

BERMÚDEZ SÁNCHEZ, Javier: *El derecho de propiedad: límites derivados de la protección arqueológica*, ed. Montecorvo, Madrid, 2003, 180 pp.

Los civilistas explicamos, en general, el derecho de propiedad sin profundizar demasiado en los límites que responden a intereses de Derecho público. Para ello necesitaríamos instruirnos con los estudios de nuestros colegas de Derecho administrativo, que son los que han tomado el relevo en el análisis del derecho real por excelencia desde la perspectiva de su disciplina. Del mismo modo, los administrativistas deben beber de las fuentes iusprivatistas que tanto han contribuido a moldear el concepto de propiedad, lo que meritoriamente ha hecho el profesor Bermúdez en esta interesantísima monografía sobre los límites del derecho de propiedad derivados de la protección arqueológica. Sus aportaciones sobre esta materia, continuando una línea de investigación sobre arqueología y Derecho iniciada con trabajos más reducidos, serán sin duda apreciados por los cultivadores del Derecho civil, que para solucionar, por ejemplo, problemas de responsabilidad civil por retraso en la entrega de una obra han de basarse en premisas abordadas en la obra que se recensiona (cfr. p. 106).

La hipótesis planteada por el autor, que es la diferenciación entre privaciones del derecho de propiedad en razón de la protección arqueológica e instituciones que garantizan la indemnización procedente, se desarrolla en cinco capítulos muy bien estructurados, con un estilo sobrio, sin concesiones a la galería. El capítulo I se dedica a los límites y privaciones del derecho de propiedad según la Constitución; el II, a la protección de restos arqueológicos como función social; el III y el IV, respectivamente, a las privaciones legales y a las privaciones realizadas por la Administración del derecho de propiedad derivadas de la protección de restos arqueológicos; y en el V, por último, se ensaya una respuesta a la duda sobre qué Administración está obligada a indemnizar las privaciones sufridas por los particulares.

I. El objetivo declarado del primer capítulo es distinguir entre delimitaciones del derecho de propiedad derivadas de su función social, y por tanto no indemnizables, y limitaciones, por utilidad pública o interés social, indemnizables. Frente a la tesis doctrinal mayoritaria que, a partir de la STC 37/1987, de 26 de marzo, integra la función social de la propiedad en el contenido esencial del derecho (lo que no se conciliaría, a juicio del autor, con el art. 53.1 CE), el autor se decanta por la tesis crítica encabezada por civilistas de peso como Peña Bernaldo de Quirós, según la cual la garantía constitucional de la propiedad supone dejar fuera de su contenido esencial la función social, susceptible así de delimitación legal.

Interesa destacar su concepto de privaciones: «las delimitaciones desproporcionadas respecto al destino de la cosa, fin o función social que persigan» (p. 32). Estas privaciones, frente a las expropiaciones, son ilegítimas, pero ambas quedarían englobadas en el artículo 33.3, primer inciso, de la CE. Propone, así, distinguir dentro del artículo 33.3 una prohibición general de privaciones del derecho de propiedad y una salvedad a la misma, que se daría cuando se cumplen los tres requisitos especificados en la norma para que una privación pueda considerarse legítima. Estos requisitos no definirían la privación considerada por la Constitución, sino la legitimidad de un supuesto de privaciones. Habría, por tanto, privaciones indemnizables no expropiatorias. Reconoce el autor, así, que se aparta de la posición doctrinal que diferencia la

expropiación de la limitación no indemnizable (derivada de la función social de la propiedad), pero no de otros supuestos indemnizables aun no expropiatorios.

