

MECANISMOS DE PROTECCION Y FINANCIACION EN LA ARQUEOLOGIA URBANA (*)

Por
JAVIER BERMÚDEZ SÁNCHEZ
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. MECANISMOS CONTRA EL EXPOLIO EN GENERAL: 1. *Hallazgos casuales:* A) Obligación de declarar; derecho a indemnización. B) Suspensión de las obras. 2. *Régimen administrativo específico de las excavaciones arqueológicas:* A) Necesidad de autorización. B) Procedimiento. 3. *Excavaciones ejecutadas por la Administración:* A) Con acuerdo del propietario. B) Sin acuerdo del propietario. 4. *Conclusiones.*—III. MECANISMOS CONTRA LA DESTRUCCIÓN COMO CONSECUENCIA DEL DESARROLLO URBANO: 1. *La Carta arqueológica.* 2. *Estudio de impacto ambiental.* 3. *Declaración de zonas:* A) Eficacia sobre el planeamiento urbanístico. B) Obligaciones del particular: a) Obligaciones previas al otorgamiento de licencia. b) Licencias condicionadas. c) Notificación tras la licencia obtenida. 4. *Conclusiones.*—IV. MECANISMOS DE FINANCIACIÓN DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO: 1. *Declaración de dominio público.* 2. *Inclusión en el planeamiento municipal.* 3. *Función social de la propiedad.* 4. *Suspensión de las obras en un hallazgo casual.* 5. *Conclusiones.*—V. MECANISMOS DE CONTROL DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA.—VI. CONCLUSIONES GENERALES.

I. INTRODUCCIÓN

La necesidad de actuar eficaz y concienzudamente en la protección del patrimonio arqueológico se debe a la concurrencia de dos circunstancias contrapuestas. De un lado, el desarrollo urbano, provocado, en parte, por las necesidades sociales, que supone un proceso imparable y, de otro, la enorme riqueza arqueológica del suelo español (1). Ni es factible la prohibición absoluta de construir sobre

(*) Este estudio, dirigido por el profesor GALLEGO ANABITARTE, se ha concebido tras la asistencia a dos reuniones convocadas por la Subdirección de Arqueología del Ministerio de Cultura francés, en 1993 y 1995, esta última enmarcada en una Acción Integrada Hispano-Francesa del Ministerio de Educación y Ciencia español (núm. 292 B), cuyo responsable era el profesor director de este trabajo. La primera ponencia que presentó el equipo español se encuentra publicada en la obra colectiva *Archéologie et droit de l'urbanisme en Europe*, YEGOUZO/FRIER, París, 1995. La segunda ponencia (diciembre 1995), sobre efectividad normativa y mecanismos de financiación, de próxima publicación en Francia, contó con la inestimable colaboración de los servicios arqueológicos de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Castilla y León, Galicia y Madrid. Agradezco al profesor SUBRA DE BIEUSSES que se pusiera en contacto con el profesor GALLEGO ANABITARTE para representar a España en estas reuniones, y a éste la confianza que depositó en mí para ayudarlo. Sin las conversaciones con don Antonio MÉNDEZ MADARIAGA, arqueólogo de la Comunidad de Madrid, no habría conseguido apreciar los problemas ni los modelos de gestión de la arqueología.

(1) Las prospecciones realizadas desde finales de los años setenta, que tienden al estudio de áreas delimitadas, procurando localizar el máximo de yacimientos, dan una me-

cualquier zona que contenga yacimientos (sino que se conservarán o no, previo estudio, dependiendo de la conveniencia del traslado de los restos), ni es asumible que el desarrollo urbanístico sepulte o elimine datos de la Historia. De ahí que las dos legislaciones que protegen esos sectores hayan tenido que entrelazarse, lo cual no ha sido ni es una unión pacífica, sino tensa y, como se verá, en ocasiones, contradictoria.

Este típico enfrentamiento conservación-desarrollo ha sido parcamamente tratado por el legislador nacional y, en algunos casos, valientemente por las Comunidades Autónomas, con o sin legislación específica.

La legislación y actuación autonómicas han debido partir de la genérica Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español, toda vez que se reconoció su cobertura constitucional, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991, de 31 de enero, por contar el Estado con competencia suficiente en los artículos 149.1.28 (exportación y expoliación) y 149.2 de la Constitución, para establecer «tratamientos generales», al margen de otros títulos competenciales que habrán de tenerse igualmente presentes como límites a las competencias autonómicas, como son los del artículo 149.1, núms. 6, 8 y 18 (legislaciones penal, civil y de expropiación forzosa) (2). El Tribunal Constitucional dota a la legislación estatal de mayor transcendencia al reconocer que la defensa contra el expolio (art. 149.1.28 de la Constitución) comprende «el conjunto de medidas de defensa y protección contra la pérdida, deterioro o destrucción, así como aquéllas que pretenden preservar su fin o función social que le son propios» (3). Esta competencia estatal contra el expolio no parece que pueda vaciar de contenido las competencias propias de las Comunidades Autónomas, que cuentan con apoyo en sus Estatutos de Autonomía (4), ni que pueda provocar la inactividad autonómica so-

dia aproximada de algo más de 1 yacimiento por cada 10 km². Ahora se ha impuesto la prospección sistemática que peina de forma exhaustiva estas áreas. A modo de ejemplo, en la campaña cordobesa, sobre un área de 200 km² se ha obtenido un promedio de 2,5 yacimientos por cada 10 km². Entre las zonas más intensamente prospectadas de España, las de Mora de Rubielos, Teruel, con 22 yacimientos en 4,7 km², y en el área de Ecce Homo, Alcalá de Henares, más de un centenar de yacimientos sobre un total de 13 km². Algunos datos pueden consultarse en el artículo de RUIZ ZAPATERO: *Arqueología espacial*, núm. 12, Teruel, 1988.

(2) Vid. FJ 3.º de la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991.

(3) FF.JJ. 7.º y 14.º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991 y artículo 4 de la Ley de Patrimonio Histórico Español (en adelante, LPHE).

(4) Prácticamente todas ellas asumen, en régimen de exclusividad, la materia referida al «patrimonio arqueológico de interés para la Comunidad Autónoma». Ésta vendría a ser la fórmula general utilizada, en la que expresamente se cita al patrimonio arqueológico. Sólo en dos Comunidades Autónomas, en Madrid (art. 26.14 de su Estatuto) y en Baleares (art. 10.20 de su Estatuto), no se hace expresa alusión al «patrimonio arqueológi-

bre la materia, temerosa de invadir campo ajeno. Más bien parece deducirse de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía que la competencia sobre patrimonio arqueológico es propia de las Comunidades Autónomas, aunque el Estado tiene atribuida, a partir de los artículos 149.1.28 y 149.2 de la Constitución, la facultad de dictar una normativa genérica protectora y, lo que es más importante, prever mecanismos de coordinación específicos sobre la actuación de las Comunidades Autónomas (5).

A partir de sus competencias, las Comunidades Autónomas han dictado numerosos reglamentos regulando el régimen administrativo específico de las excavaciones arqueológicas (*infra*, II.2) y, algunas, a partir de la legislación estatal, han dictado su propia legislación (así, Castilla-La Mancha, País Vasco, Andalucía, Cataluña y Galicia) (6).

Por otro lado, los Ayuntamientos, en ejercicio de sus competencias o de su deber de cooperación en la custodia del patrimonio arqueológico (7), intervienen sobre la materia; además, respaldados por un elemento que se revela esencial en la tutela del patrimonio arqueológico (*infra*, III.3.A y IV.2) como es el planeamiento municipal.

En definitiva, la pluralidad de Administraciones que actúan sobre el patrimonio arqueológico está desarrollando una intervención que en ocasiones parece escaparse al análisis y sistematización jurídicos,

co», sino que se adopta, en el caso de Madrid, el inexacto término de «patrimonio monumental», recogido en el artículo 148.1.16 de la Constitución; y, en el caso de Baleares, el de «patrimonio monumental, cultural, histórico». En este supuesto, más que como «patrimonio monumental», es más correcto incluirlo en el de «patrimonio histórico». El caso más llamativo es el de Aragón, pues en el artículo 36.1.g) de su Estatuto se asume el desarrollo legislativo y la ejecución de la materia referida al patrimonio arqueológico. No se alude a esta competencia, a diferencia del resto de Comunidades Autónomas, en régimen de exclusividad.

(5) El criterio de distribución competencial en la Constitución (arts. 148.1.16.^a y 149.1.28.^a) es, como en otras materias, el de la concurrencia o no del interés supraautonómico de los bienes, que aquí resulta de difícil apreciación. En su configuración legal (arts. 4 LPHE y 57 bis RPHE), bajo la apariencia de una subrogación (sustitución material en la cual la titularidad de la competencia sigue siendo de la organización sustituida) del Estado en la competencia autonómica se esconde otra realidad: la competencia contra el expolio de bienes del PHE es del Estado, pero podrá ser ejercida, en primera instancia, por la Comunidad. Sobre esta cuestión: GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS FERNÁNDEZ, *Derecho Administrativo I. Materiales*, Madrid, 1995, págs. 212 y ss.

(6) Castilla-La Mancha: Ley 4/1990, de 30 de mayo, de Patrimonio Histórico (en adelante, LPHC-LM); País Vasco: Ley 7/1990, de 13 de julio, de Patrimonio Histórico-Artístico (en adelante, LPHPV); Andalucía: Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico (en adelante, LPHA), y el Decreto 19/1995, de 7 de febrero, de Protección y Fomento; Cataluña: Ley 9/1993, de 30 de septiembre, de Patrimonio Cultural (en adelante, LPHC); y Galicia: Ley 8/1995, de 30 de octubre, del Patrimonio Cultural de Galicia (en adelante, LPHG).

(7) Artículo 46 de la Constitución, que prevé con carácter general la obligación de todas las Administraciones Públicas de conservar y promover el enriquecimiento del patrimonio histórico; artículo 7 LPHE, que, según el FJ 9.º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991 citada, es manifestación y aplicación concreta del artículo 46 de la Constitución; artículo 25.2.e) de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local. También en la legislación autonómica; por ejemplo, artículos 4.2 LPHPV; 4.1, párrafo 1.º, de la LPHA; y 3 de la LPHC.

como se expondrá en este trabajo. De ahí que se hayan agrupado estas actuaciones en torno a cuatro bloques de mecanismos, dependiendo de la finalidad que persiguen, lo cual hace posible determinar su nivel de eficacia, y son: 1.º) *mecanismos contra el expolio en general*: son ya tradicionales en nuestra legislación sobre patrimonio histórico y tienden a una protección genérica del mismo; 2.º) *mecanismos contra la destrucción como consecuencia del desarrollo urbano*: son relativamente innovadores y se han de imponer por la tensión existente entre desarrollo urbano y conservación; 3.º) *mecanismos de financiación del patrimonio arqueológico*: surgen de la necesidad de solventar un grave problema planteado a raíz del desarrollo urbanístico: ¿cómo se costean todas las excavaciones que han de realizarse como consecuencia de la gran cantidad de movimientos de tierra en las zonas urbanas?; y 4.º) *mecanismos de control de la actuación administrativa*: si se deja en manos de las Administraciones Públicas el control sobre el patrimonio arqueológico (o sobre otros responsables del mismo), cómo puede, a su vez, controlarse más eficazmente cada actuación de éstas.

Quizá con este esquema, que pretende integrar el Derecho urbanístico y la legislación sobre Patrimonio Histórico, pueda analizarse mejor un sistema de protección que sólo es contemplado parcialmente por cada una de estas dos grandes normativas que le afectan.

