

Expediente: 4/2015

Objeto: Solicitud de indemnización por posibles daños ocasionados como consecuencia del hallazgo, excavación y adopción de medidas de protección y conservación de restos arqueológicos.

Dictamen: 8/2015, de 13 de abril

DICTAMEN

En Pamplona, a 13 de abril de 2015,

el Consejo de Navarra, integrado por don Eugenio Simón Acosta, Presidente; doña María Asunción Erice Echegaray, Consejera-Secretaria; y los Consejeros doña María Ángeles Egusquiza Balmaseda, don Alfredo Irujo Andueza, don José Iruretagoyena Aldaz y don Alfonso Zuazu Moneo,

siendo ponente doña M^a Ángeles Egusquiza Balmaseda,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1^a. Consulta

Con fecha 25 de febrero de 2015 tuvo entrada en el Consejo de Navarra un escrito de la Presidenta del Gobierno de Navarra en el que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.1, en relación con el artículo 16.1 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra (desde ahora, LFCN), se recaba la emisión de dictamen sobre la solicitud de indemnización formulada en representación de... por los posibles daños ocasionados como consecuencia del hallazgo, excavación y adopción de medidas de protección y conservación de los restos de la muralla islámica de Tudela.

Con el escrito se entrega el expediente administrativo tramitado como consecuencia de la indicada reclamación de indemnización, incluyendo la propuesta de resolución y la Orden Foral 12/2015, de 12 de febrero, del Consejero de Cultura, Turismo y Relaciones Institucionales, por la que se dispone la petición de dictamen a este Consejo, se ordena dar traslado de la misma a la Dirección General de Cultura-Institución Príncipe de Viana y a la Secretaría General Técnica del Departamento de Cultura, Turismo y Relaciones Institucionales y su notificación, a los efectos oportunos, a la mercantil “...” y a “...”.

I.2ª. Antecedentes de hecho

1º.- La mercantil ..., posteriormente denominada..., solicitó la licencia de obras al Ayuntamiento de Tudela para la edificación de 11 viviendas y locales sitos en la calle... de Tudela. La Junta de Gobierno Local del citado Ayuntamiento acordó, en sesión celebrada el 18 de mayo de 2007, otorgar la licencia a la citada construcción supeditándola al cumplimiento de varias condiciones. Entre éstas estableció, punto 1.2, que “se ordena que antes del inicio de las obras se realicen prospecciones y, en su caso, excavaciones arqueológicas, por profesionales competentes”, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 22.1 de la Ley 16/1985, de 26 de junio, de regulación del Patrimonio Histórico Español (en adelante, LPHE) y del Plan Especial de Protección y Reforma Interior del Casco antiguo de Tudela (en adelante, PEPRI), dado que la obra proyectada se iba a ejecutar en terreno situado en el Casco antiguo de Tudela, declarado Bien de interés cultural. Estos trabajos debían ser realizados por el interesado, aunque “si así lo solicita y lo autoriza él mismo, serán realizados por este Ayuntamiento en colaboración con él, en el menor tiempo posible en función de la disponibilidad de arqueólogos por parte municipal”; y si “de la prospección arqueológica se produjera la necesidad de introducir cambios en el Proyecto, éstos debían ser presentados para la aprobación municipal”.

2º.- El 14 de agosto de 2007,... y..., arqueólogos profesionales, por encargo de..., empresa constructora contratada por..., solicitan a la Dirección General de Cultural-Institución Príncipe de Viana autorización para la realización de una intervención arqueológica de urgencia en el solar de la calle... de Tudela. Ésta fue autorizada por Resolución 569/2007, de 20 de agosto, de la Directora General de Cultura-Institución Príncipe de Viana.

