

LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO A TRAVÉS DEL PORCENTAJE CULTURAL
**MODELOS LEGALES Y PROPUESTAS
DE REFORMA**

Luis Miguel Arroyo Yanes

1. Introducción.

Una de las principales medidas orientadas a fomentar la protección de los bienes culturales en España fue acometida por la Ley de Patrimonio Histórico de 1985, a la que han seguido la mayor parte de las leyes autonómicas en esta materia, al contemplar una reserva presupuestaria para el denominado uno por ciento cultural¹. Se trata de una medida que aparece inserta dentro de los Títulos (o Capítulos) dedicados a las llamadas Medidas de Fomento, y conforme a la cual todas las obras públicas sufragadas con fondos públicos a partir de una cierta magnitud presupuestaria deben de reservar como mínimo un uno por ciento de la cifra total presupuestada para conservar o acrecentar el patrimonio histórico existente. Dichas obras públicas no son todas las obras que se efectúan en el Estado español, sino sólo las que se desarrollan por las grandes Administraciones públicas territoriales (del Estado y autonómicas), por entidades de ellas dependientes, o por concesionarios, quedando fuera, en principio, la instancia administrativa local. Por ello, puede señalarse, hablando en términos generales y a efectos puramente introductorios, que de las obras públicas más significativas por su entidad y tamaño ha de reservarse un porcentaje mínimo para la defensa de la cultura.

No hace falta ser un experto para observar, a la vista del modo en el que está conceputada, que se trata de una medida a medio camino entre el Derecho presupuestario y el Derecho administrativo, pues aunque hunde sus raíces en aquél su ejecución se proyecta enteramente sobre la protección administrativa de los bienes culturales. Esta doble naturaleza marca enormemente su ejecución práctica, pues, como tendremos ocasión de comprobar, las asignaciones presupuestarias a determinados órganos -no necesariamente sensibles con el hecho cultural- pueden alejar a estas partidas del fin último perseguido, o entorpecer su eficacia.

Asimismo, ha de resaltarse el hecho de que aunque aparentemente es una medida de fomento, pues se presenta como una oportunidad real para elevar el proteccionismo existente, no se alinea con las medidas típicas de esta naturaleza (como sucede, por ejemplo, con los incentivos fiscales, las subvenciones u otras técnicas similares), sino que, al tomar como sujeto activo a la propia Administración interviniente, es ella misma la que viene obligada a salvaguardar los valores proclamados por dichas leyes.

El objeto de este artículo es examinar desde un punto de vista jurídico-administrativo esta particular medida de fomento de la acción administrativa de protección del patrimonio, analizando críticamente las disposiciones que la hacen posible y presentando algunas soluciones a la que consideramos, lo avanzamos ya, una regulación normativa susceptible de mejora. El hecho de que contemos con una experiencia de casi veinte años en este punto puede ponerse al servicio de un mejor conocimiento del porcentaje cultural y su problemática jurídica, al que esperamos contribuir, en última instancia, con este trabajo.

2. Una medida atípica de acción administrativa de fomento.

En principio, las medidas relativas al llamado porcentaje cultural pueden insertarse dentro de las acciones de fomento de la cultura, una de las múltiples formas de la acción administrativa en este sector administrativo. Cuando la mayor parte de las leyes de defensa del patrimonio histórico han decidido contemplar esta medida en sus articulados, lo han realizado dentro del capítulo dedicado al fomento², junto a los préstamos, subvenciones, avales, asesoramiento y asistencia técnica, etc. Sin embargo, analizados sus rasgos jurídicos no se desprende que sea propiamente una medida de fomento, aunque por el modo en el que está articulada, y esto es, desde luego, indiscutible, sirva para auspiciar directa o indirectamente, la defensa del patrimonio cultural. A la vista de ellos, es más una medida presupuestaria finalística o de fomento interno de la defensa de la cultura por vía presupuestaria que una medida típica de fomento, mediante la que se consigue de los administrados unos comportamientos deseables. Así lo han entendido algunas leyes autonómicas de patrimonio histórico cuando, con buen criterio, han distinguido entre estas medidas, y las propiamente dedicadas al fomento o a los beneficios fiscales³, lo que ciertamente nos parece más riguroso desde el punto de vista legístico sustantivo.