II. MECANISMOS CONTRA EL EXPOLIO EN GENERAL

Bajo este epígrafe puede agruparse aquella regulación normativa básica o primaria que persigue la protección de los restos arqueológicos de forma general, frente a cualquier tipo de ataque que pudieran sufrir.

1. *Hallazgos casuales*

Como se irá poniendo de manifiesto a lo largo de este trabajo, uno de los elementos fundamentales en la protección del patrimonio arqueológico es la Carta arqueológica o censo de los yacimientos existentes. Resulta obvio decir que para proteger algo hace falta saber dónde se encuentra el objeto de tutela. Sólo de esta forma se posibilitará la adopción de determinadas medidas con carácter preventivo. El ordenamiento ha previsto, no obstante, una protección del patrimonio arqueológico para cuando éste se encuentre en su situa-

ción más desfavorable (8), esto es, cuando se desconozca su existencia. Sería, por tanto, éste el mecanismo más primitivo de todos.

Parece aconsejable delimitar el concepto de hallazgo casual, para evitar así aplicar su régimen jurídico a otros supuestos. Y esta necesidad arranca de la desafortunada redacción de dicho concepto en el artículo 41.3 de la LPHE (9). De su lectura se infiere que se excluyen de este régimen las prospecciones o excavaciones arqueológicas, definidas previamente conforme al criterio de su finalidad específica (art. 41.1 y 2 LPHE). Parece, por tanto, que la Ley concluye que serán hallazgos casuales todos los demás supuestos; sería un concepto residual. Sin embargo, hay que aclarar, porque así ha de entenderse de una lectura conjunta de las diferentes regulaciones sobre esta materia, que no tendrá la consideración de hallazgo casual, y por tanto queda excluida la aplicación de dicho régimen jurídico, cuando el hallazgo en cuestión se produce sobre una zona en la que se conoce, ya sea de un modo oficial (zona declarada) o notorio (10), la existencia de vestigios. Por tanto, lo que en realidad cualifica a un *hallazgo como casual es su carácter azaroso*, que elimina cualquier previsibilidad, y, por tanto, no es acertado el final del precepto a partir de la disyunción (11). En cualquier caso, es un concepto que jurídicamente no está bien definido.

Los hallazgos que se consideren casuales están sometidos a la siguiente regulación.

A) *Obligación de declarar; derecho a indemnización.*

Tras un hallazgo casual, si no se produce la comunicación a la Administración, se considerará una excavación o prospección ilícita (12).

(8) Se habla, por supuesto, desde un punto de vista jurídico. Para los arqueólogos, en muchas ocasiones, si no en todas, desde el punto de vista de la protección de los restos, no de su estudio, lo mejor es que permanecieran ocultos.

(9) Artículo 41.3 LPHE: «Se consideran hallazgos casuales los descubrimientos de objetos y restos materiales que, poseyendo los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español, se hayan producido por azar o como consecuencia de cualquier otro tipo de remociones de tierras, demoliciones u obras de cualquier índole.»

(10) Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1991, Azdi. 3472, que niega el carácter de hallazgo casual por tratarse de una excavación fraudulenta (art. 39 de la Ley de Patrimonio Histórico-Artístico de 13 de mayo de 1933), al haberse realizado en una zona que, si bien no había recibido la declaración de yacimiento arqueológico, era conocida por la existencia de restos arqueológicos; no había autorización y se utilizaron detectores de metales.

El uso de detectores de metales implica que esta actividad sea calificada como excavación ilícita (vid. *infra* nota 12).

(11) Vid. artículo 48.1 LPHPV, con una definición más acabada. Acertadamente, C. BARRERO RODRÍGUEZ, en *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, Madrid, 1990, pág. 235, excluye en este concepto de hallazgo casual la búsqueda deliberada de estos bienes.

(12) Sancionada conforme al artículo 76.1.f), apartados 2 y 3.B), de la LPHE, o sus

La obligación de declarar recae en principio sobre el descubridor, pero parece aconsejable que, en el marco de la arqueología urbana, se corresponsabilice al promotor de las obras o al constructor (13).

El plazo para realizar la comunicación, indeterminado en la legislación estatal (14), se especifica acertadamente por algunas legislaciones autonómicas (15).

Si se realiza la comunicación prevista se generará un derecho a obtener una indemnización (16) en metálico, atendiendo al valor intrínseco de lo hallado (17). Con ello, el ordenamiento pretende evitar

correspondientes de las legislaciones autonómicas. No es necesario, por tanto, para imponer la sanción, que se produzca un daño a los bienes descubiertos. Si, además, se causa tal daño se impondrá la sanción administrativa por excavación o prospección ilegal y la correspondiente por daños que, en su caso, podrá ser penal.

(13) El artículo 44.1 LPHE se refiere sólo al descubridor. La legislación andaluza (art. 81 de su Reglamento de Patrimonio) y la catalana (art. 52 de la LPHC) se refieren también a las obligaciones del promotor o constructor. Esta última —arts. 72.1.c) y 72.2 LPHC— establece la responsabilidad, en calidad de encubridores o cómplices, de los que, conociendo el incumplimiento, obtengan un beneficio. El artículo 59.2 de la LPHG sólo al descubridor.

(14) El artículo 44.1 de la LPHE se refiere a una comunicación inmediata a la Administración competente. Para J. L. ALVAREZ ALVAREZ, *Estudios sobre Patrimonio Histórico Español*, Madrid, 1989, pág. 792, es difícil delimitar el plazo de tiempo que comprende el adverbio «inmediatamente», por lo que entiende de aplicación subsidiaria el de treinta días, previsto para los hallazgos no casuales. A su juicio, el plazo se computará desde que el descubridor tenga conocimiento del carácter arqueológico de su hallazgo. Pero esta interpretación introduce un elemento subjetivo que difumina el plazo de comunicación.

(15) Para evitar la imprecisión de la legislación estatal, algunas Comunidades Autónomas han precisado el plazo y contemplado la posibilidad de que la comunicación se realice, en lugar de a la Comunidad Autónoma, a los Ayuntamientos y éstos a la Comunidad.

(16) La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1993, Azdi. 3411, reconoce a un particular el derecho a obtener indemnización por unos objetos entregados diez años antes de la solicitud de la indemnización. El Tribunal rechaza la prescripción de la acción de reclamación ante la existencia de resoluciones del Ministerio de Cultura, en las que se ordenaba la tasación de las 18 piezas encontradas. Estas resoluciones administrativas tienen el carácter de declarativas de derechos, por lo que son incompatibles con la prescripción invocada por la Junta de Andalucía (FJ 2.º). Aun cuando esta Sentencia ha de enjuiciarse a la luz de la Ley de Excavaciones de 7 de julio de 1911, y no considera aprobada la existencia de «ocultación» (art. 10 de la Ley citada), en el artículo 5 de la misma Ley exige el carácter casual del hallazgo y prevé expediente sancionador para los exploradores no autorizados (art. 10). Pero ¿cómo puede considerarse casual el hallazgo de 18 piezas arqueológicas? Una vez que el particular descubra una o dos, si sigue removiendo tierra habrá de considerarse excavación ilegal y perderá su derecho a premio y podrá ser sancionado; y esto tanto desde la Ley de 1911 (arts. 5 —hallazgos casuales— y 10 —exploradores no autorizados—) como desde la Ley 16/1985 (arts. 41.3 —hallazgo casual— y 42.3 —excavaciones ilícitas—). Bajo la Ley de 1985 y las de las Comunidades Autónomas, a un particular que procediera de igual forma que en este supuesto planteado en la Sentencia se le exigiría, además, la comunicación inmediata a la Administración de su hallazgo (art. 44.1) o, de lo contrario, también por ello perdería el derecho al premio en metálico (art. 44.4).

(17) Con relación a la determinación del premio en metálico, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1992, Azdi. 560, en un supuesto en que el descubridor comunica la existencia de un mosaico y, tras la pertinente excavación de la Administración, se descubre que el mosaico era el pavimento de las dependencias de una villa del siglo IV, señala que el descubrimiento de toda la villa (con veintitrés mosaicos más) se ha producido como consecuencia de la comunicación que el particular realizó a las autoridades y, dado el carácter unitario del conjunto descubierto, la tasación del premio en metálico no

el expolio del patrimonio arqueológico, que, en estos supuestos, como se ha señalado, se encuentra absolutamente desprotegido. Se han realizado críticas a este derecho con diferentes objeciones (18), pero esta medida es eficaz, evita más pérdidas de las que causa. Lo que hay que corregir, probablemente, son las situaciones de hallazgos casuales, que sólo se consigue a través del avance en la confección de las Cartas arqueológicas. En otros casos, no se deberían valorar en una indemnización determinados hallazgos fraudulentos (19).

B) *Suspensión de las obras.*

La legislación estatal permite que la Administración autonómica, que es la competente en la protección del patrimonio arqueológico, suspenda cualquier clase de obra cuando se vean afectados estos bienes. Esta facultad, prevista con carácter general, resulta especialmente adecuada para los supuestos de hallazgos casuales como consecuencia de cualquier obra. Este será el camino necesario para estudiar y proteger unos bienes que por ignorarse su existencia no pudieron protegerse de forma previa (vid. *infra*, III). Su previsión se encuentra en los artículos 37 y 25 de la LPHE (20).

sólo debe tener en cuenta la parte del objeto hallado (mosaico), sino todo ese conjunto (villa). De esta forma el premio pasó de 350.000 a 3.470.125 pesetas.

El artículo 60.1 de la LPHG excluye el premio para descubrimientos de bienes inmuebles.

Para la tasación se habrá de acudir a la Comisión pericial y su regulación prevista en el artículo 78 de la Ley de Expropiación Forzosa, por remisión de su artículo 80, legislación aplicable en todas las Comunidades Autónomas, por su carácter de competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.18 de la Constitución). En el caso de «La Dama de Baza» se tasó en treinta millones de pesetas (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1987, Azdi. 584).

(18) ALEGRE AVILA, *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, vol. II, págs. 415 y ss., Madrid, 1994. Según mantiene MOREU, citado por ALEGRE AVILA, no se justifica plenamente que el premio se reparta también con el propietario del lugar en que se encontraron los hallazgos casuales, cuando éste no interviene para nada en ese descubrimiento, de la misma forma que tampoco lo hace cuando los restos no son producto del hallazgo casual y, sin embargo, en este caso, no se le da premio alguno. Frente a esta tesis sí puede justificarse la distinción (que el propietario sólo reciba premio si es hallazgo casual) y otorgarle premio aunque no sea descubridor, pues, como se ha dicho, la finalidad es la de evitar, a toda costa, la destrucción o expolio de los restos arqueológicos, que será más reiterada si la Administración no tiene conocimiento de la existencia de los restos, por haber sido descubiertos casualmente. De ahí que se implique a diferentes personas, el legislador entiende que las más cercanas a esos restos, motivándolas para que realicen la comunicación. Sobre precisiones relativas al premio, vid., igualmente, MOREU BALLONGA, *Hallazgos de interés histórico, artístico y/o arqueológico*, núm. 132 de esta REVISTA, 1993, págs. 187 y ss. También en BENÍTEZ DE LUGO Y GUILLÉN, *El Patrimonio Cultural. Aspectos jurídicos, administrativos y fiscales*, Granada, 1988, págs. 262 y ss.

(19) Vid. supuestos en las notas 10 y 16 de este trabajo.