3º.- El 5 de febrero de 2008, don..., en representación de..., solicita que se le permita actuar sobre los restos de muralla descubiertos durante la ejecución de las obras a fin de integrar parte de la muralla en la nueva construcción. Esta actuación fue autorizada mediante Resolución 24/2008, de 12 de febrero, de la Directora General de Cultura-Institución Príncipe de Viana, notificándose el 3 de marzo de 2008.

4º.- Con fecha 18 de marzo de 2009, don..., en representación de..., requirió al Departamento de Cultura y Turismo-Institución Príncipe de Viana una compensación de 402.123,96 euros por los daños ocasionados como consecuencia del hallazgo, excavación y adopción de medidas de protección y conservación de la muralla.

5º.- Don..., en representación de..., interpuso recurso de alzada, por escrito de fecha 7 de julio de 2009, contra la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de responsabilidad presentada ante el Departamento de Cultura y Turismo-Instituto Príncipe de Viana.

6º.- Por Orden Foral.../2010, de 25 de enero, del Consejero de Cultura y Turismo-Institución Príncipe de Viana, se inadmitió a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial al considerar prescrito el derecho a la reclamación que se había formulado.

7º.- Por Orden Foral.../2010, de 25 de enero, del Consejero de Cultura y Turismo-Institución Príncipe de Viana, se inadmitió el recurso de alzada, interpuesto por... en representación de..., contra la desestimación por

silencio administrativo de la petición de responsabilidad patrimonial al considerarse ésta extemporánea.

8º.- Las citadas Ordenes Forales .../2010 y .../2010, de 25 de enero, del Consejero de Cultura y Turismo del Gobierno de Navarra fueron impugnadas, declarándose nulas radicalmente y de pleno derecho por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de abril de 2011 (núm. 184/2011). La sentencia declaró que al recurrente le asistía el derecho “a que se tramite el correspondiente expediente en relación a su solicitud para y con el preceptivo dictamen del Consejo de Navarra en la materia, ya delimitada”. También concluyó que la solicitud resarcitoria se fundamentaba en la Ley Foral 14/2005 del Patrimonio Cultural de Navarra (en adelante LFPCN) y la Administración la había desviado al ámbito de la responsabilidad patrimonial, sin haberse incoado el correspondiente expediente, ni requerido el preceptivo dictamen del Consejo de Navarra conforme al artículo 16.1.i) primer inciso de la LFCN.

9º.- Con fecha 13 de junio de 2011, se emitió informe por el Servicio de Patrimonio Histórico sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por..., en el que se concluye que no procede admitir ninguno de los conceptos de la reclamación patrimonial, presentada el 18 de marzo de 2009 por... contra el Departamento de Cultura y Turismo-Institución Príncipe de Viana, con motivo de las obras del inmueble de la calle... de Tudela, que corresponde a la Secretaría General Técnica del Departamento informar lo que sea procedente respecto del plazo de presentación de la solicitud, y que debe remitirse el expediente al Consejo de Navarra para su preceptivo informe.

10º.- Contra la citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de Contencioso-Administrativo, de 20 de abril de 2011 (núm. 184/2011), el Gobierno de Navarra interpuso recurso de casación que fue

desestimado por el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en su sentencia de 14 de marzo de 2014. En este pronunciamiento se insiste en que el reclamante fundó su pretensión “exclusivamente en los arts. 62 y 64 de la LFPCN”, y no se dio a la petición una tramitación adecuada al considerarse por la Administración que se ejercitaba una acción de responsabilidad patrimonial, aplicándole el régimen derivado de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/92.

I.3ª Iniciación e instrucción del procedimiento

La Directora General de Cultura-Institución Príncipe de Viana, por Resolución 171/2014, de 6 de junio, ha procedido a la ejecución de la sentencia 184/2011, de 20 de abril, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Contencioso-Administrativo), relativa a la solicitud de indemnización, formulada por la mercantil “...” por los presuntos daños ocasionados como consecuencia del hallazgo, excavación y adopción de medidas de protección y conservación de la muralla islámica de Tudela. En ella se ordena al Servicio de Patrimonio Histórico que, con la colaboración de la Secretaría General Técnica, tramite el correspondiente procedimiento, al que deberá incorporarse el dictamen del Consejo de Navarra, tal y como se señala en el apartado 3 del fallo de la referida sentencia y que se notifique la resolución a... y a...

