El proceso de declaración del bien concreto como BIC o su inclusión en el inventario, cumple una doble garantía de la propiedad: para el bien en sí mismo, porque solo así se incluirá en la categoría de bien integrante del Patrimonio histórico español y para su propietario, porque en dicho procedimiento podrá hacer las alegaciones que considere adecuadas acerca de esta inclusión.

3.3. *Los bienes de interés cultural como objeto de contrato*

Los que apoyan por encima de todas las cosas el libre mercado despliegan todos sus argumentos contra las consecuencias de la declaración de un bien como BIC. Parece como si ello produjera una expropiación (sobre ello volveré), porque, al parecer de bastantes autores, la comprobación de que determinados bienes cumplen una función social y la imposición de algunas obligaciones hace desaparecer la propiedad⁶⁰; en suma,

⁵⁹ Por ejemplo, Cambolor de Echanove (2021), p. 218.

⁶⁰ En su momento, Anguita Villanueva (2001) publicó un artículo cuyo título es significativo: *¿Realmente existe el derecho de propiedad privada en los bienes culturales?* Analizando las facultades que se atribuyen en la doctrina tradicional al titular del derecho de propiedad (p. 253), llega a la conclusión de que «el afán paternalista de tales legisladores (los autonómicos cuyas leyes estudia) traducido en dicha opresión normativa, hace inviable la adecuada conservación del patrimonio histórico de España» (p. 265). Es cierto

lo consideran casi como una expropiación. Por ejemplo, Camblor de Echanove⁶¹ dice que la declaración de un bien como BIC, lleva aparejado un régimen concreto y distinto de la propiedad, derivado de su función social, que «altera profundamente el derecho de propiedad que sobre ellos se ostenta» y produce como consecuencia⁶², «una opción antiexportadora», que «empapa toda la normativa en la materia, y afecta desde luego al mercado del arte». Creo que los argumentos que voy a desarrollar a continuación van a desmentir estas opiniones sobre la «profunda alteración» del régimen de la propiedad privada.

En realidad, la declaración de un bien como BIC o incluirlo en el inventario, no altera las facultades que hasta aquel momento tenía su propietario: puede disponer, sigue pudiendo usarlo y obtener los frutos que produce; sin embargo, se le imponen unas obligaciones y lo que es peor a los ojos de los defensores de un sistema liberal del mercado, se impide su exportación y aquí reside el problema que lleva a la construcción de las teorías contrarias a la concepción de la función social que estoy sosteniendo, como dice Cruz Valdovinos⁶³. Porque en el fondo, aunque no muy en el fondo, de lo que se trata es de la especulación. Pero voy a seguir por el camino de la explicación técnico-civil de los efectos que la función social de la propiedad de determinados bienes va a producir.

– El objeto del contrato. El artículo 1271 CC establece que «pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de

que la legislación autonómica desdibuja el conjunto normativo, pero en el fondo de esta opinión está un desamor a las limitaciones a la disposición de este tipo de bienes. Estos planteamientos darán lugar a opiniones no tan directamente contrarias, pero en el fondo, más favorecedoras de la aplicación del art. 38 CE, que defiende el libre mercado, que a la protección establecida en el art. 33 CE.

⁶¹ Camblor de Echanove (2021), p. 218.

⁶² Camblor de Echanove (2021), p. 234.

⁶³ Como el muy significativo título de una ponencia de Cruz Valdovinos en su intervención en el XVI Congreso Nacional de Historia del Arte: *Historiadores y Estetas: bajad del Limbo y hablemos de dinero!* Hasta 2007 fue Presidente de la Junta de Calificación y Valoración.

los hombres, aun las futuras». Es decir, no todas las cosas pueden ser objeto de contrato, ni tampoco todos los servicios, aunque esta no es la cuestión que me ocupa aquí. Me limitaré, por tanto, a las cosas.

Dice Díez Picazo que el objeto del contrato no ha sido estudiado profundamente por la doctrina, porque esta palabra «no solo es multívoca, sino que es además un concepto no jurídico aplicado a realidades y esquemas jurídicos»⁶⁴. No voy a entrar en la discusión sobre la auténtica naturaleza de lo que sea jurídicamente el objeto del contrato⁶⁵, porque lo que me interesa a los efectos de la tesis que mantengo a lo largo de este trabajo es detenerme en la expresión «cosas que no estén fuera del comercio de los hombres».

Para algunos autores esta exigencia se traduce en que la obligación sea posible y lícita o como afirma Díez Picazo, «para ser posible tiene que ser lícito»⁶⁶, pero como sigue diciendo y ello es bastante obvio, las cosas por sí mismas no son ni lícitas ni ilícitas; lo que sí lo es, es comerciar con ellas y por ello se exige que estén en el comercio de los hombres. Y en relación a ello, puede existir un doble tipo de ilicitud por esta razón: (i) cosas que por su propia condición física o jurídica, no son susceptibles de ser objeto de apropiación particular/individual, como los bienes de dominio público (las carreteras, los aeropuertos, etc.), las cosas cuya apropiación es imposible por considerarse comunes a todos o por quedar fuera del ámbito de poder de apropiación del individuo (el aire, la luz), o los bienes extrapatrimoniales, como el estado civil⁶⁷; (ii) aquellas cosas que podrían ser perfectamente en sí mismas objeto del contrato, pero que por una disposición legal, se han excluido, como un embrión humano, las drogas ilícitas, las armas; en este caso, como afirma Puig Brutau, no pueden ser objeto del contrato porque se excede del

⁶⁴ Díez Picazo (2007), p. 229.