Separa, en definitiva, dos cuestiones: por un lado, los supuestos en los que procede indemnización, por expropiación o por desproporcionalidad del límite impuesto, y por otro, cuándo hay expropiación. Serían supuestos expropiatorios los que eliminan el contenido esencial del derecho de propiedad, desvinculando el bien de su titular; y no sólo los singulares o especiales, sino también los generales en los que es el legislador el que directamente hace desaparecer el derecho de propiedad. Pero entre las privaciones indemnizables referidas en el artículo 33.3 de la CE no sólo se hallarían los supuestos expropiatorios, sino también los supuestos de alcance expropiatorio y los supuestos que ocasionen limitaciones desproporcionadas al fin social, aunque respeten el contenido esencial de la propiedad. Y frente a estas privaciones, dos serían las posibles garantías: el procedimiento expropiatorio, en el primer caso, y la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración responsable, en los dos últimos casos. Las limitaciones proporcionadas al fin social de la propiedad no serían indemnizables, mientras que sí lo serían las privaciones expropiatorias de su contenido esencial y las privaciones desproporcionadas de su contenido no esencial. Redondea el autor su estudio señalando que en la exposición sistemática de estas privaciones se puede tener en cuenta, además, si provienen del legislador o de la Administración, y el procedimiento o institución que garantiza la indemnización.

La vulneración del principio de proporcionalidad en la delimitación legal del contenido del derecho de propiedad dará pie a los particulares para demandar responsabilidad patrimonial, además de la inconstitucionalidad de la ley. Por el contrario, las privaciones legales, de acuerdo con la legislación de expropiación forzosa, son constitucionales. No así las privaciones materialmente expropiatorias que realice el legislador, y si la Administración actuase para llevarlas a efecto, la indemnización por los daños causados se reclamará por el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración. Un último supuesto sujeto a responsabilidad patrimonial de la Administración se daría cuando ésta, de hecho, lleva a cabo alguna actuación expropiatoria.

II. Bajo el sugerente título de «La protección de restos arqueológicos como función social. La arqueología preventiva» se analiza la función social de la propiedad con ocasión de actuaciones arqueológicas, que constituye el presupuesto justificador de las limitaciones.

La regulación sobre restos arqueológicos contenida en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio histórico español (en adelante, LPHE), se explica respondiendo a estas dos preguntas: 1) ¿cuándo hay que solicitar autorización para llevar a cabo excavaciones y prospecciones arqueológicas y para realizar movimientos de tierra en zonas arqueológicas?; 2) ¿cómo se protegen los restos arqueológicos?

1) La premisa de la que debemos partir son los dos supuestos de intervenciones arqueológicas posibles (que no son opuestos ni excluyentes, pues el segundo sería específico del primero): las programadas por la Administración (o sistemáticas), que son planificadas en atención a su finalidad de estudio, investigación o examen de restos arqueológicos, y las que han de realizarse tras un hallazgo casual, llamadas excavaciones de urgencia. De acuerdo con la Ley estatal, el órgano competente en materia de patrimonio histórico

de la Comunidad Autónoma deberá autorizar: 1.º las remociones de tierra con la finalidad señalada, ya sean sistemáticas o de urgencia; 2.º las remociones de tierra con otra finalidad en zonas declaradas arqueológicas o en zonas donde es notoria la existencia de restos.