(20) El artículo 37, apartados 1 y 2, LPHE establece para los bienes muebles e inmuebles:

Salvo en los casos en que la zona en la que aparezcan restos arqueológicos pueda ser considerada un inmueble integrante del Patrimonio Histórico, en los que cabrá la aplicación de ambos artículos, lo normal será la aplicación del artículo 37 LPHE (21), que permite la suspensión de una obra en la que existan restos arqueológicos (por remisión al art. 1 LPHE) por un plazo de treinta días hábiles para que la Administración decida sobre la incoación como Bien de Interés Cultural o la continuación de la obra.

El plazo de suspensión no debe generar derecho a indemnización porque se trata de un supuesto que el particular tiene el deber jurídico de soportar. No habría así responsabilidad patrimonial de la Administración (22).

Ahora bien, los plazos de suspensión tienen una finalidad determinada, que es la que los particulares están obligados a soportar

«1. La Administración competente podrá impedir un derribo y suspender cualquier clase de obra o intervención en un bien declarado de interés cultural.

2. Igualmente podrá actuar de ese modo, aunque no se haya producido dicha declaración, siempre que aprecie la concurrencia de alguno de los valores a que hace mención el artículo 1 de esta Ley. En tal supuesto la Administración resolverá en el plazo máximo de treinta días hábiles en favor de la continuación de la obra o intervención iniciada o procederá a incoar la declaración de Bien de Interés Cultural.»

Igualmente, habrá de tenerse en cuenta el artículo 25 de la LPHE, que para los bienes inmuebles establece:

«El Organismo competente podrá ordenar la suspensión de las obras de demolición total o parcial o de cambio de uso de los inmuebles integrantes del Patrimonio Histórico Español no declarados de interés cultural. Dicha suspensión podrá durar un máximo de seis meses, dentro de los cuales la Administración competente en materia de urbanismo deberá resolver sobre la procedencia de la aprobación inicial de un Plan Especial o de las otras medidas de protección de las previstas en la legislación urbanística. Esta solución, que deberá ser comunicada al Organismo que hubiera ordenado la suspensión, no impedirá el ejercicio de la potestad prevista en el artículo 37.2.»

(21) El artículo 37 LPHE es de directa aplicación pues se refiere a *obras que afecten a bienes integrantes del patrimonio español*, pudiendo ser esos bienes afectados muebles o inmuebles; el artículo 25 LPHE parece un supuesto diferente y específico en el que *la obra se produce en un bien inmueble integrante del patrimonio* (v. gr., una obra sobre un edificio que integra o puede integrar en un futuro parte del patrimonio histórico). Sólo en ese caso es cuando se plantea la compatibilización de los diferentes plazos (treinta días, seis meses) previstos en ambos preceptos, que, sin embargo, no son excluyentes, por imperativo del artículo 25, frase final, de la LPHE. Los plazos afectan a Administraciones diferentes: en un caso es la protectora del Patrimonio y en otro la urbanística.

(22) En Alemania, la jurisprudencia estableció, con base en la función social de la propiedad, que sólo se indemnizaría si el perjuicio al particular por la suspensión resultaba desproporcionado, entendiéndose por tal aquella que excede de seis meses: Sentencia de 23 de junio de 1988, del *Bundesgerichtshof*, BGHZ, tomo 105, pág. 15, recogida por R. BREUER en su ponencia sobre patrimonio arqueológico en Alemania, en la obra colectiva citada *Archéologie et droit de l'urbanisme en Europe*, pág. 15.

(art. 141.1 LRJ-PAC) y no otra. Esto significa que, durante ese plazo, si la Administración ejecuta una prospección o excavación de urgencia se considerará ocupación temporal y, de conformidad con el artículo 43 de la LPHE, regirá la indemnización prevista en la legislación de expropiación forzosa.

Las legislaciones autonómicas se han olvidado de esta clara distinción entre responsabilidad patrimonial y expropiación forzosa y, en su confusión, han encontrado un filón como un medio de financiación de las excavaciones arqueológicas. Esta cuestión ha de ser prudentemente matizada, pero se hará mas abajo, por estar conectada a los demás mecanismos de financiación (vid. *infra*, IV.4).

La Administración competente para acordar la suspensión es la determinada por las Comunidades Autónomas. Tanto la LPHPV, artículo 4.2, como la LPHA, artículo 4.1, párrafo 2.º, permiten al Ayuntamiento la adopción de medidas cautelares necesarias, en caso de urgencia, para la salvaguarda de estos bienes, especificando en sus artículos 48.2 (LPHPV) y 50.2 (LPHA) la posibilidad de que suspendan las obras, notificándolo a la Comunidad Autónoma en las cuarenta y ocho horas siguientes (23).

Esta suspensión municipal podría, en algunos casos, resultar incompatible con el artículo 72 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que sólo permite la adopción de medidas cautelares a los órganos administrativos competentes para resolver el procedimiento iniciado.

Para evitar la aplicación del régimen jurídico de los hallazgos casuales, que obliga a la Administración a disponer de fuertes servicios de inspección (pues no basta con la obligación de declarar y el premio en metálico) y que genera inseguridad jurídica para el particular (que ve cómo su obra se suspende), el sistema más eficaz es la investigación previa, esto es, la confección de Cartas arqueológicas (*infra*, III.1), que se utilizarán para realizar el estudio de impacto ambiental (*infra*, III.2) y para la declaración de zonas (*infra*, III.3), declaración que fundamentalmente sirve para evitar la destrucción como consecuencia del desarrollo urbano. De esa forma, cualquier intervención sobre una zona declarada presupone que incluye una excavación o prospección y será necesario someterla al procedimiento específico de las excavaciones arqueológicas que se cita a continuación.

(23) El artículo 4 de la LPHC-LM determina la competencia de los Ayuntamientos para adoptar medidas cautelares, pero luego no se especifican. En el artículo 52 de la LPHC, sólo el Departamento de Cultura de la Generalidad es competente. El artículo 59.4 de la LPHG permite a los Ayuntamientos adoptar la suspensión.

2. Régimen administrativo específico de las excavaciones arqueológicas

Como acaba de referirse, a este procedimiento se somete tanto la actividad que sólo persigue la prospección o excavación como cualquier otra, fundamentalmente urbanística, que se realice sobre un terreno declarado (como Bien de Interés Cultural, o equivalente en cada Comunidad Autónoma, o como Zona de Protección Preventiva; vid. *infra*, III.3).

A) Necesidad de autorización.

La legislación estatal, artículo 42 LPHE, impone la obligación de obtener una autorización para realizar cualquier prospección o excavación (24), de tal forma que cualquier investigación arqueológica sobre el terreno que no cuente con dicha autorización será considerada ilícita y sancionada administrativamente (al margen de la sanción penal por los daños ocasionados).

B) Procedimiento.

Además de las Leyes autonómicas, todas las Comunidades Autónomas cuentan con normas reglamentarias de desarrollo por las que se regulan las excavaciones arqueológicas, sujetos legitimados para solicitar esta autorización, exigencia de informe-memoria al finalizar la excavación y destino de los objetos hallados.

De acuerdo con el artículo 42 de la LPHE, se otorgará atendiendo a los requisitos de profesionalidad, conveniencia e interés científico, por lo que se tratará de una autorización «discrecional» —con obligación de motivar, por el artículo 54.1.f) de la Ley de Régimen y Procedimiento Común—, pudiendo denegarla la Administración, aun cuando el particular (arqueólogo) disponga de la preparación suficiente, si carece de credibilidad necesaria (por ejemplo, deficientes intervenciones de ese particular en otras actuaciones por ella autorizada) (25). Para la obtención de la autorización, la Sentencia del Tribunal Su-

(24) Igualmente en la legislación autonómica: artículo 16 LPHC-LM, artículo 45 LPHPV, artículo 52 LPHA, artículo 47 LPHC y artículo 57 LPHG.

(25) Mantiene la «discrecionalidad técnica» de la autorización F. SAINZ MORENO, «El régimen jurídico del patrimonio arqueológico», en *Jornadas internacionales. Arqueología de intervención*, Gobierno Vasco, 1992, págs. 27 y ss., defendiendo igualmente el derecho a que se prorrogue esa autorización.

premo de 7 de octubre de 1988, Azdi. 7769, FJ 4.º, estima necesario, además de estos requisitos de capacidad técnica, «... que la campaña de excavaciones sea incluida en un programa anual de algún Centro Oficial dedicado a la investigación arqueológica, aun cuando pueda dicha excavación gozar de autonomía dentro de aquél, dado que esta medida tiene como racional finalidad la no interferencia entre excavaciones, así como conjugar esfuerzos de Organos del Estado o de las Comunidades Autónomas con las que se propongan realizar por los particulares». Con ello no se hace sino abundar en el requisito de la conveniencia para la Administración, que le dota de poder de decisión propio, motivado, claro, para otorgar las autorizaciones. Igualmente, para introducir condicionamientos que considere más adecuados para la ejecución de la prospección/excavación, cuyo incumplimiento podrá provocar la extinción del título administrativo y su sanción (art. 42.3 LPHE).

Estos casos de autorizaciones a particulares, en los que no ejecutan directamente las Administraciones públicas, habrán de contar, lógicamente, con el consentimiento de los propietarios de los terrenos (26), ya que si no la Administración tendría que intervenir a través de un procedimiento forzoso (*infra*, 3 de este apartado II).

La exigencia del artículo 42.1 de la LPHE de autorización expresa para excavar o prospectar no excluye en principio la eventual aplicación del silencio administrativo positivo establecida en el artículo 43.2.c) de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), sino sólo si se establece que quedará desestimada si no recae resolución expresa. Lo definitivo no es la previsión de resolución expresa, sino de expresa denegación. Además, *una solicitud de autorización para excavar no podrá considerarse, en ningún caso, otorgada por silencio*, dado que su estimación tendría como consecuencia la transferencia al solicitante de facultades que afectarían al dominio público (art. 44.1 LPHE, que declara de dominio público los restos arqueológicos), supuesto expresamente excluido del silencio positivo por el artículo 43.2.b), segunda frase, de la LRJ-PAC (27).

No cabe duda alguna que los supuestos de autorización previa excluyen el premio en metálico sobre lo hallado, ya que no se da la circunstancia de imprevisibilidad (art. 42.2, párrafo último, de la LPHE).

(26) Así expresamente, aunque huelga, en el artículo 54.2 LPHA y el artículo 61.2 LPHG. Igualmente parece exigible el previo consentimiento del titular del terreno, cuando éste sea otra Administración; en este sentido, F. SAINZ MORENO, *ob. cit.*, pág. 60.

(27) No sería necesario, por tanto, que se prevea expresamente el carácter negativo del silencio en caso de solicitudes de autorizaciones para excavar o prospectar, frente a lo argumentando por ALEGRE AVILA, *op. cit.*, tomo II, pág. 406, nota a pie 100.

3. *Excavaciones ejecutadas por la Administración*

Bien tras un hallazgo casual, bien tras la realización de la Carta arqueológica o prospección de una zona, bien por la relevancia de unos restos, la Administración puede decidir que ejecuta por sí misma la excavación, en cuyo caso se someterá a los procedimientos de ocupación o de expropiación forzosa, por remisión lógica del artículo 43 LPHE.

Aunque no parece ser la práctica habitual de las Administraciones Públicas, que suelen recurrir a las autorizaciones a las que acaba de aludirse para que sea otro el que ejecute las excavaciones, también está prevista en la legislación estatal su intervención directa (art. 43 LPHE), al igual que en la legislación autonómica (28).

Como se ha expuesto (*supra* II.1.B), si la Administración ejecuta una prospección o excavación, de acuerdo con el artículo 43 LPHE, se generará un derecho a indemnización de conformidad con la legislación de expropiación forzosa. Otra cosa ocurrirá, como se ha dicho, en los supuestos de suspensión de obras para determinar si se protegen o no los restos, pues durante ese plazo (si no se supera o amplía) no surge responsabilidad patrimonial de la Administración, siempre y cuando, hay que añadir, no ejecute ésta, durante ese plazo de suspensión, una prospección o excavación, porque haría actuar al artículo 43 LPHE y la indemnización por la legislación expropiatoria (vid. *infra*, IV.4).