No se trata aquí de ofrecer -lo que resulta consustancial en el fomento- estímulos positivos a los ciudadanos y empresas para que satisfagan determinados fines de defensa de la cultura fijados de antemano en atención al interés general, ni de medidas ofrecidas por las Administraciones públicas a fin de conseguir determinados objetivos, decidiendo libremente el particular si opta por la consecución de éstos⁴, pues es la propia Administración pública la destinataria de la acción.

La reserva presupuestaria de un porcentaje para la defensa del patrimonio cultural no puede calificarse, por lo tanto, como una acción de fomento típica, sino como lo que en el fondo es: es decir, una carga financiera para la Administración con la que, por medio de una ley, se auspicia la defensa del patrimonio, al margen, por tanto, de las medidas de fomento tradicionales, con las que puede agruparse si se adopta un punto de vista doctrinal más amplio sobre el fomento admi-

nistrativo del que se entiende por él en términos clásicos, en cuyo caso sí podría incluirse la reserva del uno por ciento entre las técnicas aplicativas de esta forma de acción administrativa⁵.

3. La recepción por los legisladores de la reserva presupuestaria del porcentaje cultural.

La primera expresión normativa de esta particular acción de fomento la encontramos en el Real Decreto 2832/1978, de 27 de octubre, mediante el que se estableció la obligación de reservar el uno por ciento del presupuesto de toda obra pública desarrollada por la Administración Civil del Estado para realizar trabajos artísticos, de decoración, adorno o embellecimiento, o conseguir la plena integración de dicha obra pública en su entorno natural⁶. Como puede verse, una gran amplitud de objetivos, pero centrados en la labor que pudieran desarrollar los artistas en relación con la obra pública efectuada en base al principio de unidad de proyecto al que quedaba vinculada la creatividad artística.

Asimismo, figuraban también los ligados a la protección del impacto paisajístico de la obra realizada, hoy día con un tratamiento específico y, por lo tanto, desvinculado ya de la reserva del uno por ciento. El principal logro de esta primera disposición normativa fue incorporar una nueva filosofía al

La reserva presupuestaria de un porcentaje para la defensa del patrimonio cultural no puede calificarse como una acción de fomento típica.

presupuesto de las obras públicas de la principal Administración territorial del país que, a partir de entonces, debieron de comenzar a contar con la impronta cultural, en su vertiente de creación artística⁷. Al igual que sucede con las normas que inician nuevos caminos, su aplicación debió estar sometida a incumplimientos y contratiempos, máxime en la medida de que se trataba de una disposición reglamentaria que debía de insertarse en un grupo normativo ejecutado o ejecutable por distintos ministerios, lo que unido a su desconocimiento inicial y al modo en el que estaba redactada la disposición, lastrarían su primera aplicación⁸.

Será la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Protección del Patrimonio Histórico Español de 1985 la primera norma con rango formal de ley que abordará esta cuestión, confiriendo al uno por ciento cultural el más alto nivel normativo posible, si excluimos la Constitución⁹. Su artículo 68, insertado dentro del capítulo dedicado a la actividad de fomento, establecía en su formulación originaria lo siguiente:

1. En el presupuesto de cada obra pública, financiada total o parcialmente por el

Estado, se incluirá una partida equivalente al menos al 1 por 100 de los fondos que sean de aportación estatal con destino a financiar trabajos de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español o de fomento de la creatividad artística, con preferencia en la propia obra o en su inmediato entorno.

2. Si la obra pública hubiera de construirse y explotarse por particulares en virtud de concesión administrativa y sin la participación financiera del Estado, el 1 por 100 se aplicará sobre el presupuesto total para su ejecución.