2) A juicio del autor, la titularidad de los bienes arqueológicos, derivada de la gestión de su protección, será normalmente autonómica y, en algún caso, estatal, pudiendo incluso fundarse una titularidad municipal en la asunción del coste de una excavación por un Ayuntamiento. Se plantea el problema de quién corre con los perjuicios derivados de la suspensión de obras y el coste de la excavación ordenadas por la Administración en terrenos públicos o privados. Protección singular se concede a los bienes declarados de interés cultural (como las zonas arqueológicas): será necesaria la aprobación de una específica planificación urbanística y cualquier remoción del terreno deberá ser autorizada, *ex* artículo 22 LPHE, por el órgano competente en materia de patrimonio histórico (autorización que es distinta a la exigida por el art. 42.1 para realizar prospecciones o excavaciones arqueológicas). Considera el profesor Bermúdez relevante este precepto, porque cabe apoyar en su regulación la tesis de que no pueden existir hallazgos casuales en zonas arqueológicas, de modo que no se aplicará el régimen jurídico de aquéllos cuando los restos se descubran en zonas declaradas arqueológicas. Aun prevista por el artículo 37.1 LPHE, tampoco parece que pueda producirse una suspensión de obras, con su consecuente indemnización, en estas zonas arqueológicas, ya que el control se realiza *a priori* (suspensión que hay que distinguir del no inicio de obras hasta que lo permita la intervención acordada, que no es indemnizable pues no habría derecho a empezar las obras hasta que lo permitiera la protección de los bienes con relevancia arqueológica). Deriva de estos supuestos legales el principio de que la Administración ha de costear las intervenciones arqueológicas, o principio de conservación pública de los restos arqueológicos, aunque si bien una lectura del artículo 22.1 LPHE podría llevar a entender que en zonas arqueológicas la Administración afronta el pago de las excavaciones, otra, defendida por las Comunidades Autónomas, obliga al promotor a realizar, a su costa, la intervención. Respecto de zonas no declaradas arqueológicas, la Administración competente en patrimonio histórico está legitimada para suspender las obras que puedan afectar a restos arqueológicos durante treinta días hábiles, para decidir acerca de la incoación de la declaración de interés cultural (art. 37.3 LPHE), del mismo modo que la Administración competente en materia de urbanismo (art. 25 LPHE) también puede suspender obras durante seis meses, para resolver sobre la adopción de medidas de protección previstas en la legislación urbanística. Ambas suspensiones, ¿dan derecho a indemnización?; durante su vigencia, ¿puede realizar la Administración prospecciones o excavaciones arqueológicas sin que surja derecho a indemnización por la ocupación? Tras resolver estos interrogantes, el autor concluye que no quedarían suficientemente protegidas por la Ley las zonas (que son mayoría en los términos municipales) no declaradas arqueológicas, en las que no haya una excavación programada por la Administración, pues habría que esperar a la aparición de un hallazgo.

Después de explicar esta regulación general de la LPHE, acomete el autor el análisis de las nuevas formas de gestión en la arqueología preventiva, demandadas por la falta de atención de la Ley estatal al desarrollo territorial y urbanístico, en el que abundan los hallazgos casuales, acrecentándose el riesgo de pérdida de información arqueológica. Con la arqueología preventiva se trata

tanto de reducir el campo de aplicación de los hallazgos casuales como de conseguir colaboración financiera, pues, por las razones que se explican en la obra reseñada, es un principio de esta arqueología exigir responsabilidad al promotor de una obra que va a generar una intervención arqueológica, debiendo precisarse los supuestos ante la confusión normativa que se traslada a la práctica administrativa. Así, en ocasiones la Administración exige al particular que asuma el coste de la intervención arqueológica siempre, con ocasión de obras urbanísticas o de ordenación territorial, desconociendo los diferentes supuestos que establecen las propias normas autonómicas, en las que el presupuesto del traslado de costes al responsable que los genera se sitúa en la delimitación y aprobación de áreas de protección. Si éstas fueran sólo las zonas arqueológicas definidas por la LPHE, quedarían privadas de protección situaciones de gran trascendencia, lo que motiva la defensa de la extensión de su régimen jurídico (y la necesidad de autorización previa) a las áreas en las que se presume la existencia de restos arqueológicos o en las que resulte notoria su existencia —como hace la legislación comparada y autonómica.

En las leyes autonómicas encontramos, por una parte, zonas en las que se presume la existencia de restos arqueológicos o zonas arqueológicas de protección preventiva junto a zonas arqueológicas propiamente dichas, y por otra parte, en la planificación urbanística, la delimitación de áreas en las que se exige autorización previa del órgano competente en materia de patrimonio histórico, con base en la noticia de existencia o presunción de restos arqueológicos. Lo más relevante, en todo caso, es la delimitación de niveles de protección con diferentes obligaciones en cada uno de ellos, previas a la obtención de la autorización de remoción de tierras. Ejemplo de esta política es la legislación de la Comunidad de Madrid, ampliamente expuesta por el profesor Bermúdez, siendo destacable su intento de precisar el ámbito de protección general de esta legislación, que se extendería a áreas no declaradas zonas arqueológicas ni incluidas en el inventario, sino donde se presume la existencia de restos.