La legislación expropiatoria, que es por tanto la aplicable a estos supuestos, determina bien el procedimiento de ocupación temporal, bien el de expropiación forzosa, siendo obviamente diferente la solución si se cuenta o no con el consentimiento del particular.

A) *Con acuerdo del propietario.*

En ambos supuestos, ocupación y expropiación, está previsto el acuerdo previo con el particular (29); artículo 112.1 por remisión del

(28) Artículos 50 LPHPV; 50.3, 51 y 52.2 LPHA; 50 LPHC; y 56.2 LPHG.

(29) El «convenio expropiatorio» no tiene naturaleza de negocio jurídico-privado, sino de acto administrativo, según defiende la STS de 5 de diciembre de 1992, Azdi. 370/1993, FJ 3.º, de lo que deriva la imposibilidad de su revocación o modificación unilateral, careciendo, continúa la Sentencia citada, de validez y efectos jurídicos cualquier manifestación o reserva en tal sentido formulada por el expropiado. Esta Sentencia, con apoyo en la STS de 29 de marzo de 1979, Azdi. 1038, en concordancia con lo expuesto, deduce que la Administración no puede desligarse del «convenio» ni revocarlo más que declarándolo lesivo e impugnándolo, como acto administrativo que es. Vid. también la STS de 1 de

artículo 83 de la Ley de Expropiación Forzosa, para ocupaciones temporales (30), y el artículo 24 por remisión del artículo 76 de la Ley de Expropiación, para los supuestos de expropiaciones.

B) *Sin acuerdo del propietario.*

En el caso citado en el que el propietario sea otra Administración, si se deniega el consentimiento habrá de seguirse el procedimiento de impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Si no existe convenio con el particular se recurrirá al Jurado Provincial de Expropiación, en el caso de ocupaciones temporales (art. 113, por remisión del art. 83 de la Ley de Expropiación), o, en los casos de expropiación, a una Comisión técnica (arts. 78 y 79 de la Ley de Expropiación) para la determinación de la indemnización o justiprecio, que tendrá en cuenta los criterios urbanísticos de valoración (art. 46 del Texto Refundido de la Ley del Suelo). Para el supuesto de expropiación hay que hacer algunas observaciones.

La remisión del artículo 43 de la LPHE a la legislación sobre expropiación forzosa habría de hacerse, en estos casos, a los artículos 76 y ss. de la Ley de Expropiación («De la expropiación de bienes de valor artístico, histórico y arqueológico»); sin embargo, a tenor del artículo 92.2 de su Reglamento, este procedimiento especial sólo será aplicable a los bienes inmuebles cuando hubieran obtenido la correspondiente declaración oficial de su carácter arqueológico (lo cual implicará, al menos, inclusión en un inventario o catálogo), con antelación mínima de un año a la fecha de iniciarse el expediente ex-

octubre de 1991, Azdi. 6946, FJ 3.º, que, de acuerdo con las SSTS de 21 de junio de 1978, Azdi. 2482, y de 13 de julio de 1987, Azdi. 5427, califica el «convenio» como acuerdo de adhesión del particular (en este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, Madrid, 1991, pág. 286) y como «negocio jurídico de derecho administrativo». Como puede observarse, la terminología jurisprudencial a la hora de definir la naturaleza jurídica de este acuerdo es ambigua, dejando traslucir las imprecisiones doctrinales en este punto. Pueden consultarse, en rechazo de su calificación como contrato o como categoría especial, A. GALLEGÓ ANABITARTE, «La acción concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas y de la Administración. Contribución a la distinción entre la resolución y el contrato administrativo», en *Libro Homenaje al Profesor Juan GALVÁN ESCUTIA*, Valencia, 1980, en concreto págs. 221 y ss., pues, en realidad, según este autor, es un acto administrativo necesitado de colaboración con cargas modales, y J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Los convenios expropiatorios*, Edersa, 1979, págs. 101 y ss. (con un ilustrativo ejemplo: del voluntario en el servicio militar), considerándolos como «simples fases expropiatorias inmersas dentro de un procedimiento».

(30) El artículo 83 de la Ley de Expropiación Forzosa se remite erróneamente al Capítulo VII del Título Tercero, que no guarda relación alguna con estos supuestos. La remisión correcta es al Capítulo Primero del Título IV (arts. 108 a 119) de la misma Ley, en el que recoge el procedimiento general para ocupaciones temporales.

propiatorio. Por tanto, en los restantes casos, se acudirá al procedimiento general del Título II de la Ley.

Esta es la solución legalmente prevista en la legislación de expropiación forzosa; sin embargo, no puede ser asumida en todos sus términos. Entre las especificidades previstas en la Ley de Expropiación para estos casos se encuentra la determinación del justiprecio por parte de una Comisión pericial (art. 78 de la Ley), que no podrá ser inferior al que resulte de aplicar las disposiciones del régimen general, previsto en el Título II de esta Ley (art. 79 de la Ley de Expropiación). Dada la composición de la Comisión (art. 78 de la Ley), esta forma de cuantificación del justiprecio implica la inclusión en éste de valores artísticos (art. 96.2 del Reglamento de Expropiación); de ahí que en ningún caso la tasación pueda ser inferior a la que se llegaría por el procedimiento del régimen general.

Esta previsión y tasación será correcta para la expropiación de aquellos bienes integrantes del Patrimonio Histórico que no pertenezcan al dominio público (por ejemplo, expropiación de un terreno en el que se ubica un edificio declarado Bien de Interés Cultural) o para determinar la indemnización en concepto de premio en metálico existente en los hallazgos casuales (*supra*, II.1.B). Pero ¿cómo es posible remitir la tasación de bienes arqueológicos, declarados o no, a una comisión de técnicos en arte cuando, a partir de 1985, todos los que se extraigan tienen el carácter de dominio público (art. 44.1 LPHE)? ¿En qué va a diferir la tasación en la expropiación de un inmueble que contenga restos arqueológicos de otra cualquiera? ¿Qué valores adicionales van a considerarse?

La legislación expropiatoria (1954-1957) se enmarca en una legislación de Patrimonio Histórico diferente a la actual, siendo ahora necesaria una reforma puntual de la Ley y Reglamento de Expropiación, de tal forma que en la tasación del justiprecio expropiatorio de un inmueble en el que se encuentren restos arqueológicos, restos que son de dominio público, se esté al régimen general (Título II de la Ley de Expropiación). En cualquier caso, para estos supuestos han de considerarse no aplicables esos preceptos en virtud de lo establecido en el artículo 44.1 LPHE.

Por otra parte, es posible que la duración de la excavación no haya sido posible señalarla de antemano (art. 114 de la Ley de Expropiación), pero en los supuestos de una actuación permanente la Administración está obligada a expropiar (art. 117 de la Ley de Expropiación, por remisión del art. 83 de la misma Ley).

En la práctica administrativa son escasos los supuestos de expropiación por las Comunidades Autónomas.

4. Conclusiones

El sistema hasta aquí descrito, que es el que fundamentalmente prevé la LPHE, significaría que prácticamente todos los restos serían sometidos al régimen de los hallazgos casuales y posteriormente exigiría una actuación constante de la Administración en la ejecución de prospecciones y excavaciones, con el consiguiente pago del justiprecio (ocupación o expropiación). Técnicas sencillas, pero inviables desde el punto de vista de la protección, por los hallazgos que se encubrirían y por el coste de los servicios de inspección (para evitar hallazgos no declarados), así como por el coste de las indemnizaciones.

Estos mecanismos tradicionales (otros no citados son, por ejemplo, el derecho de tanteo y retracto, el sistema de sanciones, régimen de exportación, intervenciones, etc.) previstos contra el expolio en general representan un sistema mínimo de protección y, en los casos de hallazgos casuales y excavaciones (o prospecciones) ejecutadas por la Administración, son en realidad mecanismos que han de considerarse residuales, en defecto de una adecuada protección preventiva del patrimonio a través de la confección de una Carta arqueológica. Con esta última se permitirá, en primer lugar, disminuir los casos de hallazgos casuales, no controlables efectivamente sino a través de un enorme complejo de cuerpos de inspectores (imposible en la práctica) y que desconciertan a los particulares en su actividad, sobre todo la constructiva; en segundo lugar, el estudio previo de los posibles yacimientos permitirá la declaración o inventario de zonas que una vez incluidas en el planeamiento urbanístico gozarán de los sistemas de indemnización propios del Derecho urbanístico, con lo que el particular podrá prever su actuación y su coste.

Este sistema tradicional de protección del patrimonio arqueológico se ha visto superado por la práctica administrativa, primero, y por la legislación autonómica, después, que han debido agudizar sus mecanismos de gestión para proveer al patrimonio arqueológico de una protección eficaz.

III. MECANISMOS CONTRA LA DESTRUCCIÓN COMO CONSECUENCIA DEL DESARROLLO URBANO

Dos son los mecanismos elementales que permitirán evitar los inconvenientes mencionados (vid. también *infra*, IV.2). Son la exigencia de que en el estudio de impacto ambiental se tome en consideración la información arqueológica y la declaración de zonas, que vin-

cula al planeamiento urbanístico. Para la efectividad de ambos resulta esencial la confección de las Cartas arqueológicas.

1. *La Carta arqueológica*

Las Cartas arqueológicas, que localizan y datan todos los yacimientos de un territorio, constituyen documentación interna, no normativa (31), y no son públicas. Se facilitan a los servicios administrativos que puedan tener relación con su protección o a los arqueólogos encargados de la excavación o prospección de una zona, o sobre la que haya de realizarse un estudio de impacto ambiental. Su publicidad se elude, lógicamente, por las Comunidades Autónomas, pues se aumentaría el ya elevado número de expoliadores. Por tanto, el conocimiento público se realizará por la declaración de Zonas Arqueológicas o su inclusión en Catálogos del planeamiento municipal. Así, hay Comunidades Autónomas que las tienen completamente terminadas, como la de Madrid (32), o realmente avanzadas, como las de Galicia (80%) y Castilla y León (60%) (33).

(31) Las Cartas arqueológicas constituyen información (documentos de localización y datación de todos los yacimientos apreciados en un territorio) interna (no son públicas) de las Administraciones competentes en la protección del patrimonio arqueológico, que carecen de eficacia jurídica vinculante. Son utilizadas para conocer la riqueza arqueológica de una zona, para una posible declaración; o como información que se puede facilitar para que el titular de un proyecto sometido a Evaluación de impacto ambiental pueda advertir en su Estudio de impacto y para que la Administración realice la Declaración de impacto con la información ya reflejada en ellas; o como indicio de un posible expolio o destrucción de un yacimiento en un terreno excavado por un particular. Por sí solas, las Cartas arqueológicas no vinculan ni a los particulares ni a la Administración; ésta no se encuentra obligada a declarar determinadas zonas que en la Carta aparezcan como relevantes desde el punto de vista arqueológico. La LPHC-LM ha eliminado el carácter de información interna de la Carta arqueológica, al exigir su inclusión en el planeamiento, como documentación informativa (art. 21). Esta determinación es arriesgada porque puede facilitar el expolio al indicar la localización precisa y datación de los yacimientos, tesis en la que parece haber acuerdo entre los servicios arqueológicos de diferentes Comunidades Autónomas consultadas (Madrid, Castilla y León, Galicia y Andalucía). Por otro lado, esta previsión del artículo 21 de la LPHC-LM no desvirtúa la aludida naturaleza no jurídica, sino técnica o informativa, de la Carta arqueológica, pues sólo surgirá la obligación del propietario o promotor de aportar el estudio arqueológico previo y autorizado por la Consejería de Educación y Cultura (art. 21.1) si así lo establece el plan urbanístico a partir de la información de la Carta (art. 21.2, última frase). Es decir, por sí misma, la Carta arqueológica no determina obligaciones para el particular; sólo surgirá esa obligación, genéricamente prevista en el artículo 21.1, tras la inclusión de una exigencia específica en el planeamiento urbanístico para determinadas zonas, elegidas a partir de la información que proporciona la Carta arqueológica. El carácter vinculante de la Memoria (vid. J. DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Madrid, 1993, pág. 53), si es que esa «documentación informativa» forma parte de su contenido, no significa que la Carta tenga esa misma naturaleza, por sí sola, sino porque se incluye en el planeamiento.