⁶⁵ La discusión se va a centrar en si el «objeto del contrato» va a ser o no la creación de una relación jurídica obligatoria que impondrá obligaciones a los contratantes. Ver Díez Picazo (2007), p. 233; Puig Brutau (1978), p. 113 y ss.; Munar Bernat (2022), p. 791.

⁶⁶ Díez Picazo (2007), p. 249.

⁶⁷ Díez Picazo (2007), p. 250.

ámbito de la autonomía de la voluntad⁶⁸. Pero siendo estas las interpretaciones tradicionales del artículo 1271 CC, deben añadirse aquellos bienes que son disponibles, pero limitadamente, como ocurre con los terrenos declarados suelo rústico; los pisos de protección oficial; las armas que requieren licencia como las de caza. Si se contrata sobre algún objeto comprendido en este grupo de cosas, «no se puede hablar de objeto ilícito y el contrato no es nulo civilmente», sin perjuicio de las sanciones que correspondan⁶⁹.

Pues bien, ¿cambian estas reglas cuando el objeto del contrato es un bien declarado BIC? La respuesta es radicalmente negativa. En efecto, el sistema de protección de estos bienes no los elimina del comercio de los hombres, en expresión del artículo 1271 CC y de este modo, pueden ser objeto de todo tipo de contratos: compraventa, permuta, arrendamiento, comodato, depósito y también pueden ser utilizados como medios de garantía de las obligaciones de los particulares. En todo caso, el problema que origina determinadas discusiones no se encuentra aquí y es precisamente porque pueden ser objeto de contrato que se va a discutir el otro elemento de la relación jurídica: el precio. La ley prohíbe que determinados contratos vayan a producir la salida de España de bienes declarados de interés cultural (usando la expresión en sentido general), pero esta prohibición no afecta a la licitud del contrato concluido vulnerando esta prohibición; como he dicho ya, el contrato es válido y se tendrá que recurrir a otros tipos de mecanismos para recuperarlo si es lo que interesa al Estado (Caso del cuadro de Goya la *Condesa de Chinchón*), y es por esta razón que se establecen estos mecanismos, porque de otra manera, sería suficiente con acudir a la nulidad del contrato⁷⁰.

En resumen, la inclusión de un bien mueble en la categoría de BIC (o de las otras que están previstas en la LPHE) no lo convierte en un bien

⁶⁸ Puig Brutau (1978), p. 115.

⁶⁹ Munar Bernat (2022), p. 792.

⁷⁰ Estos mecanismos son los que se pusieron en funcionamiento en el caso de la venta fraudulenta del cuadro de Goya *La Marquesa de Santa Cruz*.

extracommercium. Y por ello, no puede alegarse la vulneración del derecho a la libertad de empresa, contenido en el artículo 38 CE⁷¹, porque esta declaración no lo incluye en la categoría del artículo 1271 CC. Su propietario puede tener otros problemas, de los que me voy a ocupar a continuación, pero sigue teniendo intacta su facultad de disponer.

– El precio. Todas las discusiones, aparentemente teóricas, desembocan en la diferencia de precio que una obra de arte, un BIC, puede alcanzar en el mercado interno y en el mercado internacional de las subastas. La declaración como BIC no vulnera la facultad de disposición del propietario, porque éste sigue pudiendo venderlo porque, como se ha visto, sigue en el mercado; lo que ocurre es que no puede acudir a las subastas internacionales y obtener así unas cantidades que no pueden obtenerse, por lo general, en las subastas nacionales o en las transacciones internas: el BIC es inexportable para proteger el patrimonio histórico español al que pertenece. El caso del cuadro *Cabeza de mujer* de Picasso (Fig. 5) es significativo, porque según consta en los hechos probados en la STS 756/2021, de 4 de marzo de 2021, en la solicitud efectuada para su exportación, se hacía constar que la obra valía 26 millones de euros; evidentemente no figura el precio de salida de la hipotética subasta, porque nunca tuvo lugar. La diferencia de precio es cuestionada por los partidarios de la libertad de mercado en el arte, de manera que se proponen diferentes soluciones, llegando incluso algún autor a proponer la expropiación por parte del Estado de aquella parte que debería haber sido recibida por los propietarios si hubieran podido exportarlo.

⁷¹ El art. 38 CE «reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado».