Otro requisito de la protección preventiva del patrimonio arqueológico, que a continuación se estudia, es la confección de una carta arqueológica o inventario (censo) de lugares donde existen restos arqueológicos. Se plantean en torno a ella dos problemas jurídicos. Sobre si debe ser pública, conocida incluso por futuros expoliadores, se muestra el autor partidario del sigilo en cuanto a la ubicación exacta de los yacimientos arqueológicos (aun a costa de la investigación). La carta sería un documento interno de la Administración, para preparar la declaración de zonas protegidas por parte del órgano competente de la Comunidad Autónoma, que serviría a los Ayuntamientos y promotores en el planeamiento urbanístico. Con ello se contesta a la segunda pregunta, relativa a la finalidad jurídica de este inventario: no cabe confundirlo con la declaración de zonas protegidas, por lo que no quedan protegidos los yacimientos censados ni nacen las consiguientes obligaciones para los que pretendan actuar en ellos.

Tras dedicar unas palabras a la colaboración de los Ayuntamientos en la protección del patrimonio histórico de su municipio, acaba el capítulo con los sujetos que pueden realizar la intervención arqueológica, determinados por la legislación autonómica de acuerdo con un modelo de arqueología de gestión (los arqueólogos son contratados por los promotores obligados a costear las excavaciones, limitándose la Administración a controlar).

III. Gira este capítulo, destinado a las privaciones legales del derecho de propiedad derivadas de la protección de restos arqueológicos, en torno a la distinción entre limitaciones que no afectan al contenido esencial, y por ello no son expropiatorias, y limitaciones que sí afectan al contenido esencial, y por ende son expropiatorias.

Dentro de las primeras incluye la obligación de obtener autorización previa a la iniciación de las obras, diferenciando las zonas arqueológicas declaradas bien de interés cultural de las zonas en las que se presume la existencia de restos, y la obligación de costear las intervenciones arqueológicas en las áreas previamente delimitadas. Se mantiene que al obligar al promotor a no iniciar las obras hasta que se hayan realizado los estudios necesarios, en zonas arqueológicas, se establece una limitación del derecho de propiedad no indemnizable por atender a la función social de la propiedad, siendo proporcionada la medida al fin tuitivo perseguido. Respecto de áreas en las que se presume la existencia de restos, la legislación autonómica trata de aplicarles la misma técnica preventiva, lo que plantea dudas sobre su constitucionalidad que son aclaradas por el autor. Hay que alabar la criba de supuestos que intenta, concluyendo que sólo sería inconstitucional la delimitación de zonas presuntamente arqueológicas, y subsiguiente autorización para ejecutar obras en ellas, en el planeamiento urbanístico sin sustento legal, por vulnerar la reserva de ley establecida en el artículo 33 de la CE: el retraso, en este caso, sería indemnizable.