(32) Sobre Cartas arqueológicas en la Comunidad de Madrid, F. VELASCO STEIGRAD, «El programa de Carta Arqueológica en la Comunidad», en *Arqueología, Paleontología y Etnografía*, tomo 1 de la Serie de la Consejería de Cultura de la Comunidad, Madrid, 1991.

(33) Datos facilitados por los Servicios de Arqueología de estas Comunidades.

Sólo a partir de este documento puede conseguirse una protección jurídica eficaz, tanto de los mecanismos citados en este apartado III como de los citados en el apartado IV del presente estudio.

Ha de considerarse prioritaria su confección por las Comunidades Autónomas, si bien es cierto que pueden oponerse a ello razones presupuestarias. Pero es más el dinero que se pierde y la información cultural que se destroza que lo que cuesta la confección de una Carta arqueológica.

2. *Estudio de impacto ambiental*

Uno de los mecanismos que más eficazmente ha conseguido la protección preventiva del medio ambiente es el de la Evaluación de impacto ambiental. La legislación europea, afortunadamente, utilizó el concepto amplio de medio ambiente que incluye el patrimonio histórico. Por ello, los proyectos públicos y privados que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente habrán de someterse a una Evaluación de acuerdo con los artículos 5 a 10 de la Directiva 85/337/CEE, en cuyo artículo 3 y Anexo III se prevé la inclusión de los efectos directos e indirectos del proyecto sobre el patrimonio arqueológico. Dicha exigencia se reitera en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental —art. 2.1.b)—, y en el Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, por el que se aprueba su Reglamento, y, por supuesto, en la legislación autonómica existente. Esta previsión sobre el patrimonio histórico ya tiene su reflejo en los Tribunales (34).

A través de la Evaluación se habrá de tomar en consideración la repercusión sobre todos los restos arqueológicos, para lo cual la existencia de una Carta arqueológica permite un mínimo control sobre el Estudio que pueda realizar el promotor.

Además, en otros casos puntuales de grandes obras de ordenación del territorio que no están sometidas a la solicitud de licencia y, por tanto, no vinculadas por las medidas de protección que estén sólo incluidas en el planeamiento municipal (esto es, que no se ejecuten sobre una zona declarada, en cuyo caso no estarán sometidas a licencia pero sí a las determinaciones previstas en la legislación del patrimonio arqueológico), mediante la exigencia de Evaluación de impacto, se impedirían expolios, dado el carácter preventivo de la Evaluación (35).

(34) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 2 de diciembre de 1993: actividad minera en las inmediaciones de zona con cuevas y castros prehistóricos.

(35) Sobre la no exigencia de licencia para las grandes obras de ordenación del terri-

3. *Declaración de zonas*

Si se parte de la necesidad de compatibilizar el desarrollo urbano y la conservación del patrimonio, parece que no queda mejor salida que la de su integración en los planes urbanísticos, que es el elemento apropiado para ello.

La legislación urbanística tenía prevista cierta protección genérica del patrimonio histórico, a través del artículo 72.2.f) del Texto Refundido de la Ley del Suelo, que incluye, entre las determinaciones del Plan General, medidas para la protección del medio ambiente y de conjuntos urbanos e históricos; de los Catálogos previstos en el artículo 93 del mismo Texto Refundido, y a través del artículo 38.2.g) y h) del Reglamento de Planeamiento Urbanístico, que incluye, entre la información necesaria que ha de recoger la Memoria del Plan General, los valores históricos y artísticos existentes en su ámbito territorial, así como el análisis de la posible incidencia de la legislación específica del patrimonio histórico-artístico. La vaguedad de estas determinaciones dejaba su protección en manos de la sensibilidad de cada Ayuntamiento (36).

Por ello, la legislación de patrimonio histórico ha previsto la imposición a las autoridades municipales por parte de las autonómicas, que son las competentes sobre el patrimonio, de determinadas prescripciones para zonas específicas, que despliegan eficacia hacia el planeamiento y hacia los particulares.

A) *Eficacia sobre el planeamiento urbanístico.*

Tanto la legislación estatal sobre patrimonio histórico como la autonómica han prescrito la inclusión de bienes en algún inventario o bajo una declaración específica.

torio: Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1984, Azdi. 2541; de 29 de mayo de 1986, Azdi. 4471; de 17 de julio de 1987, Azdi. 7524; de 9 de diciembre de 1987, Azdi. 9463; de 25 de febrero de 1992, Azdi. 2975. También están excluidos los casos de defensa nacional o de excepcional interés público (art. 244 del Texto Refundido de la Ley del Suelo).

(36) La colaboración de algunos Municipios con las Comunidades Autónomas ha sido, en algunos casos, esencial, sobre todo cuando no disponen de una legislación específica sobre la materia, y sólo se regulan por la legislación estatal (LPHE). Así ha ocurrido, por ejemplo, en la Comunidad de Madrid, donde se ha conseguido una protección similar a la que podrían obtener en los municipios con legislación autonómica que utiliza el sistema de declaraciones específicas que se analizará a continuación. Sobre los casos de Madrid y Alcalá de Henares: P. MENA MUÑOZ, «Arqueología urbana en el término municipal de Madrid (1985-1990)», y A. MÉNDEZ MADARIAGA, «La protección del patrimonio arqueológico. El ejemplo de Alcalá de Henares», ambos en *Arqueología, Paleontología y Etnografía*, serie de la Consejería de Cultura de la Comunidad de Madrid, 1991, tomos 1 y 2, respectivamente.

En la legislación estatal, los bienes inventariados o declarados de interés cultural gozarán de un singular régimen de protección y tutela, establecido, con carácter general, en los artículos 9 a 39 de la LPHE.

La inclusión en el Registro General (para los Bienes de Interés Cultural) o en el Inventario General (para los bienes inventariados) es requisito necesario para el otorgamiento por el Estado de beneficios fiscales, pero no para el establecimiento de otra serie de medidas de protección previstas en los artículos 9 y ss. de la LPHE. La inscripción, por tanto, como ha señalado el Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991, FJ 3.º), es un instrumento de publicidad formal, que despliega efectos puramente declarativos, y no puede otorgársele el carácter de constitutiva.

La declaración de Bien de Interés Cultural podrá recaer tanto sobre bienes inmuebles (art. 9 LPHE) como sobre bienes muebles (art. 27 de la Ley); éstos podrán ser incluidos en el Inventario General si, a pesar de no alcanzar la consideración de Bien de Interés Cultural, tuvieran singular relevancia.

Centrándonos en los restos arqueológicos, éstos podrán ser incluidos en el Inventario General (art. 26.3 LPHE), en cuyo caso serán protegidos por el régimen previsto en los artículos 26 y ss. LPHE; también podrán ser declarados Bien de Interés Cultural bajo la figura de Zonas Arqueológicas (37), según está previsto en el artículo 15.5 LPHE (38). Esta declaración implica un régimen jurídico de protección especial, cuya aplicación desplaza a las normas urbanísticas (art. 20 de la LPHE).

En las legislaciones autonómicas son diferentes las denominaciones y posibilidades de inventarios o declaraciones. En la LPHC-LM no aparece mención de inventario peculiar de esa Comunidad, sólo se reitera la posibilidad de declarar Bien de Interés Cultural una Zona Arqueológica (art. 10).

(37) Obviamente, como especifica la STS de 2 de diciembre de 1994, FJ 5.º, Azdi.10023, el género son los Bienes de Interés Cultural y las especies son los Monumentos, los Jardines, los Conjuntos y Sitios Históricos, las Zonas Arqueológicas y los Parajes Pintorescos.

(38) El artículo 15.5 LPHE establece:

«Zona Arqueológica es el lugar o paraje natural donde existen bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie, en el subsuelo o bajo aguas territoriales españolas.»

Como se observa, este precepto no requiere ninguna cualificación especial para declarar una Zona Arqueológica, esto es, no precisa que los restos sean de una determinada relevancia. Sin embargo, de la exposición que se ha hecho de la LPHE, que diferencia Inventario o Bien de Interés Cultural, dependiendo de su relevancia artística, parece que sí deben existir ciertas apreciaciones para que se declare una Zona Arqueológica.

El artículo 10.1 de la LPHPV permite la declaración de «bienes culturales calificados» a «aquellos bienes del patrimonio cultural vasco cuya protección es de interés público por su relevancia o singular valor». Paralelamente a la legislación estatal se crea el «Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco» (art. 16), para los bienes que «sin gozar de la relevancia o poseer el valor contemplados en el artículo 10 de la presente Ley, constituyen, sin embargo, elementos integrantes del patrimonio cultural vasco». El acceso a ambos registros es público (arts. 14.3 y 18.2).

La LPHA establece un régimen paralelo: inscripción en el «Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz», bien como Zona Arqueológica (arts. 6, 26 y 27.5), constituyendo así una inscripción denominada específica (art. 7.1); o bien con carácter genérico (art. 7.1), cuando se pretenda únicamente identificar un bien como parte de dicho patrimonio (art. 12). A diferencia de la LPHE, LPHPV y de la LPHC, donde la inscripción en inventario o registro tiene carácter declarativo, en los artículos 7 y ss. y 30 de la LPHA la inscripción es de carácter constitutiva: en lugar de prever el procedimiento de declaración, se regula el de inscripción. Antes de ésta, para que se les aplique un régimen cautelar, es necesario una anotación preventiva (v. gr., art. 18.1 del Decreto 19/1995, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico de Andalucía).

La LPHC crea los «Bienes Culturales de interés nacional» —los más relevantes del patrimonio cultural catalán— (arts. 7 y ss.) y el «Catálogo del Patrimonio Cultural Catalán» (arts. 15 y ss.), en el que también se inscribirán los «bienes culturales de interés local» (art. 17).

Todas las Zonas Arqueológicas tienen eficacia vinculante para el planeamiento. Así está previsto en la legislación estatal (art. 20.1 LPHE), que determina la prevalencia de la declaración de Zona Arqueológica (dentro de la categoría de Bien de Interés Cultural), en concreto del Plan Especial de Protección del área afectada (de obligatoria redacción por el Municipio y cuya aprobación requiere informe favorable del órgano encargado de su protección) sobre los planes urbanísticos (39). La misma eficacia vinculante para el planea-

(39) Sobre los problemas planteados en la relación Plan Especial-Plan General, vid. F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *Jerarquía entre planes urbanísticos: límites del planeamiento inferior. Planes Especiales independientes. Los Proyectos de Urbanización: naturaleza y contenido*, en «Cuadernos de Derecho Judicial», Urbanismo II, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 177 y ss., en concreto págs. 187 y ss., en las que se explica la relación del Plan Especial y el Plan General, pudiendo aquél incluir limitaciones de uso (art. 84.5 del Texto Refundido de la Ley del Suelo), y se aporta la tesis jurisprudencial más benévola en lo que se refiere a Planes Especiales que otorguen mayor protección a conjuntos y bienes de interés cultural, supuesto éste en el que se permiten modificaciones específicas

miento prevé la legislación autonómica descrita para las «Zonas Arqueológicas» así calificadas o inventariadas (40).