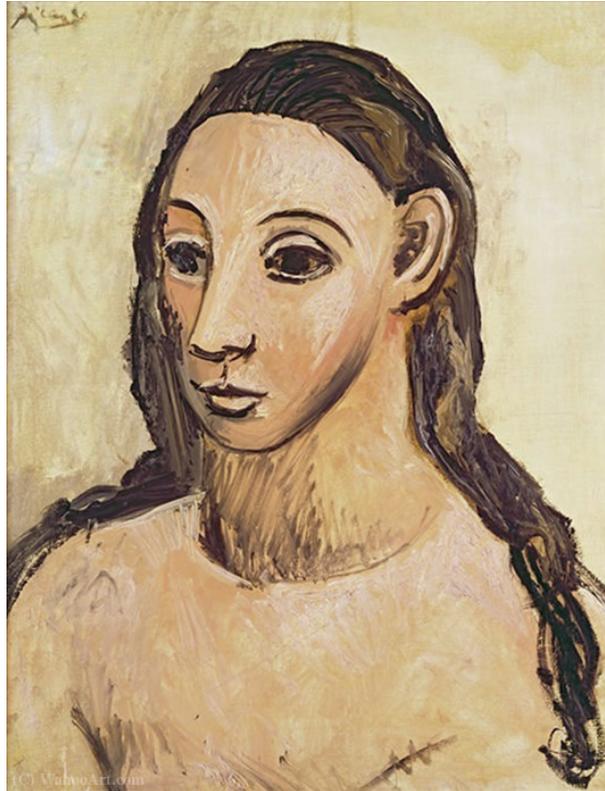


Fig. 5 – Cabeza de mujer, Picasso, Museo nacional de arte Reina Sofía, Madrid

Aunque esto que acabo de decir no es más que una hipótesis que puede producir un espejismo en un propietario mal informado y un jurista no debe caer en estos espejismos. Porque desde 1851 rige en España la regla del precio cierto y no la del precio justo, ya que *res tantum valet quantum vendi potest*, regla que debe analizarse en relación con su aplicación a este ámbito, ya que se puede plantear la hipótesis sobre que, si la cosa pudiera venderse en otro mercado, valdría más. Me pregunto ¿valdría más o pagarían más por ella? La respuesta podría ser muy fácil: si no puedo vender la obra por el triple de su precio en España, porque al haber sido declarada BIC, no puedo exportarla, estoy sufriendo una lesión, que obligaría al Estado a indemnizarme por la diferencia del precio. Este argumento impresiona, pero es totalmente falso, porque hay que partir de la realidad: el vendedor es propietario y el Estado no se beneficia ni se perjudica

con la obtención de un precio más o menos alto por un particular y, además, el problema no está en el precio, sino en la estructura del mercado interno. Pero estos argumentos tampoco son definitivos jurídicamente hablando. Hay que argumentar, pues, desde este ámbito.

En primer lugar, es bien sabido que salvo en Cataluña y Navarra, en España no se puede pedir la rescisión de un contrato por el hecho de que el vendedor haya sufrido una lesión en el precio. La única regla es la contenida en el artículo 1290 CC, que se refiere a la posibilidad de rescindir determinados contratos, a los que se refiere el artículo 1291 CC⁷². Díez Picazo cita a uno de los comentaristas del Código civil, Manresa, para quien la lesión es «un absurdo económico», porque negaba las variaciones que pueden afectar a los precios y también un absurdo jurídico que conducía a la arbitrariedad⁷³. No nos sirve, pues, la rescisión por lesión.

Sin embargo, la he utilizado para introducir la teoría del precio justo. En el derecho español, el precio debe ser cierto y debe entregarse en dinero o signo que lo represente (art. 1445 CC). El Código no exige que el precio sea justo, es decir, equivalente de algún modo a la cosa que es objeto del contrato. Pero la ambigüedad de esta expresión implica que debemos preguntarnos cómo debe entenderse en un campo distinto. No se trata aquí de que uno de los contratantes, el comprador, pague al vendedor menos de lo que la cosa vale. Lo que estamos discutiendo ahora es cómo se determina lo que vale la cosa, en este caso, un objeto de arte, un BIC.

Históricamente se han utilizado dos criterios para determinar de una forma más objetiva, el valor de una cosa: uno es su valor en renta, es decir, las utilidades que la cosa normalmente produce, pero, aunque no imposible, no será lo más común en este tipo de bienes. De aquí hay que pasar a lo que se consideraba ‘justo precio’ y así, por ejemplo, Pothier decía

⁷² Son los celebrados sin autorización judicial por los tutores y curadores, siempre que las personas a quienes representan hubiesen sufrido una lesión en más de una cuarta parte; los celebrados en representación de ausentes; los celebrados en fraude de acreedores; los celebrados sobre cosas litigiosas y aquellos en que la ley lo determine, entre los que no se encuentran los que ahora me ocupan.

⁷³ Díez Picazo (2007), p. 616.

que «es aquel a la que las [cosas] de igual naturaleza y bondad se acostumbran vender en los lugares en que se hallan situadas, si son heredades, o en que son puestas a la venta si son cosas muebles»⁷⁴. Por ello hay algunos elementos que deben tenerse en cuenta en el momento de fijar el valor: el estado en que se halla la cosa en el momento de la celebración del contrato y el precio corriente que en aquel momento tengan las cosas de la misma naturaleza en el lugar en que se pone a la venta. Además, según el propio Pothier, no se debe olvidar que el precio de las cosas no es fijo e indivisible, sino que tiene una cierta extensión en más y en menos, acabando de rematar esta teoría Roca Sastre quien utiliza la expresión ‘valor en cambio’, que para el autor significa que la determinación del justo precio «debe hacerse atendiendo al estado material en que la cosa se hallaba en el momento de la venta y en comparación con el precio corriente (valor en cambio) que en la localidad respectiva tengan las fincas de igual o parecidas circunstancias». Sustituyendo ‘finca’ por ‘BIC’ tenemos la fórmula para apreciar lo que podríamos entender como una aproximación al tema. Por tanto, el precio correcto o precio justo que vale la cosa depende de diversas circunstancias:

1. Las condiciones intrínsecas de la obra, donde van a jugar criterios, como si es una pieza única, su emplazamiento anterior en colecciones, la frecuencia con que su autor ha repetido el tema, la autenticidad⁷⁵, su estado de conservación y un largo cúmulo de circunstancias que afectan única y exclusivamente a la obra en sí. Estas van a ser las condiciones que habrán llevado a su calificación como BIC y que son externas a la cuestión jurídica.

2. La circunstancia jurídica de que haya sido declarada BIC, porque es indudable que va a influir en su valoración.

3. La necesidad de que se cumpla la función social de la propiedad del bien.

Estos elementos, uno de hecho y los otros dos jurídicos, hacen que el valor de la obra sea uno y solo uno. La hipótesis esgrimida por algunos

⁷⁴ Roca Trias (1982), p. 34.

⁷⁵ Camblor Echanove (2021), p. 161.

según la cual, si se hubiera vendido en subasta en el mercado internacional, se habría obtenido una cantidad mucho mayor, es solo eso, una hipótesis. Por tanto, no debe considerarse injusto el precio obtenido concurrendo estas circunstancias, porque es el adecuado y el contrato no podrá impugnarse por esta razón; si se da el escenario que se ha descrito anteriormente, el precio que se obtenga en el mercado interno es el correcto.

La jurisprudencia del TEDH tuvo ocasión de plantearse un caso parecido en la STEDH *Rúspoli Morenés, c. España*, de 28 de junio de 2011, en relación con el ejercicio de derecho de retracto por el Estado español en la venta del cuadro de Goya *La Condesa de Chinchón*. La Administración pagó el precio en dos plazos, tal como permitía la ley y los vendedores pidieron que se respetaran las condiciones de venta, revalorizando el importe conforme al índice de precios al consumo incrementado con el interés legal. El Tribunal Supremo confirmó la desestimación de la demanda y así hizo también el TEDH. El Tribunal de Derechos Humanos entendió que si bien había habido una injerencia en la propiedad de los demandantes y aunque debe procurarse el justo equilibrio entre las exigencias de la comunidad y las de la protección de los derechos de los propietarios (FJ 41), evaluó si el daño que decían sufrir los demandantes había constituido una «carga desproporcionada»,

45. El artículo 38 de esta Ley no contiene previsiones expresas en cuanto a una eventual actualización del precio en caso de pago diferido. Así pues, los demandantes no podían razonablemente esperar una actualización del precio. En efecto, el artículo 38 § 2 de la Ley no dejaba ningún margen de apreciación a la Administración, ya que disponía estrictamente que esta última había de pagar al propietario del bien el precio acordado en el acto de enajenación. Además, las autoridades no habrían contribuido a mantener la incertidumbre sobre la posibilidad de aplicar tal actualización (*a contrario*, *Beyeler*, ya citada).

Algunos autores pretenden aplicar las reglas europeas sobre libre circulación de mercancías a este tipo de bienes. Se argumenta que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [TFUE] establece una regla general de libre circulación entre los Estados miembros incluida en el grupo

de las llamadas ‘cuatro libertades’⁷⁶. Sin embargo, se olvida completamente el texto del artículo 36 TFUE, que establece unas excepciones a la libre circulación entre las que se encuentra «la protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional», de modo que, aunque se pretenda aplicar la regla de la libre circulación, mientras siga existiendo la norma del artículo 36 TFUE será imposible la pretensión de incluir los BIC dentro de la regla de la libre circulación entre los Estados de la Unión Europea.

– ¿Expropiación o indemnización? A partir de aquí habrá que plantearse si al no poder exportar un determinado bien por cumplir con los requisitos de la ‘función social’ y, en consecuencia, obtenerse un precio menor por ser el mercado español más limitado, no habrá que pedir una compensación. Es decir, más claramente ¿puede un propietario pedir una compensación cuando un determinado bien ha sido declarado BIC? Las razones se fundarían en la pérdida de valor consecuencia de la limitación de mercado para las transacciones sobre estos bienes.

La Ley de Patrimonio de la 2ª República española había aceptado, como hemos visto ya, la tesis de la Constitución de Weimar, de acuerdo con la cual, la propiedad obliga, es decir, imponía obligaciones a su titular, regla que fue incluida en el artículo 14(2) de la vigente Constitución alemana. Es posible que la expresión ‘función social de la propiedad privada’ deba acabar teniendo el mismo significado que se establece en la mencionada Constitución y en ese caso, si se hubiera expresado así en el artículo 33.2 CE, muy posiblemente se generarían unas discusiones distintas.

De lo dispuesto en la Constitución hay que entender que la ley que delimite el contenido del derecho de propiedad privada con la finalidad expresada en el artículo 46 CE de protección del patrimonio histórico español, debe respetar el principio de proporcionalidad⁷⁷; por lo tanto, tene-

⁷⁶ Arnaldos Orts (2022), p. 352.