3. Quedan exceptuadas de lo dispuesto en los anteriores apartados las siguientes obras públicas: a) aquellas cuyo presupuesto total no exceda de 100 millones de pesetas; b) las que afecten a la seguridad y defensa del Estado, así como a la seguridad de los servicios públicos.

4. Por vía reglamentaria se determinará el sistema de aplicación concreto de los fondos resultantes de la consignación del 1 por 100 a que se refiere este artículo¹⁰.

De este precepto los comentaristas de la ley destacarían su naturaleza avanzada y la aportación que suponía a la lucha proteccionista¹¹. Asimismo, es de reseñar que la ambiciosa aspiración perseguida quedaba condicionada por el juego de las excepciones, algo mucho más perceptible cuando se promulgó el texto legal que en la actualidad, al haberse mantenido intocada en la cifra la excepción de los cien millones.

La estela de la Ley 16/85, de 25 de junio, del PHE, sería seguida por los legisladores autonómicos, que en sus propias leyes de protección del patrimonio contemplarían preceptos similares, bien tomando el modelo de la ley estatal, bien mejorando la redacción del precepto, mas, en cualquier caso, trasladando y haciendo suya la misma filosofía de una reserva presupuestaria *ad hoc* para la cultura¹². Así han venido a pronunciarse las leyes de los parlamentos autonómicos, a las que se han sumado en su desarrollo normas reglamentarias del más variado signo¹³. Las referencias normativas de dichas disposiciones legales, salvo error u omisión, son las siguientes:

Andalucía: arts. 87-88 de la ley 1/91, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico

Aragón: art. 88 de la ley 3/99, de 10 de marzo, de Patrimonio Cultural

Asturias: art. 99 de la ley 1/01, de 6 de marzo, de Patrimonio Cultural

Canarias: art. 93 de la ley 4/99, de 15 de marzo, de Patrimonio Histórico

Cantabria: art. 124 de la ley 11/98, de 15 de marzo, de Patrimonio Cultural

Castilla-La Mancha: art. 59 de la ley 4/90, de 30 de mayo, de Patrimonio Histórico

Castilla-León: art. 71 de la ley 12702, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural

Cataluña: art. 57 de la ley 9/93, de 30 de septiembre, de Patrimonio Cultural

Extremadura: art. 87 de la ley 2/99, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural

Galicia: art. 86 de la ley 8/99, de 30 de octubre, de Patrimonio Cultural
 Islas Baleares: art. 80 de la ley 12/98, de 21 de diciembre, de Patrimonio Histórico
 Madrid: art. 50 de la ley 10/98, de 9 de julio, de Patrimonio Histórico
 Murcia: Ley específica de 11 de abril de 1990, sobre porcentaje cultural
 País Vasco: art. 106 de la ley 7/90, de 3 de julio, de Patrimonio Cultural
 Valencia: art. 93 de la ley 4/98, de 11 de junio, de Patrimonio Cultural

4. Las insuficiencias de los textos legales y reglamentarios.

Dada la variedad de tratamientos normativos que ha recibido el porcentaje cultural hasta la fecha, cualquier crítica a los mismos ha de partir de la base del modo en el que ha quedado contemplado en cada caso¹⁴. Vaya por delante que, a nuestro entender, al menos ha de aspirarse a una regulación que sea concisa y que vaya a resolver las cuestiones de fondo que plantea la problemática jurídico-administrativa del porcentaje cultural, y no a una amplísima, y detallada (casi reglamentaria algunas veces) que, no por ello, aporta demasiado a la resolución de dichas cuestiones¹⁵. En esta línea, consideramos que dentro de las leyes autonómicas se han dado ya algunos pasos en la dirección adecuada, y en este sentido deberían de tenerse en cuenta sus experiencias para moldear el esquema ideal de tratamiento jurídico del porcentaje cultural. A efectos de análisis vamos a intentar aislar algunos modelos legales dentro del conjunto¹⁶, dejando a un lado casos que, si bien aportan elementos de interés, no llegan a tener un modelo normativo desarrollado¹⁷. Estos modelos serían los que pasamos a reseñar¹⁸.