Lo interesante de las leyes autonómicas es la previsión de otros supuestos de vinculación del planeamiento urbanístico. Junto al concepto de Zona Arqueológica del artículo 15.5 de la LPHE (lugar donde existen restos arqueológicos), las Comunidades Autónomas han concebido en sus leyes la figura de las *zonas en las que se presume la existencia de restos arqueológicos*, con denominación heterogénea en cada Comunidad, a las que se alude en este trabajo como Zonas Arqueológicas de Protección Preventiva (en adelante, ZAPP).

Estas ZAPP no integran la categoría de Bien de Interés Cultural, pero su declaración origina obligaciones determinadas. En la legislación vasca y catalana sólo se imponen al propietario o promotor de las obras; en la andaluza (art. 29 LPHA) también para el planificador.

La aparición de estas ZAPP puede originar una discusión acerca del concepto de Zona Arqueológica (como Bien de Interés Cultural), de la amplitud de su declaración o de la jerarquización y valoración de lugares con restos arqueológicos. Jurídicamente, al margen del posible solapamiento de ambos conceptos, su existencia facilita la protección preventiva y supone una de las mayores innovaciones de la legislación autonómica, que, como se ha visto, en lo que a declaraciones y catalogaciones se refiere, viene a reiterar o duplicar las determinaciones de la legislación estatal.

Efectivamente, el artículo 15.5 LPHE, al definir Zona Arqueológica, no utiliza ningún criterio de jerarquización de los restos arqueológicos, ni exige el requisito de su especial relevancia. Sin embargo, en la diferenciación que hacen las legislaciones estatal y autonómicas sobre declaración o catalogación (inventarios), como se ha expuesto, sí se observa la apreciación de la mayor o menor relevancia.

Considero que hay dos posibilidades, ambas defendibles, para la declaración de zonas, según la perspectiva que se adopte. Bien, partiendo de que los restos arqueológicos no pueden ser jerarquizados, utilizar sólo la declaración de Zonas Arqueológicas, ya que el artículo 15.5 LPHE no exige especial relevancia (41); bien diferenciar las

del Plan General (altura, edificabilidad o volúmenes), en pág. 190. Sobre planificación en materia de Patrimonio Histórico en general, vid. el completo estudio de C. BARRERO RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, págs. 559 y ss.

(40) Artículos 28 y 44.2 LPHPV; Título IV LPHA; artículo 33 LPHC; y así parece en el artículo 48.1 de la LPHG.

(41) En favor de la delimitación de zonas arqueológicas amplias se manifiestan los técnicos arqueólogos de la Comunidad de Madrid, como expone F. VELASCO STEIGRAD, «Un modelo de gestión a partir de la declaración de zonas arqueológicas amplias: el caso de Madrid», en *Jornadas internacionales. Arqueología de intervención*, del Departamento de Cultura del Gobierno Vasco, 1992, págs. 77 y ss., de gran interés porque fija los principios de ese modelo de gestión.

Zonas Arqueológicas y las ZAPP, cuya protección obedecerá a motivaciones distintas: en el primer caso, para conservar determinados restos arqueológicos (*interés de conservación*), y en las ZAPP, para preservar su estudio (*interés de estudio*), aunque después pueda considerarse necesaria su conservación. Lo importante realmente es que ambas figuras tengan una eficacia vinculante para el planeamiento, pues, como se ha dicho, es el lugar idóneo para que se integre la protección del patrimonio y el desarrollo urbano, y a través de él se podrá trasladar a los particulares la tutela del patrimonio, de la misma forma que éstos son los que provocan el desarrollo urbano. Tanto las obligaciones para los particulares (que se ve a continuación) como los mecanismos de financiación (*infra*, IV) son más fácilmente articulables y eficaces si se encuentran reflejados en el planeamiento.

La extensión de las zonas declaradas dependerá de la opción que se haya tomado: bien sólo en favor de las Zonas Arqueológicas, bien actuando también con las ZAPP. Si sólo se protege a través de las Zonas Arqueológicas, éstas habrán de ser amplias, incluyendo en este concepto no sólo a los restos que se pretendan conservar, sino también todas aquellas zonas en las que se presume la existencia de restos arqueológicos. Si se actúa con ambas figuras, las Zonas Arqueológicas se extenderán sólo a las zonas a conservar, mientras que las ZAPP serán tan amplias como lo sean los terrenos que contengan restos.

La lógica de la legislación sobre patrimonio histórico congenia mejor con la aceptación y distinción de ambas zonas, unas para conservar; otras, en principio al menos, sólo para que no se pierdan unos restos, para poderlos estudiar, pero no requieren conservación en ese lugar.

En cualquier caso, ambas opciones parecen viables. Lo definitivo y que sí tiene especial trascendencia es que, sea cual sea la solución, siempre se prevea la vinculación del planeamiento urbanístico a la declaración de zonas. Sólo así se conseguirá articular una correcta y eficaz protección del patrimonio arqueológico. Al menos así lo será bajo el vigente Derecho urbanístico, que ofrece unas beneficiosas posibilidades de explotación para la salvaguarda del patrimonio arqueológico, sobre todo de enormes repercusiones para la arqueología urbana.

B) *Obligaciones del particular.*

Al margen de la colaboración de los particulares en la financiación de los estudios arqueológicos (*infra*, IV), la declaración de Zo-

nas Arqueológicas (o denominaciones autonómicas similares que indican una declaración de «alto nivel») o de ZAPP (zonas de protección preventiva, con diferentes denominaciones autonómicas) determina una serie de obligaciones para los particulares que intervienen en el desarrollo urbanístico. En definitiva, de lo que se trata es de que en las obras a realizar se tenga en cuenta el patrimonio arqueológico. Como la competencia sobre urbanismo y sobre patrimonio recae sobre Entidades diferentes, bien podrían actuar independientemente, aprobando cada una unos planes diferentes, o bien encauzarse la protección arqueológica a través del procedimiento urbanístico. Las soluciones autonómicas son muy diversas, dependiendo además de que el planeamiento recoja o no las diferentes zonas. En unos casos, el particular habrá de cumplir con las determinaciones autonómicas con carácter previo al otorgamiento de licencia; en otros, se obtendrán licencias condicionadas; en otros, tras la licencia se comunicará a la Comunidad para que indique si tiene que cumplir algunas obligaciones.

Sea cual sea la solución adoptada en cada caso, parece que, de cara a la seguridad jurídica del particular y la eficacia de actuación de las Administraciones, las obligaciones que acompañan a cada terreno deberían indicarse en el planeamiento; así, el particular podrá estar informado, con una sola consulta, de cuáles son sus deberes y obligaciones. La exigencia de doble autorización para las zonas declaradas (de la Administración arqueológica y de la urbanística competentes) bien podría integrarse en un solo procedimiento, el sustantivo (urbanístico), dándose traslado por la Administración local a la autonómica para que, antes de la resolución de aquélla, se pronuncie ésta sobre las afecciones arqueológicas, a partir de los estudios arqueológicos que en cada caso sean exigidos al particular (esto es, de forma similar al procedimiento previsto para las Evaluaciones de impacto). De esta forma se simplificarían trámites innecesarios.

a) *Obligaciones previas al otorgamiento de licencia.*

Con carácter previo al otorgamiento de la licencia urbanística se obliga en determinados casos al particular a realizar estudios arqueológicos o proyectos arqueológicos, todo ello, obviamente, bajo la autorización del órgano de la Comunidad que sea competente en la protección del patrimonio arqueológico. En los artículos 45.5 y 49 LPHPV se exige para las Zonas Arqueológicas un proyecto arqueológico y, en los supuestos de ZAPP, aportar un estudio arqueológico, a raíz del cual se determinará la necesidad o no de proyecto arqueológico.

gico; siempre con carácter previo al otorgamiento de licencia. De similar forma lo hacen los artículos 48 y 49.3 LPHC. La LPHA sólo incluye en este supuesto los casos de Zonas Arqueológicas (art. 31 LPHA, tanto para los particulares como para otras Administraciones). Aun cuando la LPHG se refiere también a las zonas donde se presume la existencia de restos arqueológicos, sólo prevé la presentación de un proyecto arqueológico para las Zonas Arqueológicas (art. 63.2 LPHG). En municipios de otras Comunidades Autónomas, como, por ejemplo, Madrid y Alcalá de Henares, el sistema es el mismo; sólo que, al no contar con ZAPP, las Zonas Arqueológicas serán amplias zonas y las obligaciones se gradúan atendiendo al nivel de protección predeterminado (42).

En estos supuestos, por tanto, el particular, para poder obtener la licencia urbanística, ha de haber cumplido previamente con las autorizaciones o informes de la Administración autonómica que dicte sobre los restos arqueológicos que haya en su terreno. Si no se cumplen, la licencia habrá de denegarse, como sucede en el caso resuelto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1987 (Azdi. 4596). Dicha licencia no podrá obtenerse por silencio positivo si estamos en uno de estos casos en que es necesaria la previa autorización autonómica. Así lo reconoció la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 10 de marzo de 1993.

En ningún caso podrá sustituirse esta autorización previa por una licencia condicionada. Este caso, recogido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1989 (Azdi. 5736), supone la comisión de una infracción por parte del Ayuntamiento —art. 76.1.c) LPHE—. El Tribunal entiende como infracción independiente la del particular que no solicitó la previa autorización y comenzó la remoción de tierras —art. 76.1.d) y e)—, a pesar de lo cual tiene en cuenta esa circunstancia (otorgamiento de licencia por el Ayuntamiento) para apreciar la existencia en el particular de un error vencible, lo que, unido al principio de proporcionalidad (única circunstancia que debería haber tenido en cuenta el Tribunal, aunque puede discutirse que la posterior autorización de las obras implique «escasa importancia de los hechos»), le lleva a reducir la sanción de un millón de pesetas, impuesta por la Dirección General de Cultura de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, a cien mil pesetas.

(42) Artículos 8.4.1 a 8.4.7 de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, y artículos 2.3.1.1 a 2.3.1.17 de las Normas Urbanísticas de su Plan General de Ordenación Urbana. Sobre estos supuestos, vid. obras citadas en nota 36, de MENA MUÑOZ y MÉNDEZ MADARIAGA.

b) *Licencias condicionadas.*

Esta es la técnica expresamente prevista en el artículo 21.2 LPHC-LM: la inclusión de los condicionamientos necesarios en las licencias.

c) *Notificación tras la licencia obtenida.*

Para las ZAPP, la LPHA (art. 49.3, denominadas ahí Zonas de Servidumbre Arqueológica) determina la obligación de comunicar a la Comunidad en un plazo determinado (quince días antes de comenzar las obras). Esta obligación es matizada (o modificada, mejor) por el artículo 48 del Reglamento que desarrolla la LPHA, que exige tanto para las Zonas Arqueológicas como para las ZAPP la necesidad de realizar actividad arqueológica previa a la autorización, que es previa a la licencia (parece) para determinar las previsiones a incluir en el proyecto de intervención. Con ello, en realidad, este supuesto de ZAPP se incluiría entre las obligaciones previas a la licencia, trazadas en el punto a) del presente estudio.