Por escrito de fecha 3 de septiembre de 2014, se comunicó... la concesión de plazo para que formule las alegaciones que estime pertinentes en el periodo de diez días hábiles, contados a partir del día siguiente al de la notificación, dado el tiempo transcurrido desde la presentación de la solicitud que dio inicio al expediente.

Dentro del plazo otorgado la citada mercantil presentó, con fecha 16 de septiembre de 2014, escrito de alegaciones en el que se indica que la conservación de los restos hallados de la muralla islámica supuso la

modificación del sistema de cimentación inicialmente previsto e incremento del coste de ejecución de la obra, un retraso en los trabajos de 4 meses - respecto del plan inicial-, la reducción del derecho de edificación y depreciación del inmueble en un 39,37%, generándole además otros gastos –financieros, de ocupación de vía pública, y realojo-. Considera que ello da lugar a un derecho indemnizatorio por el incremento del patrimonio de dominio público que tiene amparo en los artículos 62.4 y 62.6 LFPCN o, subsidiariamente, en el artículo 43 de la LPHE. Niega valor a que la posible restricción del derecho de edificabilidad estuviera contemplada por vía condicional en la licencia municipal y aquella se derivase del cumplimiento de la normativa en vigor del planeamiento urbanístico de Tudela (artículo 43 de las Normas urbanísticas del Plan Especial del Casco Antiguo, que obligaba a la realización de sondeos manuales en la zona donde se ubicaba el solar), entendiendo que se le ha producido una limitación de sus legítimos derechos de propiedad. Igualmente, entiende que los gastos directos de la intervención arqueológica, la modificación de la solución técnica de cimentación y el retraso de los cuatro meses de las obras son daños indemnizables que deben ser satisfechos por la Administración, señalándose que éstos tuvieron por causa las instrucciones que dictó el Departamento de Cultura y Turismo, abundando en el principio de colaboración del artículo 3 de la LFPCN. Solicita que se proceda a formular propuesta de resolución que reconozca el derecho a la compensación económica del promotor de la obra sita en..., en la que se debió integrar parte de la muralla islámica de Tudela, por los sobrecostes derivados de la intervención arqueológica y merma del valor del bien, por un importe de 402.123,96 euros, más los intereses legales que correspondan.

Al citado escrito se acompaña informe pericial de depreciación del valor del local emitido, a instancia de..., por el arquitecto...

I.4ª Propuesta de resolución.

En el expediente figura un informe jurídico, de fecha 12 de febrero de 2015, de la Secretaría General Técnica del Departamento de Cultura, Turismo y Relaciones Institucionales, en el consta la firma del informante (TAP, rama jurídica) y el visto bueno del Jefe de la Sección y el Secretario General Técnico. Éste se ha incorporado al texto de la resolución que, en su caso, dictará la Directora Gerente del Cultura.

La propuesta de resolución analiza la naturaleza jurídica de la reclamación, así como sus circunstancias fácticas y jurídicas. Se niega que la demanda pueda sustentarse en los artículos 62 y 64 de la LFPCN, y que sea pertinente la aplicación supletoria del artículo 43 de la LPHE. Igualmente, se señala la improcedencia del resarcimiento que se pretende alegándose los motivos siguientes. La licencia concedida a la reclamante se encontraba condicionada a la realización de las prospecciones arqueológicas, a fin de determinar las actuaciones que correspondían llevar a cabo a efectos del cumplimiento del PEPRI. Los cambios del proyecto se debieron a la falta de la previsión inicial de las exigencias del PEPRI, que debía haberse efectuado y no se hizo, en el proyecto presentado al Ayuntamiento para solicitar la licencia conforme al plan municipal. El efectivo aprovechamiento urbanístico del solar se hallaba condicionado a la conservación del patrimonio arqueológico hallado en él y no cabe otro distinto que no sea el que permita la conservación de los restos de la muralla islámica, que constituye un bien de interés cultural (disposición adicional segunda de la LPHE y disposición adicional primera de la LFPCN), integrado en el patrimonio arqueológico de Navarra (artículo 55.1 de la LFPCN).