4.1. Modelo de la Administración General del Estado.

Se trata del modelo de más peso dentro del conjunto. Por un lado, porque ha sido el más imitado -cuando, ciertamente, no había necesidad, dada la libertad en este punto de las Comunidades autónomas- y, por otro, porque el volumen de la obra pública desarrollada (y, por consiguiente, de los resultados de la aplicación del porcentaje) es el más alto, cuantitativamente hablando, de entre todos los operadores administrativos concurrentes¹⁹. Las características de este modelo serían las siguientes:

a) Aparece diseñado para imponer una carga financiera²⁰, una carga extra (también puede verse así si la comparamos con las obras que no la padecen), sobre toda aquella gran obra pública que hubiera de realizarse, en la que se deberá reservar un porcentaje del uno por ciento como mínimo para inversiones culturales. Esta idea de vinculación a las grandes obras públicas ha ido quedando desvirtuada con el paso del tiempo, porque los legisladores autonómicos que han seguido el esquema de la LPHE de 1985 han tendido a ir incorporando obras de menor tamaño, y también por cuanto que los 100 millones de pesetas de los que partía la LPHE de 1985, por

el juego de la inflación y de la evolución de los precios, casi puede entenderse ya como referido a una obra pública de mucha menor entidad. En cambio, y como debería haber sido lógico, no se ha impuesto un porcentaje mayor para las grandes obras públicas, las que en origen estaban especialmente gravadas con esta reserva, que siguen manteniendo el mismo porcentaje de reserva que las que ayer no sufrían esta carga financiera y hoy sí la tienen, rompiéndose así la situación inicial por el mantenimiento de la aplicación del mismo porcentaje cultural²¹.

En consecuencia, aunque el modelo apareció vinculado a las grandes obras públicas, por influjo de estas circunstancias puede vincularse ahora a las obras que ayer eran consideradas medianas o de menor entidad.

b) La finalidad de la reserva porcentual consiste, de un lado, en la realización de trabajos de conservación o enriquecimiento del patrimonio histórico o, bien de otro, en el fomento de la creatividad artística. Se trata de una doble posibilidad no siempre bien vista por los defensores del patrimonio cultural, pues la creatividad artística plantea una problemática sustancialmente distinta, al servir de acicate y estímulo a los artistas vivos, con lo que esto puede tener de tensión dentro del sistema, pues no queda establecido que tengan que ser obras de alta calidad artística o de autores consagrados las que se abonen con el porcentaje cultural, por lo que cualquier artista puede aspirar legítimamente a que sus obras sean adquiridas con cargo a esta reserva presupuestaria, redundando así en su propio beneficio²². En cualquier caso, se trata de algo presente dentro del sistema desde que el Decreto de 1978, ya comentado, contemplara esta posibilidad, y visto desde una perspectiva amplia contribuye a que la defensa del patrimonio cultural pueda efectuarse, aunque sea de otro modo, pues las expresiones artísticas de hoy pueden ser el patrimonio histórico del mañana²³.

c) Los órganos públicos ejecutores de las obras tienen reconocido un amplio poder en cuanto a la gestión del porcentaje cultural, algo que deriva de la íntima conexión que se establece entre la obra pública y la reserva porcentual prevista por vía normativa. Por ello, salvo que estos mismos órganos elijan otra posibilidad prevista normativamente, la de poner las cantidades reservadas al porcentaje a disposición del Plan de protección de Bienes Culturales (a donde quedan transferidos los fondos), serán aquellos y no los órganos administrativos culturales, los llamados a gestionar las mismas.