En relación a la obligación de costear las intervenciones arqueológicas, aunque la LPHE establece el principio general de conservación pública de los restos arqueológicos (arts. 22 y 43), la legislación autonómica ha interpretado de forma distinta estos preceptos y «derivado de la obligación de solicitar autorización previa a cualquier remoción de terreno (art. 22.1 LPHE) la de llevarla a cabo, esto es, contratar y costear las intervenciones arqueológicas necesarias» (p. 113). El autor confronta esta legislación con la básica estatal (que expresamente no establece la financiación pública en todo caso, aunque implícitamente puede defenderse que excluye cualquier financiación privada de la función social de la propiedad) y con la Constitución, llegando a la conclusión de que las Comunidades Autónomas son competentes para configurar el derecho de propiedad de acuerdo con su política de patrimonio histórico, sin que se vulnere el artículo 43 LPHE al no existir orden de la Administración sino obligación legal de pagar las intervenciones arqueológicas por los promotores. La delimitación sería, además, razonable, pues la necesidad de la actuación arqueológica deriva de la voluntad del promotor de realizar una remoción de tierras en un lugar que previamente ha sido delimitado por su posible o evidente existencia de restos. En todo caso, la participación del promotor en la financiación de la actuación arqueológica, necesariamente parcial porque la finalidad de ésta es pública, debería ser proporcionada a la cuantía de la inversión que va a realizar aquél en su proyecto de obras, lo que se traduciría en un 1 por 100, que es la cifra más adecuada por ser éste el porcentaje establecido en la legislación estatal para las obras públicas. En consecuencia, las normas autonómicas que superen este límite serían inconstitucionales por desproporcionadas, dando lugar a indemnización conforme al procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración.

En cuanto a las privaciones indemnizables, por afectar al contenido esencial de la propiedad, distingue el autor los daños legítimos, por adaptarse a la legislación de expropiación forzosa, de la delimitación materialmente expropiatoria. En el primer caso, la Administración «deberá recurrir al procedimien-

to establecido en la legislación de expropiación forzosa cada vez que ocupe un terreno con la finalidad de realizar una prospección o una excavación arqueológica» ya sea por tiempo definido o indefinido (p. 131). En el segundo caso, entrarían las limitaciones aparentemente orientadas hacia un fin social «que, en realidad, supongan una desvinculación tal del titular respecto al bien, que deba ser calificada como *privación del contenido esencial*, esto es, de *privación materialmente expropiatoria*» (p. 131). Serían supuestos discutibles en este sentido los contenidos en los artículos 37 y 43 LPHE, que la legislación autonómica suele fundir (o tal vez confundir), «de forma que, cuando establece la suspensión de cualquier clase de obra en zonas declaradas o no, permite a la Administración que lleve a cabo la excavación requerida u otros estudios oportunos» (p. 132), ocupando por tanto el terreno. Aunque se proclama como más acertada la distinción de la LPHE entre suspensión de la actuación que supone deterioro y ocupación del terreno para realizar excavaciones, por afectar la primera a la función social de la propiedad y la segunda al contenido esencial de dicho derecho, la mezcla de ambos supuestos por la legislación autonómica lleva al autor a incluir en el apartado sobre privación del contenido esencial: *a)* no sólo las excavaciones ejecutadas por la Administración tras un hallazgo casual, sino también, *b)* la obligación de soportar los gastos ocasionados por la suspensión de obras fuera de zonas declaradas (hallazgo casual) y *c)* la obligación de soportar los gastos por la suspensión de obras en zonas declaradas.

a) Se analizan críticamente en este primer apartado las distintas normas autonómicas que regulan tales excavaciones, normas que podrían considerarse respetuosas con el derecho de propiedad cuando niegan la indemnización al propietario si se estimasen expropiatorias sólo las suspensiones y ocupaciones desproporcionadas, concepción que no comparte el autor.

b) La LPHE no especifica, en los preceptos dedicados al hallazgo casual de restos arqueológicos fuera de zonas declaradas, si la suspensión fijada genera o no derecho a indemnización, mientras que la normativa autonómica se ha decantado por no conceder tal derecho salvo que la suspensión se prolongue más allá del plazo máximo permitido. Cuando las leyes autonómicas prevén un fin diferente de la suspensión, como es la ocupación del terreno para llevar a cabo una excavación arqueológica, serían inconstitucionales, pues tal ocupación entra en la categoría de expropiatorio, desconociéndose el contenido esencial del derecho de propiedad.

c) En zonas declaradas, al prever la legislación autonómica la obligación del promotor de realizar la oportuna intervención de forma previa a la remoción de tierras, no será fácil que se vuelva a plantear la necesidad de suspender la obra.