La propuesta de resolución concluye disponiendo la desestimación de la petición de la indemnización formulada por don..., en representación de..., por los posibles daños ocasionados como consecuencia del hallazgo, excavación y adopción de medidas de protección y conservación de los restos de la muralla islámica de Tudela.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Objeto del dictamen y su carácter preceptivo

La presente consulta tiene por objeto la reclamación de indemnización instada por... contra la Administración, fundada por la reclamante en su derecho de propiedad (artículo 33 de la CE), en los artículos 62 y 64 de la LFPCN y en el artículo 43 de la LPHE, por los presuntos daños ocasionados como consecuencia del hallazgo, excavación y adopción de medidas de protección y conservación de la muralla islámica de Tudela.

Se trata de una reclamación patrimonial de índole extracontractual que, si bien por su contenido se sitúa en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración (en tal sentido, entre otra muchas, STS de 25 de junio de 2003, invocada por el reclamante), según lo señalado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de abril de 2011 (núm. 184/2011) y la sentencia del Tribunal Supremo, Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de marzo de 2014, tal acción resarcitoria debe enmarcarse, “por hallazgo arqueológico”, en la LFPCN y no cabe referirla a “la responsabilidad patrimonial prevista en los artículos 139 y ss. de la Ley 30/92”. Estas sentencias ordenan, además, la emisión de dictamen por el Consejo de Navarra conforme a lo dispuesto en el artículo 16,1 letra i), primer guión, de la LFCN.

Prevé el artículo 16.1 letra i) de la LFCN que se consulte al Consejo de Navarra en los “expedientes tramitados por la Administración de la Comunidad Foral en los que la ley exija preceptivamente el dictamen de un organismo consultivo, que se refieran, entre otras, a las siguientes materias: Reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios de cuantía superior a 120.202,42 euros”.

En consecuencia, el presente dictamen se dicta en cumplimiento de la sentencia de 20 de abril de 2011 (núm.184/2011), dictada por la Sala de lo

Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, afectando a una reclamación de indemnización instada contra la Administración Foral por cuantía de 402.123,96 euros.

II.2ª. Solicitud de indemnización. Su improcedencia

La petición de indemnización demanda por don..., en representación de..., se plantea sobre la base de la aplicación de los artículos 62 y 64 de la LFPCN, y artículo 43 de la LPHE que, a juicio del recurrente, sustentan el derecho a ser compensado por el hallazgo, excavación y adopción de medidas de protección para la conservación de los restos de la muralla islámica de Tudela. Esta reclamación se justifica, además, en la limitación sufrida en su derecho de propiedad por las actuaciones desarrolladas ante la aparición de los citados restos arqueológicos en el solar para el que se solicitó la licencia de construcción. Ello ha determinado, según la citada mercantil, la producción de diversos daños y perjuicios, que son los que se solicitan, por prospección arqueológica, cambios en el proyecto de obra y modificación en la cimentación, incremento de su duración y coste de ejecución, alteración y restricción del aprovechamiento edificativo, así como la generación de costes financieros, de ocupación de vía pública y realojo.

Con carácter previo debe recordarse que la Constitución Española (en adelante, CE) recoge una concepción del derecho de propiedad concreta y relativa que viene definida por su función social. Como señala el artículo 33.2 de la CE, la función social de este derecho delimita su contenido de acuerdo con las leyes. Ello supone, como se ha reconocido por la STC 37/1987, de 26 de marzo, que la «función social» es un «elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido»; indicándose «que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las

limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a este subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes”.