La diversidad de supuestos aconseja que el particular esté informado de ellos a través de los planes urbanísticos municipales, en los que resulta muy práctico diferenciar diferentes niveles de protección (en una Zona Arqueológica o entre Zona Arqueológica y ZAPP), con una graduación equivalente de las obligaciones. Los constructores y promotores siempre estarán dispuestos a cumplir con sus obligaciones arqueológicas si ello determina la obtención o no de la licencia urbanística (43). Esto es, el cumplimiento de las obligaciones será perseguido por los particulares si se establecen con carácter previo al otorgamiento de licencia, en la que están obviamente interesados. Además, de cara a la colaboración financiera (*infra*, IV), siempre se desembolsa más cómodamente el dinero si con ello se persigue la obtención de la licencia que si, con posterioridad a su otorgamiento, se les exigen aportaciones económicas a los particulares, que ya no verán con buenos ojos.

Por otro lado, sólo las obligaciones de intervención arqueológica previa permiten adecuar los proyectos a posibles conservaciones *in situ* de restos arqueológicos, o a condiciones de ejecución del proyecto.

(43) Tampoco conviene olvidar en las regulaciones los supuestos de obras no sometidas a licencia. Vid. artículo 46.1 del Reglamento de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico Andaluz.

4. Conclusiones

La fórmula que parece más adecuada para integrar la protección del patrimonio arqueológico y el desarrollo urbano será la de incluir la toma en consideración de los restos arqueológicos en los procedimientos de control de las grandes obras (Evaluaciones de impacto) y del proceso urbanístico (planeamiento municipal). Para ello, la existencia de un censo autonómico de los yacimientos existentes, las Cartas arqueológicas, puede ayudar enormemente a soslayar el peligroso régimen jurídico de los hallazgos casuales, que, si bien es necesario, no ofrece seguridad, por lo inevitable de los expolios (buscadores de tesoros o constructores despistados) y demás consecuencias que de la imprevisión se derivan.

La declaración de zonas, como Bien de Interés Cultural o como de protección preventiva, es, probablemente, la clave en la protección de este patrimonio, cuya mejor articulación jurídica se obtiene si poseen eficacia vinculante para el planeamiento, lo cual no es una solución hasta ahora impuesta de forma generalizada. Así, los particulares sobre los que recaen las obligaciones de urbanizar y construir serían igualmente cooperadores en la protección del patrimonio. Su colaboración parece ser mejor acogida si estas obligaciones arqueológicas se anteponen a la obtención de la licencia urbanística, que es lo que deseosamente persiguen. Podría conseguirse así un régimen de protección del patrimonio arqueológico completo, cerrado y aceptado socialmente, que se cumple realmente.

No se puede escapar al estudio de la arqueología urbana, ya que abarca el descubrimiento de todos los restos que haya en el subsuelo de cada solar, la referencia a los mecanismos para financiar el enorme coste que su protección y estudio acarrea.

IV. MECANISMOS DE FINANCIACIÓN DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO

Dada la gran densidad de yacimientos arqueológicos en España (44), todos los mecanismos hasta ahora descritos para la protección en la arqueología urbana serían inútiles si al final la carga económica recayera exclusivamente sobre las Administraciones Públicas. Por ello, la legislación estatal y las autonómicas se han provisto de algunas técnicas que permiten soportar estos costes.

(44) Vid. *supra*, nota 1.

1. *Declaración de dominio público*

Los restos arqueológicos, siempre que carezcan de dueño histórico conocido, formarán parte del dominio público (art. 44.1 de la LPHE) (45). Con esta declaración se consigue, además de la atracción de las características de inembargabilidad, imprescriptibilidad e inalienabilidad propias del dominio público, el evitar la compra por la Administración de determinadas piezas (46). Hay que destacar esta protección ya que, con anterioridad a la LPHE, una parte de los bienes recuperados durante una excavación arqueológica podían formar parte de colecciones particulares. A partir de la LPHE todos estos bienes, que forman parte del patrimonio cultural español, quedan bajo la salvaguarda de las Administraciones Públicas, pudiendo ser disfrutados por todos los ciudadanos.

Esta declaración del artículo 44.1 LPHE significará también que de cara a las expropiaciones de terrenos en los que se contengan restos arqueológicos (arts. 76 y ss. de la Ley de Expropiación Forzosa), como se ha indicado (*supra*, II.3.B), el justiprecio no incluirá la valoración de estos restos, ya que son *ope legis* de dominio público. Por tanto, el artículo 44.1 LPHE determina la inaplicabilidad de la tasación por la Comisión pericial de los artículos 78 de la Ley de Expropiación y 92 de su Reglamento, que se sustituye por la del procedimiento general del Título II de la Ley de Expropiación, que no incorpora valores artísticos en el justiprecio.

2. *Inclusión en el planeamiento municipal*

El Derecho urbanístico tiene hoy previstas numerosas posibilidades para compensar a los particulares que se ven afectados por determinaciones del planeamiento. Por ello, la inclusión en el planeamiento municipal de las Zonas Arqueológicas y de las Zonas Arqueológicas de Protección Preventiva permitirá que la conservación *in situ* de determinados restos arqueológicos no resulte inviable económicamente para la comunidad. Podrán utilizarse así todos los mecanismos previstos para los casos de aprovechamientos no materializa-

(45) Un magnífico estudio sobre el carácter de dominio público de los restos arqueológicos se encuentra en ALEGRE AVILA, *op. cit.*, tomo II, págs. 347 a 380. Enormemente clarificadora para comprender el concepto de dominio público en España resulta la lectura de GALLEGO ANABITARTE/MENÉNDEZ REXACH/DÍAZ LEMA, *El Derecho de Aguas en España*, Madrid, 1986; entre otras, págs. 360 y ss.

(46) En el caso de la Dama de Baza se tasó en treinta millones de pesetas (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1987, Azdi. 584).

bles (art. 152 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, para terrenos incluidos en unidades de ejecución: reducción de cargas; compensar, bien en otras unidades de ejecución, bien en metálico; o, si es actuación asistemática, mediante la regulación de los arts. 185 y ss. del mismo Texto). La indemnización por vinculaciones singulares quedaría para supuestos residuales (art. 239.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo).

Por tanto, la conservación *in situ* de los restos arqueológicos puede encontrar a través del Derecho urbanístico otra forma de evitar la expropiación forzosa, al menos para muchos casos que pueden tenerse en cuenta en el planeamiento. El planificador deberá considerar estas determinaciones arqueológicas a la hora de delimitar las unidades de ejecución, de forma que siga siendo rentable la actuación de los promotores en las unidades de ejecución ocupadas por zonas a conservar (art. 144 del Texto Refundido) y prever unidades de ejecución excedentarias para poder compensar los aprovechamientos no materializables a consecuencia también de las cargas arqueológicas.

3. *Función social de la propiedad*

Declarada en el artículo 33.2 de la Constitución la función social que, de acuerdo con las leyes, integra también el derecho de propiedad, y reafirmada por el Tribunal Constitucional la posibilidad de que la Administración, en desarrollo de esas leyes, someta a los propietarios a determinadas obligaciones (47), resultaría incuestionable la participación de los promotores y constructores en la financiación de las actuaciones arqueológicas, máxime cuando ello supone el cumplimiento del artículo 47, 2.º párrafo, de la Constitución, que impone la participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas generadas por los entes públicos.

Si la legislación estatal (art. 43 LPHE) sólo hace mención a las prospecciones y excavaciones ejecutadas por la Administración, lo que determina, además de costear dicha actuación, el deber de indemnizar por la ocupación (o expropiación), algunas Comunidades Autónomas han desplazado, en mayor o menor medida (dependiendo de cada Comunidad), la carga económica hacia los particulares con terrenos incluidos en Zonas Arqueológicas o en Zonas Arqueológicas de Protección Preventiva (ZAPP) (48).

(47) Fundamental es la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo, FJ 3.º, sobre la Ley de Reforma Agraria Andaluza.

(48) Artículo 21 LPHC-LM; artículos 45.5 y 49.2 de la LPHPV; artículo 48.1 del Re-

Con esta medida se evita el desembolso por las Administraciones que originaría el coste de la ejecución de la prospección y la indemnización que seguiría a la ocupación forzosa.

En el caso de hallazgos casuales, también las legislaciones autonómicas han pretendido esquivar los costes y el procedimiento de ocupación temporal, pero la solución dada en este caso es muy discutible jurídicamente, aunque sea eficaz, por las razones que se exponen a continuación.

4. *Suspensión de las obras en un hallazgo casual*

Existe una notable distancia en este punto entre la legislación estatal y la autonómica, mucho más desarrollada y quizá desencajada de aquélla.

La Ley estatal, como se ha dicho (*supra*, II.3), se remite a la legislación de expropiación forzosa para determinar la indemnización en los casos de prospección o excavación ordenada por la Administración (art. 43 LPHE); y los artículos 25 y 37.2, sobre suspensión, no aluden a la indemnización o a su exclusión (49).

Frente a este esquema legal, las Comunidades Autónomas (País Vasco, Andalucía, Cataluña y Galicia) permiten la suspensión de obras, ante un hallazgo casual, que no dará lugar a indemnización si no sobrepasa un límite determinado, que difiere en cada Comunidad. Si exceden de ese plazo, el particular tendrá derecho a indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración (50).

El primer problema que puede plantear esta diferencia entre la legislación estatal y las autonómicas es la confusión entre la indemnización que proceda por la legislación expropiatoria y la reparación del daño causado por responsabilidad patrimonial de la Administración. La distinción de ambas instituciones puede aplicarse claramente a la legislación estatal.

Mientras que en el supuesto del artículo 43 LPHE (la Administración ejecuta la prospección o excavación) la acción de la Administración tiene por objeto el causar un despojo patrimonial (por ocupación o expropiación) (51), en el supuesto de suspensión de obras

glamento de Protección y Fomento que desarrolla la LPHA; artículos 48.2 y 49.3 de la LPHC; y artículo 63.2 de la LPHG.

(49) Al margen queda la indemnización por suspensión de contrato administrativo de obras por la aparición de restos arqueológicos. Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1990, Azdi. 637; y de 7 de mayo de 1990, Azdi. 3780.

(50) Quince días, en el artículo 48.2 de la LPHPV; un mes, en el artículo 50.2 de la LPHA; veinte días, en el artículo 52 de la LPHC; y un mes, en el artículo 59.4 de la LPHG.

(51) Y así expresamente se encuentra en el artículo 50.1 LPHC.

(arts. 25 y 37.2 LPHE), la actuación administrativa persigue la decisión de proteger o no los restos hallados (declararlos Bien de Interés Cultural o protegerlos mediante la planificación urbanística) (52), no la lesión patrimonial, por lo que, en este caso, los posibles daños se resarcirán con arreglo a la responsabilidad patrimonial de la Administración.

La claridad de la legislación estatal se difumina en la autonómica. No hay duda de que si la Administración ordena la prospección o excavación, esto es, si la ejecuta ella misma, la ocupación (o, en su caso, expropiación) determinará una indemnización conforme a la legislación de expropiación forzosa (exclusiva del Estado, en virtud del artículo 149.1.18.^a de la Constitución).

Por tanto, como primera precisión a esta divergencia legislativa (estatal/autonómica), durante el plazo de suspensión ante un hallazgo casual, la Administración autonómica no podrá realizar prospecciones o excavaciones sin que surja indemnización por ocupación forzosa.

El problema es que la legislación autonómica permite esa actuación administrativa, excluyendo la indemnización, tratándose, por ello, de una vía de hecho expropiatoria, contraria a la legislación estatal y al artículo 33.2 de la Constitución (53). La confusión es mayor o menor dependiendo de la formulación concreta en cada Comunidad (54).