IV. Como presupuesto para analizar la responsabilidad patrimonial por las lesiones al derecho de propiedad causadas por la Administración, el autor dedica unas páginas al concepto de «actuación administrativa» con ocasión de intervenciones arqueológicas. El supuesto general de responsabilidad patrimonial de la Administración se define en el artículo 2.1 del Real Decreto 429/1993, y en él se encuentran casos en los que la participación pública se produce en diferentes grados: intervenciones arqueológicas ejecutadas directamente por técnicos de la Administración, o contratadas a subcontratadas o programadas, o por último, sólo autorizadas por ésta. ¿En todos estos casos las lesiones que sufran los particulares serán consecuencia de una actuación administrativa? Se defiende que lo decisivo será el ejercicio de una

actividad que sea función pública, es decir, que corresponda a la Administración, que la programe, coorganice o financie, con independencia de la persona que la lleve a cabo. A continuación se desgranar los distintos supuestos.

La Administración será responsable de los daños causados a sus trabajadores o a terceros cuando se trate de intervenciones arqueológicas ejecutadas directamente por ella, pues no hay duda de que estamos ante la prestación de un servicio público (la protección del patrimonio histórico). Si las actuaciones arqueológicas se realizan por la Administración a través de un contratista, responderá de los daños causados sólo cuando se produzcan con ocasión de una orden directa e inmediata suya o de los vicios del proyecto que ella haya elaborado, pues en estos casos siguen considerándose daños causados por el funcionamiento de un servicio público. La forma normal de llevar a cabo las excavaciones sistemáticas, que han sido programadas por la Administración, es a través de sujetos meramente autorizados, y en este supuesto podrá exigirse responsabilidad solidaria si las actividades se considerasen servicio público de ejecutarse por la Administración. Las excavaciones subvencionadas, pero no programadas por la Administración, en las que ésta nombra al director de la intervención, generarán responsabilidad en los mismos casos en que un contratista ejecuta las obras (orden directa o elaboración del proyecto por la Administración). Si no lo nombra, la naturaleza de la subvención incidirá en la existencia o no de responsabilidad, pues de costearse con aquélla una actividad que corresponde en parte a la Administración y en parte al particular, habrá responsabilidad, mientras que si la subvención excediera de la obligación pública, no cabría exigir responsabilidad. Por último, en el caso de intervenciones arqueológicas meramente autorizadas por la Administración, ésta no será responsable salvo que haya un deber de vigilancia incumplido o una orden directa suya.

En el apartado II del capítulo IV se distinguen dos supuestos de lesiones: deberes antijurídicos impuestos por la Administración y actuaciones materialmente expropiatorias. Entre los primeros se recogen la obligación de no iniciar las obras hasta la conclusión de la actuación arqueológica en zonas no declaradas, la obligación de soportar los gastos por la suspensión de las obras más allá de los límites establecidos en la Ley en zonas no declaradas, la obligación de realizar la excavación o prospección en zonas no declaradas, la obligación de realizar una nueva actuación arqueológica en zona declarada tras la suspensión, y la obligación de costear la excavación arqueológica por encima del máximo legalmente previsto, en zonas declaradas. En las segundas estarían la ocupación de terrenos durante la suspensión de las obras en zonas no declaradas y la ocupación de terrenos tras la suspensión en zonas declaradas.

V. Se cierra la obra contestando a la pregunta de quién está obligado (la Comunidad Autónoma o la Administración local) a indemnizar los límites al derecho de propiedad derivados de la protección arqueológica. La Administración local sólo deberá indemnizar cuando sea ella la expropiante, ejerciendo la potestad expropiatoria subsidiaria que se le reconoce (pero no impone), y cuando el Municipio toma una decisión de colaboración en la protección del patrimonio arqueológico no amparada por la actuación de la Comunidad Autónoma, o en ejercicio de su competencia sobre urbanismo.