Desde esta perspectiva, la propia STC 37/1987, de 26 de marzo, reconoce “la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad privada, que se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas no meramente ablatorias en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario”. Pues, “esa dimensión social de la propiedad privada, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea y, por ende, debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito”.

En el ámbito urbanístico estos postulados han sido reconocidos y desarrollados por la STC 61/1997, de 20 de marzo. Dentro de esos parámetros cabe señalar que los artículos 35.1.g), 87.1.c), 88.a), y 94.1.d) de la Ley Foral 35/2002, de 20 de marzo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo (en adelante, LFOTU) y los artículos 28 y siguientes de la LFPCN han establecido límites al derecho de propiedad privada, en beneficio de toda la comunidad, fijando deberes, cargas y restricciones a las facultades dominicales con el objeto de proteger el patrimonio arqueológico de Navarra. Estas obligaciones, cargas y límites integran la definición del derecho de propiedad que asiste al particular, pues como señala el 86.1 de la LFOTU “las facultades urbanísticas del derecho de propiedad, como las de usar, disponer y disfrutar del suelo, y en especial la edificación y la urbanización, se ejercerán siempre dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en las leyes o, en virtud de ellas, por el planeamiento con arreglo a la clasificación y, en su caso, calificación urbanística de las fincas”.

Desde el cambio iniciado por la Ley de 12 de mayo de 1956, de régimen del suelo y ordenación urbana, se ha venido asumiendo, además, que la ordenación de las construcciones y usos establecida por la misma Ley, o, apoderados por esta, por los planes de urbanismo, no genera derecho a indemnización cuando se definen los límites del derecho mismo. En esta línea el artículo 86.2 de la LFOTU prevé que “las condiciones de uso del suelo y de las construcciones establecidas en el planeamiento no conferirán derecho a los propietarios a exigir indemnización”, salvo los supuestos taxativamente previstos en la norma, todos ellos ligados al derecho incondicionado y definitivo de una actuación urbanística.

Por ello, en la valoración de la petición objeto de consulta no cabe obviar algunas cuestiones que difícilmente se pueden desconocer al

acometer la edificación de 11 viviendas y locales en la calle... de Tudela, y que integraban puntos centrales del estudio de su proyecto de edificación.

En primer lugar, que el casco antiguo de Tudela está declarado bien de interés cultural, con categoría de conjunto histórico, por el Decreto Foral 135/1992, de 6 de abril. El Plan Especial de Protección y Reforma Interior (PEPRI) del Casco Antiguo de Tudela, aprobado por el Pleno del Ayuntamiento, en sesión del 7 de julio de 2004, abunda en su Capítulo III en la conservación del patrimonio arqueológico, definiéndose en su artículo 41 como zona arqueológica “todo lugar en cuyo subsuelo existan o se presuma la existencia de restos de épocas pasadas, cuyo estudio requiere la aplicación de métodos de investigación y labores específicas de excavación, clasificación y restauración por parte de técnicos y personal especializado”.

En segundo lugar, que el artículo 42 del PEPRI tiene clasificada en cinco las áreas arqueológicas del Casco Antiguo de Tudela. El área tres “comprende el espacio entre las calles Carnicerías y Portal y el límite Sur de la ciudad medieval junto al cauce del río Queiles” y “parte de su perímetro está formado por la línea que seguiría la muralla de la ciudad, habiendo aparecido en la excavación de dos solares en la calle Muro”; en ella era en la que la mercantil demandante iba a realizar el proceso constructivo y edificación por el que se reclama.

En tercer lugar, que el recinto amurallado árabe de Tudela se encuentra incluido en el Inventario de monumentos de arquitectura militar elaborado por el Ministerio de Educación y Ciencia en 1967, constituyendo un bien de interés cultural (disposición adicional segunda de la LPHE y disposición adicional primera de la LFPCN).