⁷⁷ Díez-Picazo Giménez (2013), p. 113 dice que «el principio de proporcionalidad es, en este contexto, un instrumento particularmente útil cuando hay que hacer una ponderación: permite un notable grado de tecnificación a la hora de buscar un punto de equi-

mos en la regulación de la propiedad privada de bienes declarados BIC (i) un contenido esencial que corresponde al derecho mismo de propiedad privada, es decir, las facultades que se atribuyen al titular y por otro lado, (ii) tenemos un interés público, concretado en el artículo 46 CE, que es el de la garantía de la conservación y enriquecimiento del patrimonio histórico. Cuando se produce una colisión, como algunos autores sostienen ocurre en la regulación de la LPHE, no es suficiente controlar que se haya respetado el contenido esencial del derecho, en este caso, la propiedad privada, sino que como afirma el citado Díez Picazo Giménez, «la proporcionalidad, exige, además, que la restricción sea adecuada y necesaria». De donde hay que preguntarse si las restricciones impuestas a la propiedad privada en la mencionada LPHE son adecuadas para garantizar «la conservación y el enriquecimiento» del patrimonio de los pueblos de España.

Cuando el legislador crea un régimen para la regulación de determinado tipo de bienes debe ajustarse a lo que acabo de señalar. De aquí que deba preguntarme si la regulación de la exportación de BICs constituye un límite más allá del contenido esencial del derecho a la propiedad privada, no proporcional con la finalidad que se busca en la LPHE. Si ello fuera así, la regulación de la LPHE sería inconstitucional por lesionar dicho derecho a la propiedad privada.

1ª. La primera pregunta que deriva del anterior planteamiento, implica responder a la cuestión de si la prohibición de exportación es una expropiación. Si lo fuera, incluido un determinado bien en la categoría de BIC, se generaría un derecho a obtener una indemnización porque las limitaciones que ello generaría en el régimen general de la propiedad privada desnaturalizarían de tal manera su contenido esencial que el titular dejaría de serlo en realidad.

La respuesta debe ser negativa. Ya he demostrado que el propietario del BIC sigue pudiendo disponer por cualquier título, obtener sus rendimientos y disfrutarlo, lo que constituye el contenido esencial de la pro-

librio entre principios en colisión, que encarnan respectivamente intereses públicos y derechos individuales».

propiedad privada. En definitiva, la modulación de la propiedad según las reglas de la función social no altera la esencia de la propiedad⁷⁸.

2^a. La función social es inherente al tipo de objeto sobre el que recae el derecho. Por tanto, cuando una ley determina de qué modo se ha a hacer efectiva y para ello, prohíbe la exportación de los BIC, solo está cumpliendo las reglas constitucionales, que obligan a que sea la ley ordinaria la que fije dicha efectividad⁷⁹.

3^a. La expropiación consiste en la privación definitiva de la titularidad del bien por causa de utilidad pública o interés social y requiere indemnización. En definitiva, la proporcionalidad funciona aquí de forma perfecta: se priva de la titularidad del bien y, por ello, se compensa. La prohibición de exportación, que, en definitiva, es el rasgo más enfático de este tipo de regulación no priva al propietario de su título; el BIC sigue estando en su patrimonio y no pasa al patrimonio público, por lo que el propietario puede disponer.

4^a. ¿Protegemos los bienes o el mercado? Aquí debe usarse el principio de proporcionalidad en el sentido a que antes me he referido: ponderando ambos derechos, el artículo 33.2 CE, integrado por el artículo 46 CE, por una parte y el artículo 38 CE, que reconoce la libertad de empresa dentro de la economía de mercado. Hay que considerar que no se ha vulnerado la economía de mercado imponiendo este tipo de prohibiciones porque la restricción se limita a una de las facultades de la propiedad, no la desnaturaliza y, además, es perfectamente asumible dentro de la finalidad de protección a que responde la función social de la propiedad de este tipo de bienes. Por otra parte, el TEDH considera que el control público de este mercado es una forma de protección del patrimonio cultural material, lo que constituye un fin legítimo que justifica las injerencias en el derecho de propiedad⁸⁰.

⁷⁸ Santaella Quintero (2019), p. 98.

⁷⁹ Esta es también la exigencia del TEDH, que estas declaraciones se ajusten a la legalidad y que sean acordes con la legitimidad de la delimitación, de modo que, en resumen, estén previstas en la ley y los límites respondan al interés general. Ver Guichot Reina/Barnés (1996), pp. 135 y 147 y las STEDH allí citadas.

⁸⁰ STEDH *Beyeler c. Italia*, de 5 de enero de 2000 resuelve la situación surgida del re-

5^a. Tampoco puede acudirse a responsabilidad por daño patrimonial consecuencia de la actuación de la Administración. Aquí no hay funcionamiento normal ni anormal; cumplido el procedimiento establecido en el artículo 9 LPHE, las consecuencias son las establecidas en el propio artículo, es decir, la especial tutela de dichos bienes. No hay ningún tipo de responsabilidad porque no se producen los requisitos exigidos en la ley 40/2015, del Régimen jurídico del sector público⁸¹. Solo si se pudiera probar un daño podría haber indemnización por mal funcionamiento, pero el daño es muy difícil de probar cuando nos encontramos ante la ponderación requerida en el ámbito de los derechos fundamentales. Pero incluso en el caso de que concurriera un daño, a partir de la configuración constitucional de la propiedad privada, se trataría de un menoscabo que, al provenir de disposiciones constitucionales, el particular tendría la obligación de soportar.