En fecha muy reciente ha de consignarse lo que puede considerarse como un replanteamiento de esta cuestión, pues a partir del Decreto 1893/2004, de 10 de septiembre²⁴, el Ministerio de Cultura participará en la determinación de los principales criterios para el reparto de las cantidades presupuestadas para el porcentaje cultural, residenciándose en una Comisión interministerial, adscrita al mismo, la

propuesta para la adopción de la decisión administrativa²⁵. Se trata de una reforma puntual del modelo originario, que, sin embargo, sigue vigente en las Comunidades autónomas que siguen imitando al pie de la letra la formulación originaria del modelo estatal.

d) Los concesionarios y las entidades dependientes de la Administración pública, incluso organismos con una amplísima independencia frente a ella, están sujetas a la reserva del porcentaje cultural, siempre y cuando, en el caso de los primeros efectúen obras públicas construidas y explotadas por dichos concesionarios. No así las entidades locales, en especial las diputaciones provinciales y los grandes ayuntamientos, que quedan excluidos en principio de la reserva del uno por ciento. Y ello a pesar de que con cargo a sus presupuestos pueden pagarse también obras públicas de entidad suficiente, a los efectos que estamos hablando, salvo, claro está, que las leyes autonómicas se decanten por incluirlos entre las Administraciones obligadas²⁶.

4.2. Modelo del uno por ciento como porcentaje global.

Sin oponerse frontalmente al que hemos denominado modelo estatal, casi con toda seguridad debido a que, en realidad, no existe demasiado espacio para innovar en esta materia, en este caso no se establece una cantidad mínima del presupuesto de la obra a partir de la cual surge la obligación de reservar (cincuenta millones de las antiguas pesetas, es la cifra más empleada). De lo que se trata, en esencia, es de imponer el uno por ciento como criterio general para el total de las obras públicas presupuestadas, lo que implica que no queda fuera ninguna de ellas, simplificándose notoriamente la gestión, al ser mucho más fácil la misma que en el que hemos denominado modelo estatal. Por este enfoque se han inclinado algunas Comunidades autónomas, en realidad las menos, pues sólo Cantabria, Castilla-La Mancha y Madrid han apostado por esta fórmula²⁷. De manera acusadamente escueta, el legislador de la segunda de las Comunidades citadas señala que "en los Presupuestos Generales se incluirá una partida equivalente, al menos, al uno por ciento de los fondos destinados a obras públicas, con destino a financiar los trabajos de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico de la Comunidad o de fomento de la creatividad artística, con preferencia en las propias obras o en su entorno" ²⁸. A su vez, con más seguridad y rotundidad, el legislador cántabro establece que "a los efectos de concretar las obligaciones establecidas en esta Ley, se contemplará en los presupuestos generales de la Comunidad autónoma los recursos necesarios para fines de investigación, difusión, promoción, acrecentamiento, conservación, restauración y rehabilitación del Patrimonio Cultural de Cantabria, el cual será gestionado por la Consejería de Cultura y Deporte. Estos recursos serán, al menos, el uno por ciento de los fondos destinados cada año a obras públicas en los Presupuestos Generales de la comunidad autónoma y se consignarán en una partida específica" ²⁹.

Por lo tanto, los dos rasgos principales de este modelo son: 1) que de la cifra total que en los Presupuestos anuales se dedican a obras públicas habrá de "detrarse" una cantidad, de al menos el uno por ciento, para consignarla en una partida específica dedicada a la defensa del patrimonio cultural y 2) que la gestión de esa partida específica puede escapar del control efectivo de las autoridades encargadas de la ejecución de las obras públicas que la generan³⁰.