En cuarto lugar, que la inclusión en una determinada zona arqueológica conlleva las obligaciones derivadas del deber de conservación del patrimonio arqueológico previstas en el artículo 43.3 del PEPRI, disponiendo el mismo

que: “En las zonas arqueológicas 2, 3, 4 y 5 toda solicitud de permiso de obra de sustitución o de nueva planta deberá ir acompañada de un certificado expedido por los Servicios Técnicos Municipales en el que se indique si sobre el citado solar ya se ha efectuado intervención arqueológica o si es preciso tal intervención, y en este caso, se establecerán las actuaciones a seguir por el promotor durante la ejecución de las obras, que en todo caso no podrán iniciarse en tanto en cuanto no se emita el estudio técnico de la intervención”. Y, conforme a lo previsto en el artículo 43.8 del PEPRI, la concesión de licencia se otorgará en “función de la conclusiones del estudio, y para garantizar la pervivencia de los restos y objetos de interés, se podrá denegar la licencia o, en el caso de que se conceda, señalar condiciones para la ejecución de las obras”.

La licencia de obra que la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Tudela otorgó al reclamante para la realización de las obras, el día 18 de mayo de 2007, tuvo presente todos estos aspectos y se supeditó al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo de la 22.1 LPHE y en el Capítulo III del PEPRI. Así, exigió para su concesión definitiva y antes del inicio de la obra que “se realicen prospecciones y, en su caso, excavaciones arqueológicas, por profesionales competentes”, reseñándose que esos trabajos “deben realizarse por parte del interesado, no obstante, si así lo solicita y lo autoriza el mismo, serán realizados por este Ayuntamiento en colaboración con él, en el menor tiempo posible en función de las disponibilidad de arqueólogos por parte municipal. Si de la prospección arqueológica, se produjera la necesidad de introducir cambios en el Proyecto, éstos serán presentados para la aprobación municipal”.

De ello se concluye que la realización de los trabajos arqueológicos constituía parte de las cargas impuestas a... para la concesión del permiso de obras, siendo éstas inherentes al ejercicio de su derecho de edificación; y

la mercantil no hizo uso de la facultad reconocida en la licencia de obra de pedir la colaboración de los arqueólogos del Ayuntamiento.

El carácter provisional del proyecto presentado para la solicitud de la licencia de obra municipal se pone de relieve en el informe emitido por el Servicio de Patrimonio Histórico. En él se señala que la memoria que acompañaba al proyecto, para obtener la licencia del Ayuntamiento, “no hacía referencia a la situación del solar en el área arqueológica 3, ni a las fichas urbanísticas de los edificios, ni a la necesidad de hacer una inspección previa de la edificación en el caso de los derribos, y de hacer unos sondeos y una excavación en los lugares en que los sondeos hayan resultado positivos, conforme al PEPRI. Por tanto, el proyecto se redactó y presentó al Ayuntamiento sin reflejar estas circunstancias y las condiciones que podía señalar la aplicación del procedimiento”. También se indica que en aquél no se incluía la demolición de los edificios de las cuatro parcelas, por lo que la “calidad del terreno de cimentación queda pendiente del preceptivo estudio que no puede hacerse hasta que no se realice el derribo de las actuales edificaciones”, concluyéndose que la cimentación prevista en el proyecto partía de una hipótesis de terreno que podía no confirmarse. Así se deduce que había que estar a lo que resultase del informe arqueológico para determinar, en el proyecto definitivo, las soluciones arquitectónicas que permitieran compatibilizar el aprovechamiento urbanístico, reconocido en el planeamiento, con el deber de conservación de los restos de la muralla islámica que aparecieron. En consecuencia, según el informe del Servicio de Patrimonio Histórico, era normal la modificación efectuada del proyecto presentado para la solicitud de licencia, ya que en éste no se habían incluido las previsiones determinadas en el artículo 43 del PEPRI.