(52) El criterio de diferenciación entre expropiación y responsabilidad patrimonial de la Administración que aquí se utiliza está claramente explicado en GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, Madrid, 1991, págs. 241 y ss., y en LEGUINA VILLA, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1993, págs. 396 y ss.

(53) Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 3.º, que incluye, entre las garantías del artículo 33.3 de la Constitución, la «correspondiente indemnización».

(54) En el artículo 48.2 LPHPV se establece:

«(...) En caso de que resulte necesario, la Diputación Foral podrá mantener la suspensión para realizar la actuación arqueológica correspondiente. En este caso, se estará a lo dispuesto en la legislación general sobre la responsabilidad de las Administraciones Públicas.»

En este caso hay que matizar: plazo de suspensión sin indemnización; si se amplía y no se excava genera responsabilidad patrimonial; si se ordena la excavación, dentro o fuera del plazo de suspensión, durante el tiempo de excavación se indemnizará por ocupación temporal.

En el artículo 52, párrafos 2 y 3, LPHC:

«2. En el plazo de veinte días a contar desde la comunicación a la que se refiere el apartado 1, el Departamento de Cultura llevará a cabo las actividades de comprobación correspondientes a fin de determinar el interés y el valor arqueológico de los hallazgos, en cuyas actividades colaborará el promotor de la obra, con los medios que tenga allí desplazados.

Advertida esta posible objeción, matizada por la imposibilidad de hacer reproches jurídicos a la realización de ciertas actividades arqueológicas durante el plazo de suspensión sin indemnización, para determinar si procede o no la protección (pero sólo en estos casos), sólo queda recordar que el plazo de suspensión de obras sin indemnización por responsabilidad patrimonial es jurídicamente correcto, a pesar de que en la LPHE nada se mencione, ya que la indemnización sólo se produce en estos casos cuando el particular no tenga el deber jurídico de soportarlo (art. 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Por lo demás, el coste de la ejecución de la excavación en estos casos de hallazgos casuales, lo normal es que haya un respaldo de la Administración (art. 48.2, párrafo 2.º, LPHPV), aunque cabría pensar en una posible repercusión a los constructores, siempre que sea jurídicamente soportable, proporcionado.

5. Conclusiones

Ante la necesidad constante de actuación en arqueología urbana, las Administraciones han de buscar mecanismos que hagan soportable la carga económica que supone la consideración de los inagotables restos arqueológicos, que reaparecen como consecuencia del necesario desarrollo urbanístico.

3. La suspensión de las obras a las que se refiere el apartado 2, no da lugar a indemnización. No obstante, la Administración puede ampliar el plazo de suspensión, si es necesario para completar la investigación arqueológica, en cuyo supuesto, si la obra es de promoción privada, se aplican las normas generales sobre responsabilidad de las Administraciones Públicas y no se aplica el plazo de dos meses establecido por el artículo 23.1.»

Muy inteligentemente, el legislador catalán pretende defenderse utilizando el término de «investigación arqueológica», lo cual tiene cabida en la finalidad de las suspensiones: determinar si se declara esa zona. Lo que no puede quizá es ejecutar una excavación porque daría lugar a indemnización. La formulación de este precepto probablemente consigue que jurídicamente no se le puede hacer reproche alguno, porque la investigación arqueológica está implícita en la determinación de si una zona puede ser declarada o no (para su protección) y que la Administración protectora realice actividades arqueológicas durante el plazo de suspensión sin que se genere, por ello, indemnización por ocupación temporal.

La legislación andaluza quizá peca por honesta, ya que el artículo 50.3 LPHA permite la realización de una excavación durante el plazo de suspensión sin indemnización.

El artículo 59.4 de la LPHG prevé que si se amplía el plazo de suspensión de un mes para realizar trabajos arqueológicos, en el que no hay indemnización, procedería lo dispuesto en la Ley de Expropiación. Además de lo ya señalado, sobre los «trabajos arqueológicos», resulta absurdo aludir a la legislación expropiatoria, será a la de responsabilidad, pues aquélla no permite una lesión sin indemnización.

Así, la declaración de dominio público evita comprar al particular determinados objetos; la utilización del Derecho urbanístico permite evitar expropiaciones por la conservación de restos *in situ*; y la participación de los particulares en los costes de ejecución de las excavaciones en Zonas Arqueológicas o en Zonas Arqueológicas de Protección Preventiva corresponsabiliza a los que se benefician de las plusvalías urbanísticas en la protección del patrimonio arqueológico, cuyo daño proviene del desarrollo urbano.

En el supuesto de los hallazgos casuales la norma se decanta porque siga siendo la Administración la que costee la ejecución de la prospección o excavación, ya que no están previstos y generarían inseguridad jurídica al particular. Aunque tampoco se entiende por qué sí es adecuado que sólo los particulares de Zonas declaradas (Zona Arqueológica o ZAPP) estén obligados a costear. También en los hallazgos casuales parece que es posible corresponsabilizar en los gastos a los constructores, pues la misma función social recae sobre su propiedad y las mismas plusvalías obtienen y su labor de construcción es la que origina la necesidad de estudiar unos restos arqueológicos. Creo que en todos los casos se ha de corresponsabilizar a los constructores, al igual que también siempre con un límite. No degrada esta posibilidad de extender la colaboración de los particulares también en los hallazgos casuales el argumento de la inseguridad jurídica, pues la actual previsión existente tras las declaraciones puede ser realizada, con carácter general, para todos los supuestos: tras la aparición de unos restos arqueológicos, estén o no en zonas declaradas, todo constructor debería estar obligado a financiar su protección, porque es él el que ha puesto en riesgo la conservación de esos restos, por su actividad urbanística.

La confusión en las leyes autonómicas entre responsabilidad patrimonial y legislación de expropiación se ha utilizado para que la Administración pueda excavar durante el plazo de suspensión de las obras y que, sin embargo, no se genere derecho a indemnización por ocupación temporal. Los problemas se evitarían si se considera que en los supuestos de hallazgos casuales también los particulares están obligados a costear (realizar) la prospección o excavación, como se acaba de decir, pues ya la Administración no tiene que ocupar, sino que es el propio constructor el que ejecuta la intervención (a través, claro, de una autorización de la Administración), como en el caso de las Zonas Arqueológicas y ZAPP.

V. MECANISMOS DE CONTROL DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

En general, las Administraciones Públicas son las mayores valoradoras del patrimonio arqueológico. La colaboración de los Ayuntamientos parece desigual, aunque es fácil que, en casos, se desentiendan de esa competencia, aunque llamen la atención supuestos como los de Madrid o Alcalá de Henares, ya comentados.

En algunos casos excepcionales, algunas Administraciones han realizado actuaciones muy discutidas que han sido objeto, al menos, de titulares en medios de comunicación: teatro romano rehabilitado (que no restaurado); construcción de edificios administrativos, elevados por medio de pilares, sobre restos de ciudad romana; construcción de viviendas de promoción pública en la que las excavadoras terminaron con los restos; o la polémica actuación política en la Plaza de Oriente de Madrid.

Todos los mecanismos de protección hasta ahora comentados se refieren a la correcta actuación de las Administraciones Públicas. Sin embargo, el régimen de protección del patrimonio arqueológico no quedaría completo si no se determinara la posibilidad de controlar la legalidad de la actuación de las Administraciones Públicas. De ahí que el artículo 8.2 LPHE haya previsto la acción pública para exigir este comportamiento legal de las Administraciones que tutelan el patrimonio arqueológico. Esta acción pública habrá de considerarse aplicable en todo el territorio nacional (55). También la facultad de coordinación del Estado atribuida por el artículo 4 de la LPHE ofrece la posibilidad de actuación estatal ante un incumplimiento autonómico causante de expolio (vid. nota 5).

VI. CONCLUSIONES GENERALES

Se han descrito los mecanismos que ha previsto la legislación estatal y las autonómicas para *proteger* el patrimonio arqueológico: contra el expolio en general, contra la destrucción como consecuencia del desarrollo urbano y como control de la actuación administrativa; y, además, aquellos otros que, en gran dependencia con los mencionados, sirven de *financiación*.

(55) Artículo 3, párrafo segundo, LPHPV; artículo 5.2 LPHA; artículo 5 LPHC.

El carácter de tratamiento general de la cultura (art. 149.2 de la Constitución) y la competencia estatal sobre expolio, cuya interpretación admite el Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991, FF.JJ. 7.º y 14.º), determinan que la acción popular deba contenerse en todas las legislaciones autonómicas.

Los mecanismos contra el expolio en general definen un sistema mínimo de protección. La práctica de la Administración autonómica prefiere acudir a otros que no se basen en la imprevisión (hallazgos casuales) ni en un procedimiento lento y costoso (ocupaciones temporales y expropiaciones forzosas). El desarrollo urbano exige una actuación rápida por las Administraciones, al tiempo que empuja a éstas a solventar el enfrentamiento entre protección de la cultura y desarrollo de la comunidad. Las medidas preventivas en este campo en las que se integran desarrollo y protección son las más eficaces hasta ahora (Evaluaciones de impacto y planeamiento urbanístico). En este sentido, la confección de las Cartas arqueológicas puede desempeñar una labor previa muy eficaz. La declaración de Zonas Arqueológicas o de Zonas Arqueológicas de Protección Preventiva, que establece obligaciones previas para los propietarios de terrenos que desean edificar, permite que, por su predeterminación en los planes de urbanismo, los particulares estén correctamente informados y no les genere inseguridad jurídica, además de que, como su finalidad es la de obtener la licencia, cumplen con esas obligaciones arqueológicas previas.

Además, las Administraciones han de contar con los particulares que promueven el desarrollo urbano para que se preocupen por los restos arqueológicos que su actividad urbanística genera. Así está previsto en las leyes autonómicas para los casos de Zonas Arqueológicas y para las Zonas Arqueológicas de Protección Preventiva. En similares términos podría preverse igualmente para los casos de hallazgos casuales, que al estar hoy asumidos por las Administraciones significa (además del premio en metálico) indemnizar al particular por ocupación temporal, y ello tras haber costado la Administración la ejecución de la excavación. Para evitarlo, las legislaciones autonómicas difuminan las instituciones de responsabilidad patrimonial y la expropiación forzosa, confundiéndolas. Todo ello se evita si se traslada igualmente a los supuestos de hallazgos casuales la obligación de los particulares de costear la ejecución de la excavación (así, como en los otros casos, la Administración no tiene que ordenar la excavación —ejecutarla— y, por tanto, no la costea, ni tiene que acudir a la ocupación temporal y su correspondiente indemnización).

En los hallazgos casuales sí se acudirá a la Comisión pericial del artículo 78 de la Ley de Expropiación Forzosa, para determinar el premio en metálico, pero no en los restantes casos de expropiación de inmuebles que contengan restos arqueológicos, ya que tras el artículo 44 LPHE son de dominio público y no tiene que incorporarse ningún valor artístico en el justiprecio, por lo que se acudi-

r  al procedimiento general del Título II de la Ley de Expropiación Forzosa.

Cuando haya que conservar restos, la inclusión en el planeamiento permite utilizar los mecanismos previstos por el Derecho urbanístico para compensar al particular sin que tenga que indemnizar la Administración autonómica.

Todos los mecanismos de protección y financiación expuestos, además de requerir la correcta formulación jurídica para su aceptación por las personas a las que van dirigidas, resultarán beneficiados con una labor de concienciación que se escapa ya a un estudio jurídico. Son los ciudadanos, en definitiva, los que pueden controlar la actuación administrativa en la tutela del patrimonio arqueológico, a través de la acción pública (art. 8.2 de la LPHE).