4. Conclusiones

1^a. La propiedad privada, protegida en la Constitución española, en su ar-

tracto ejercido por las autoridades italianas con ocasión de la venta a la Peggy Guggenheim Collection de Venecia de un cuadro de Vincent van Gogh, *Le jardinier*, que Ernst Beyeler había adquirido años atrás ocultando su identidad y infringiendo por ello la legislación aplicable. La Administración utilizó esta circunstancia para acudir al retracto, abonando al interesado un precio muy inferior al pactado en la compraventa. El Tribunal afirma que una medida que afecta al derecho al respeto de los bienes debe perseguir un fin de utilidad pública, aunque la primera norma del precepto no diga nada sobre el particular, y que el control público del mercado de las obras de arte constituye un fin legítimo en el contexto de la protección del patrimonio cultural y artístico de un país, gozando al respecto las autoridades nacionales de un cierto margen de discrecionalidad para evaluar lo que constituye el interés general de la comunidad. También las STEDH *Buonomo Gärber y otros c. Italia*, de 29 de mayo de 2003 y *Giuseppe Torno y otros c. Italia*, de 21 de octubre de 2014.

⁸¹ Así lo insinúa Bergel Sainz de Baranda (2019), pp. 74-75, aunque no me convence su razonamiento, porque la argumentación se basa en un análisis positivista de la situación, sin tener en cuenta los argumentos constitucionales que concurren en el supuesto. La función social no se considera en su verdadera dimensión.

título 33, no puede ya ser considerada en los mismos términos en que se pronuncia el Código civil. No estamos ante una propiedad absoluta, limitada solamente por aquellas disposiciones que el poder público pueda introducir en beneficio de intereses generales, sino que se halla conformada por la que nuestra Constitución denomina ‘función social’. Este es un elemento conceptual de la moderna propiedad privada. En la propiedad inmobiliaria, por poner un ejemplo, la necesidad de ordenar urbanísticamente los terrenos para evitar el caos en las edificaciones, la degradación de determinadas zonas y el destino a usos coherentes y ordenados del suelo impide a los propietarios utilizar su propiedad a su gusto, lo que es una consecuencia de esta ‘función social’, su elemento constitucional. Lo mismo ocurre con las obras de arte, muebles o inmuebles; su interés dentro del patrimonio cultural e histórico, reconocido en las Constituciones españolas de 1931 y 1978, configuran un nuevo tipo de propiedad. ¿Quiere ello decir que no hay un único régimen de la propiedad? La respuesta solo puede ser afirmativa. Existe un concepto que incluye las facultades del titular, que son el goce, el disfrute y la disposición, pero estas facultades se adecuarán al tipo de objeto sobre el que recae el derecho, dependiendo de cuáles sean los intereses que estén constitucionalmente protegidos.

En definitiva, la función social de la propiedad, eso que parece etéreo, poco concreto y que puede hacer que los más positivistas se pregunten ¿es que existe la función social? tiene una respuesta, que pienso que es la única posible: ‘la propiedad obliga’. En definitiva, este será el contenido de la función social: hacer que el derecho de propiedad deje de ser un derecho subjetivo e individual absoluto. Quien es propietario de determinados bienes está obligado constitucionalmente a actuar de una determinada manera.

2^a. Lo anterior no quiere decir que se pierdan las facultades del dominio. En primer lugar, porque, aunque tenga limitadas las posibilidades de negociar determinados bienes, con las prohibiciones de exportación, por ejemplo, estos bienes siguen siendo objeto de contrato, porque su disposición no está prohibida. Esta no es una cuestión de expropiación. La propia Constitución distingue claramente entre expropiación y función so-

cial, como lo hizo en su día la Constitución de 1931. Expropiar significa que el titular de un determinado bien deja de serlo porque el bien en cuestión resulta necesario «por causa de utilidad pública o interés social». El Estado puede reclamar la propiedad por estas causas, indemnizando al propietario que deja de serlo. En cambio, la función social es intrínseca al propio concepto de propiedad privada; no hay ningún cambio y por ello no debe ser indemnizado porque la titularidad del bien incluye la ‘función social’. Nadie más es propietario y éste sigue gozando de las facultades del dominio: usar, disfrutar y disponer. Ningún propietario en ninguna época histórica ha tenido un derecho absoluto⁸².

3^a. Pero solo por medio de la ley puede declararse que determinados bienes deben cumplir una concreta función. Es la garantía del propietario. Después de lo que dispone el artículo 33 CE, es la Ley de Patrimonio Histórico la que cumple el mandato constitucional de establecer el contenido del derecho de propiedad privada y, a continuación, es la Administración pública la que tiene las facultades de comprobar que los mandatos de la ley se cumplan. Para ello va a tener como auxiliar a la Junta de Calificación, que es el órgano técnico que se encarga de determinar la calidad del bien mueble; es decir, si el bien debe cumplir con las obligaciones que comporta la función social.