La licencia de obra impuso a la mercantil reclamante la obligación de presentar a la aprobación municipal los cambios en el proyecto que resultasen necesarios a la vista de la prospección arqueológica. Las

actuaciones del proyecto y definición del aprovechamiento urbanístico del solar se encontraban condicionadas a la intervención arqueológica prevista en el PEPRI, y la adopción, en su caso, de medidas conservadoras. Antes de estas actuaciones no cabía considerar que se hubiera generado un derecho de edificación y aprovechamiento urbanístico, mayor ni distinto, al que resultó del cumplimiento de la normativa de protección del patrimonio cultural, pues sus exigencias integraban y modalizaban el derecho de propiedad que ostentaba...

En consecuencia, el derecho de propiedad no justifica la indemnización que la mercantil solicita de los gastos de prospección arqueológica, cambios en el proyecto y modificación en la cimentación mediante micropilotaje, gastos financieros, gastos de ocupación de vía pública, y la materialización real del aprovechamiento urbanístico.

Como se ha reconocido por el Tribunal Supremo en supuestos idénticos al que nos ocupa, todos ellos reclamados o reconducidos a la vía de la responsabilidad patrimonial ex artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, los costes, gastos y disminución del volumen de edificabilidad derivados del cumplimiento de la normativa de protección del patrimonio cultural, no puede entenderse que supongan un daño antijurídico que el particular no tenga el deber de soportar, pues forman parte de los límites urbanísticos (SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de mayo de 2011 (recurso núm. 4983/2008) y 17 de septiembre de 2010 (recurso núm. 5648/2005)); y quedan incursos en los límites ordinarios de la propiedad que generan el deber jurídico de soportar las correspondientes restricciones que comportan (STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de junio de 2012 (núm. 884/2012)). En suma, como recuerda la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de septiembre de 2010 (recurso núm. 143/2007): "la existencia de restos arqueológicos que deben preservarse

impide calificar la lesión como antijurídica pues lo único que se ha producido es una limitación de los derechos del actor, que ha supuesto una adecuación de sus pretensiones a la normativa aplicable, pues las obras debían adaptarse necesariamente a la normativa cultural aplicable. El contenido del derecho de propiedad no es ilimitado sino que sus facultades se ejercitan dentro de los distintos niveles establecidos por las normas que en este caso son las urbanísticas, y que se han de compatibilizar con la protección y preservación de los valores artísticos y culturales... la existencia de estos vestigios históricos que se debían preservar, obliga a considerar que el posible daño o lesión que pudiera producirse no es antijurídico porque el particular tiene la obligación de soportar las limitaciones que a su derecho de propiedad impone la legislación que protege los bienes de interés cultural".

Por otra parte, la pretensión indemnizatoria del reclamante tiene nulo encaje en el artículo 62.4 de la LFPCN, a pesar de que se insiste en que queda amparada en su tenor "al prever medidas compensatorias al promotor de la obra cuando la intervención arqueológica le haya ocasionado una grave merma del valor del bien". De la mera lectura del precepto se colige que el sentido de la disposición no es el que pretende el recurrente, pues el supuesto indemnizatorio parte de una base totalmente diferente e inversa. El precepto dispone que "el Departamento competente en materia de cultura podrá ordenar la realización de medidas compensatorias al promotor de una obra cuando ésta ocasione una grave merma en el valor del bien o afecte al menos al 25 por 100 de su superficie, pudiendo obligar a la reconstrucción de las estructuras desmontadas, a la aplicación de actuaciones de revalorización de dicho bien o a la ejecución de cualquier medida de compensación del valor perdido que fundamentadamente se determine". La norma se enmarca en el régimen previsto para el desmontado y desplazamiento de estructuras arqueológicas, siendo regla general que los bienes que integran el Patrimonio Arqueológico serán inseparables de su entorno (art. 62.1 LFPCN), exigiéndose la adopción de medidas y cautelas

para el caso de que se autorice su desmontado o desplazamiento por causa de fuerza mayor o interés social (art. 62.1, 2 y 3 LFPCN). En el presente caso no concurren estas circunstancias. La Administración no ordenó a... la realización de medidas compensatorias, sino que autorizó la actuación solicitada de integración de la muralla islámica en la nueva construcción a fin de que se conservara "in situ".