4.3. Modelo estatal con innovaciones.

Con esta expresión queremos agrupar aquellos supuestos en los que los legisladores se han inclinado por respetar en esencia la formulación estatal pero incorporando algunas variaciones que contribuyen a flexibilizarlo, reaccionando así frente al puro mimetismo en el que cómodamente se han instalado otros reguladores autonómicos que permanecen fieles al mismo. En este caso, paradójicamente, se encuentra ya la propia Administración General del Estado, tras la entrada en vigor del Decreto 1893/04, de 10 de septiembre, por lo que más que de modelo estatal sería conveniente hablar en estos momentos de modelo mejorado de la LPHE de 1985. ¿Cuáles serían estas mejoras? De las leyes autonómicas se desprenden las siguientes que pasamos a consignar:

a) Este modelo de la LPHE de 1985 ha sido matizado por algunas leyes autonómicas en lo que se refiere a qué se entiende por obra pública susceptible de generar porcentaje cultural, facilitando que no sólo las grandes obras públicas sean las que se tengan en cuenta a estos efectos³¹.

b) Asimismo, algunas leyes autonómicas han establecido previsiones en lo que se refiere al modo en el que habrán de materializarse las inversiones culturales de la Administración General del Estado en la correspondiente Comunidad autónoma. Sobre ello puede señalarse que se trata de una aspiración legítima de las autoridades autonómicas el que indiquen o establezcan prioridades o preferencias sobre dónde y cómo desean que se efectúe el gasto cultural, pues, como alguna ley se encarga incluso de recordar, su finalidad práctica es que "pueda servirle de guía" a los órganos competentes, en este caso, por ser sus competencias exclusivas, los de la Administración General del Estado, los únicos competentes en este punto³².

c) Excepcionalmente, se ha incorporado en algún caso a los ayuntamientos y a las entidades supramunicipales provinciales, a las obligaciones de reserva del porcentaje cultural, mas como decimos la práctica generalidad de los legisladores -incluso los que no se identifican con el modelo de la LPHE de 1985, han rehuido, de momento, esta posibilidad³³.

4.4. Modelo basado en el establecimiento de un porcentaje sobre los Presupuestos Generales.

Por último, hemos de reseñar un caso singular que, sin embargo, y a pesar de las ventajas que, en principio, ofrece, no ha sido emulado por los restantes legisladores. Se trata del tratamiento que de esta cuestión efectúa el legislador gallego, que ha establecido en calidad de inversión cultural un mínimo porcentual de los Presupuestos Generales. Dice así el artículo 86.1 de la ley gallega: "a los efectos de concretar las obligaciones establecidas en esta ley, se destinará un mínimo del 0,15 por ciento de los Presupuestos Generales de la Comunidad autónoma para fines de conservación, restauración y rehabilitación del patrimonio cultural de Galicia, el cual será gestionado por la Consejería de Cultura".

Conforme a este modelo, se establece un mínimo porcentual de los Presupuestos anuales y se encomienda directamente su gestión a las autoridades administrativas culturales, en exclusiva. Estos serían sus dos rasgos principales, que contrastan especialmente con lo visto hasta ahora.

De este precepto los comentaristas de la ley destacarían su naturaleza avanzada y la aportación que suponía a la lucha proteccionista.

El establecimiento de un criterio de proporción con el conjunto de lo presupuestado, que puede ser particularmente defendible en la medida en que garantiza unas partidas constantes, que pueden ser altas cuando los presupuestos son expansivos, obligará a que cuando se produzcan contracciones presupuestarias ello repercuta en la partida de defensa del patrimonio cultural, con independencia de que la partida dedicada a obras públicas pueda mantenerse estable, aunque esto parezca, en principio, improbable³⁴. Por ello, si lo que se persigue es que la partida dedicada a la defensa del patrimonio permanezca constante en el tiempo, deberá de modificarse el porcentaje cuando los Presupuestos Generales dejen de reflejar una cifra mínima que se considere aceptable para estos fines³⁵.