4^a. Debemos seguir la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos humanos, a lo que nos obliga el artículo 10 de nuestra Constitución. De ahí que no puedan sostenerse planteamientos que pretenden equiparar a la expropiación la declaración de un bien como BIC. Según la interpretación que la jurisprudencia del TEDH ha dado al artículo 1 del Protocolo adicional 1 al Convenio, los Estados están legitimados para establecer el régimen de los usos que determinados bienes deben tener y entre ellos se encuentra el de los bienes arqueológicos, históricos etc., porque de otra manera, no podría preservarse este tipo de patrimonio. Y ello siempre que se cumplan dos condiciones que también impone la jurisprudencia de este Tribunal:

⁸² Ver el caso resuelto en la STEDH *Henri Helly c. Francia*, de 11 de octubre de 2011, relativa a la expropiación forzosa de la gruta de Chauvet, por su alto valor cultural que justifica su expropiación (Barcelona Llop, 2015, p. 140).

que los usos estén establecidos legalmente y que respondan a una finalidad legítima, o un interés general, entre el que se encuentra la protección.

A partir de aquí, querido C. diré aquello que dice Falstaff al acabar su ópera: «tutto nel mondo è burla».

Bibliografía

- Agoués Mendizábal, Carmen (2010), *La función social de los derechos, en especial, el derecho de propiedad*, en Santamaría Pastor, Juan Alfonso (dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, Madrid, La Ley, pp. 519-550
- Aguilera Vaqués, Mar (2008), *Propuestas para definir los límites constitucionales a la regulación de la propiedad privada (Regulatory takings v. Regulaciones inconstitucionales de la propiedad)*, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura*, Tomo II, Madrid, Congreso de los Diputados, pp. 939-964
- Anguita Villanueva, Luis Antonio (2001), *¿Realmente existe el derecho de propiedad privada en los bienes culturales?*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 2, pp. 247-269
- Arnaldos Orts, Enrique (2022), *La libre circulación de mercancías en el mercado interior y los límites a la exportación de los bienes integrantes del patrimonio histórico español*, en «Anuario Iberoamericano de Derecho del arte (AIDA)», pp. 349-364
- Barcelona Llop, Javier (2015), *El patrimonio cultural material en el sistema del Convenio europeo de Derechos humanos*, en «Revista de Administración Pública», 198, pp. 129-168
- Bergel Sainz de Baranda, Yolanda (2019), *La exportación de obras de arte, régimen jurídico y criterios para decidir sobre la concesión del permiso de exportación. Una propuesta de 'lege ferenda'*, en «Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte (AIDA)», pp. 39-140
- Camblor de Echanove, Carmen (2021), *La intervención del Estado en el mercado del arte*, Valencia, Tirant lo Blanch

- Cruz Valdovinos, José Manuel (2006), *La Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español. (Historiadores y Estetas: ¡Bajad del Limbo y hablemos de dinero!)*, en Hernández Socorro, María de los Reyes, *La Multiculturalidad en las Artes y en la Arquitectura*, XVI Congreso Nacional de Historia del Arte (Las Palmas de Gran Canaria, 20-24 de noviembre de 2006), Las Palmas de Gran Canaria, Anroart Ediciones, pp. 83-94
- Díez-Picazo y Ponce de León, Luis (1991), *Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución*, en Martín-Retortillo Baquer, Sebastián (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, Madrid, Editorial Civitas, pp. 1257-1270
- Díez-Picazo y Ponce de León, Luis (2007), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Tomo I, sexta edición, Cizur Menor, Navarra, Editorial Civitas
- Díez-Picazo Giménez, Luis María (2013), *Sistema de Derechos fundamentales*, 4ª ed., Cizur Menor, Navarra, Civitas, Thomson-Reuters
- Fernández, Tomás-Ramón (2019), *Público y Privado en el Derecho*, en Fernández de Buján, Antonio (dir.), *X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica* (Madrid 22, 23 y 24 de noviembre de 2018), Tomo II, Madrid, Real Academia de jurisprudencia y legislación, pp. 531-544
- García Fernández, Javier (2008), *Estudios sobre el derecho del patrimonio histórico*, Madrid, Fundación registral, Centro de estudios
- Giannini, Massimo Severo (1976), *I beni culturali*, en «Rivista trimestrale di Diritto pubblico», 26, pp. 3-38
- González Mozo, Ana (2021), “*Aire de familia*”, en González Mozo, Ana (dir.), *Leonardo y la copia de Mona Lisa del Museo del Prado. Nuevos planteamientos sobre las prácticas del taller vinciano*, Madrid, Museo Nacional del Prado, pp. 73-119
- Guichot Reina, Emilio, Javier Barnés (1996), *La jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos humanos sobre la propiedad privada*, en Barnés, Javier (coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La ga-*

- rantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Madrid, Tecnos, pp. 124-150
- Hattenhauer, Hans (1987), *Conceptos fundamentales del derecho civil*, trad. de Gonzalo Hernández, Barcelona, Editorial Ariel
- Lauroba Lacasa, Elena (2021), *¿Qué modelos de propiedad ampara la Constitución? (O cómo imaginamos el derecho de propiedad en los cincuenta próximos años)*, en Serrano de Nicolás, Ángel (coord.), *Nuevas perspectivas iusprivatistas a los 40 años de la Constitución española*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Pablo, Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, pp. 251-320
- Leguina Villa, Jesus (1998), *El régimen constitucional de la propiedad privada*, en «Revista de Derecho de la Universidad católica de Valparaíso», 3, pp. 423-434
- López López, Ángel (1988), *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, Tecnos
- Magariños Blanco, Victorio (2005), *La libertad de testar. Una reforma necesaria*, en Prats Albentosa, Lorenzo (coord.), *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo I, Madrid, Wolters Kluwer pp. 641-690
- Martínez Ruiz, Maria José (2012), *Dime qué expones y te diré qué vendes... El oscuro negocio de las antigüedades bajo el respetable amparo del coleccionismo artístico*, en «E-artDocuments», 5, <https://raco.cat/index.php/e-art/article/view/252376>
- Martínez Ruiz, Maria José (2015), “Xanadú” versus “Hearst Castle”: el “castillo español” de Ciudadano Kane, en Castán Lanasa, Javier, Ramón Pérez de Castro, Irune Fiz Fuertes (coord.), *Estudios de historia y estética del cine: 50º aniversario de la Cátedra de Cine de la Universidad de Valladolid*, Valladolid, Universidad de Valladolid, pp. 183-193
- Munar Bernat, Pedro Antonio (2022), *El desdoblamiento de las utilidades objeto del contrato*, en Morales Moreno, Antonio Manuel (dir.), *Estudios de derecho de los contratos*, Tomo II, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, pp. 789-806
- Nebreda Martín, Lara (2018), *La protección del patrimonio histórico-*

- artístico durante la Segunda República: Análisis de documentación legal*, en «Revista General de Información y Documentación», 28(1), pp. 213-241
- Ortega Álvarez, Luis Ignacio, Luis Arroyo Jiménez (2018), *Comentario al art. 128 CE*, en Rodríguez-Piñero, Miguel, María Emilia Casas (dir.); Arnaldo Alcubilla, Enrique, Jesús Remón Peñalver (eds.); Pérez Manzano, Mercedes, Ignacio Borrajo Iniesta (coord.), *Comentarios a la Constitución española*, Tomo II, Madrid, Boletín oficial del Estado, Ministerio de Justicia, Fundación Wolters Kluwer, pp. 832-841
- Paz-Ares Rodríguez, José Cándido, Alfaro Águila-Real, Jesús (2018), *Comentario al art. 38 CE*, en Rodríguez-Piñero, Miguel, María Emilia Casas (dir.); Arnaldo Alcubilla, Enrique, Jesús Remón Peñalver (eds.); Pérez Manzano, Mercedes, Ignacio Borrajo Iniesta (coord.), *Comentarios a la Constitución española*, Tomo II, Madrid, Boletín oficial del Estado, Ministerio de Justicia, Fundación Wolters Kluwer, pp. 1247-1271
- Pereña Pinedo, Ignacio (2005), *La función social del derecho de propiedad*, en Bastida Freijedo, Francisco José (coord.), *Propiedad y derecho constitucional*, Madrid, Centro de estudios, Colegio de Registradores de la propiedad y mercantiles de España, pp. 173-193
- Pérez Álvarez, María del Pilar (2014), *La función social de la propiedad privada. Su protección jurídica*, en «Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)», 30.2, pp. 17-47
- Piketty, Thomas (2021), *Una breu historia de la igualtat*, trad. de Imma Estany Morros, Barcelona, Edicions 62
- Puig Brutau, José (1978), *Fundamentos del Derecho Civil*, Tomo II, volumen I, Barcelona, Bosch
- Rey Martínez, Fernando (1998), *La propiedad privada en la Constitución española*, Madrid, Instituto de Estudios constitucionales
- Roca Trías, Encarna (1982), en Puig Ferriol, Lluís, Encarna Roca Trías, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*. Tomo IV, Vol. 2º, Barcelona, Bosch
- Roca Trías, Encarna (2020), *La libertad de testar. Entre Constitución y fa-*

milia, en «Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid», 24, pp. 13-46

Rodotà, Stefano (1986), *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid, Editorial Civitas

Rodríguez de Santiago, José María (2018), *Comentario al art. 33 CE*, en Rodríguez-Piñero, Miguel, María Emilia Casas (dir.); Arnaldo Alcubilla, Enrique, Jesús Remón Peñalver (eds.); Pérez Manzano, Mercedes, Ignacio Borrajo Iniesta (coord.), *Comentarios a la Constitución española*, Tomo I, Madrid, Boletín oficial del Estado, Ministerio de Justicia, Fundación Wolters Kluwer, pp. 1147-1175

Santaella Quintero, Héctor (2019), *La propiedad privada constitucional: una teoría*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, Marcial Pons

Vaquero Caballería, Marcos (1998), *Estado y cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución española*, Madrid, Centro de estudios Ramón Areces, Universidad Carlos III de Madrid