No resulta tampoco de aplicación al caso el artículo 64 de la LFPCN.

El artículo 64.1 de la LFPCN prevé que "el descubridor y el propietario del lugar en que hubiese sido encontrado de forma casual el objeto tienen derecho por partes iguales a recibir del Departamento competente en materia de cultura, en concepto de premio en metálico, una cantidad igual a la mitad del valor de lo hallado, según resulte de su tasación legal en expediente tramitado a solicitud de los interesados". La previsión reconoce el derecho a la recompensa, mediante un premio en metálico, de quienes colaboran en la protección del Patrimonio Histórico, habiendo descubierto objetos de valor arqueológico por puro azar o causalidad. Fuera de esta disposición, y de recompensa, quedan los hallazgos o descubrimientos que se producen por actuaciones que requieran legalmente previa autorización de la Administración y que se obtengan como consecuencia de prospecciones o excavaciones (en tal sentido, SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de julio de 2001 y 28 de junio de 2004).

Como ya se ha señalado, la localización de los restos de la muralla islámica fue una consecuencia de la intervención arqueológica de urgencia instada por el reclamante y prevista reglamentariamente en el PEPRI, a las que se hizo referencia en la licencia de obra otorgada condicionalmente ante la presumible presencia de restos de la muralla islámica. Por tanto, no se dan las circunstancias que requiere la norma para que nazca el derecho a la recompensa. A este hecho se une que, conforme el artículo 64.3.a) de la LFPCN, no genera derecho a premio "el descubrimiento de partes

integrantes de la estructura arquitectónica de un inmueble incluido en el Registro de Bienes del Patrimonio Cultural de Navarra, que, en cualquier caso, deberá ser comunicado al Departamento competente en materia de cultura en el plazo máximo de treinta días”; caso de la muralla islámica.

Por último, aunque se estimara aplicable el artículo 43 de la LPHE, el supuesto base de la norma no encaja con las circunstancias que dan lugar a pretensión objeto de dictamen. Para que surja el derecho de indemnización conforme al artículo 43 de la LPHE, se exige que la Administración competente haya ordenado “la ejecución de excavaciones o prospecciones arqueológicas en cualquier terreno público o privado del territorio español, en el que se presuma la existencia de yacimientos o restos arqueológicos, paleontológicos o de componentes geológicos con ellos relacionados”. Como se desprende del expediente,... no ha efectuado excavaciones o prospecciones arqueológicas ordenadas específicamente por la Administración en terrenos en los que se presuma la existencia de restos arqueológicos. Las actuaciones realizadas por dicha mercantil fueron la materialización de las cautelas arqueológicas dispuestas en el PEPRI para determinados terrenos y no pueden considerarse éstas incluidas dentro del ámbito operativo de esa norma (en tal sentido, STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de junio de 2012). La Dirección General de Cultura-Príncipe de Viana no ordenó la realización de excavaciones arqueológicas. Ésta se limitó a autorizar, como Administración competente, las actuaciones solicitadas por la mercantil reclamante, efectuando las indicaciones que eran necesarias para la conservación y protección de la muralla islámica, al ser ésta parte del patrimonio cultural de Tudela.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra considera que la reclamación de indemnización formulada por don..., en representación de..., por los posibles daños ocasionados como consecuencia del hallazgo, excavación y adopción de

medidas de protección y conservación de los restos de la muralla islámica de Tudela debe ser desestimada.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.