4.5. La recepción por parte del legislador andaluz de la reserva presupuestaria del uno por ciento cultural.

El legislador andaluz en los artículos 87 y 88 de la Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad autónoma, se ha inspirado en el modelo de la LPHE de 1985 para establecer una serie de previsiones sobre este punto, sin que pueda afirmarse, por lo tanto, que estemos ante una identificación absoluta con ese modelo. En concreto, junto a la cantidad límite de los cien millones de las antiguas

pesetas (hoy su equivalente en euros), y a la obligación de los concesionarios en relación con esta reserva, así como la imposición de que la inversión debe de efectuarse preferentemente en la propia obra o su entorno, el legislador andaluz ha impuesto otras condiciones que no se encuentran previstas en la LPHE de modo explícito: entre ellas, el informe favorable previo de la autoridad cultural sobre la idoneidad de la aplicación concreta del uno por ciento sobre la actuación que se proyecte, y la posibilidad de que los encargados de realizar las inversiones puedan optar por transferir al departamento de Cultura las cantidades correspondientes al uno por ciento³⁶.

Sin embargo, y a pesar de estas innovaciones respecto a su modelo inspirador, la problemática del porcentaje cultural no dista a fecha de hoy de ser muy distinta en la Administración autonómica andaluza si la comparamos con la que ha venido teniendo la Administración General del Estado (al menos hasta la entrada en vigor del Decreto 1893/04, de 10 de septiembre), al continuar detentando la decisión sobre el gasto los encargados, por razón de la obra, de efectuar las inversiones, con las posibilidades de incumplimiento, si no necesariamente de la letra, sí del espíritu que late en la previsión normativa de la reserva del porcentaje cultural³⁷.

5. La necesidad de una reforma en profundidad.

Sin dejar de destacar lo mucho que ha podido suponer la incorporación de la reserva presupuestaria del uno por ciento cultural para la protección de parte del patrimonio histórico en las últimas décadas, de todo lo que llevamos visto se extrae una conclusión: debería de procederse a una reforma en profundidad de estas disposiciones normativas.

Las expectativas que inicialmente vinieron a despertar estos grupos de normas sólo se han cumplido en parte y, por el contrario, se han generado no pocas frustraciones debido a que existen fórmulas para que el gasto público sea mucho más eficaz y acertado mediante una asignación racional y equilibrada (algo que está todavía lejos de conseguirse con el sistema vigente), lo que por sí resulta más que suficiente para plantear una reforma de envergadura³⁸.

A nuestro juicio, dicha reforma debería de tener, al menos, cuatro ejes rectores: 1) la reconsideración de la autoridad competente para gestionar la reserva presupuestaria del uno por ciento cultural; 2) la regulación precisa y hasta donde resulte posible de la toma de la decisión; 3) una mayor precisión del destino que se le asigna finalmente a la reserva realizada; y 4) por último, la ruptura con el enfoque de cantidades mínimas para contemplar el porcentaje cultural, y su sustitución por una inversión global del porcentaje cultural por todas las obras públicas, sin exclusiones.

a) Si cabe, y está aceptada la realización de una reserva presupuestaria a favor de la cultura, o de la acción cultural, no tiene sentido que decida sobre este particular quién, por razón del cargo, ignora todo el conglomerado de proyectos culturales que se puedan estar fraguando en cada momento, los cuales quedan así desconectados de una de las pocas vías de fomento público de la cultura. Es más, la toma de la decisión no puede girar en torno a una valoración puntual de unidades de gasto de lo más variado y sin tener en cuenta una valoración de conjunto. Aunque se cumpla con la letra de la ley, es obvio que su espíritu es muy distinto: lo que se persigue es que ese dinero revierta en la cultura, en una acción cultural en marcha, que, como siempre sucede, debe estar sometida a unos criterios para que el gasto no se realice al puro arbitrio del responsable de turno y atendiendo a circunstancias coyunturales. Queda así expuesta la necesidad de que no se haga un uso disperso y/o arbitrario de esos fondos -tan difíciles de obtener-, debiéndose cuidar la prioridad, así como la realidad y acierto de la actuación de defensa de la cultura donde habrán de invertirse.

Por lo tanto, consideramos que la competencia de gestión de la reserva presupuestaria debe de corresponder a las autoridades administrativas de cultura, en exclusiva. En esta línea se han decantado ya algunas Comunidades autónomas, que establecen expresamente la gestión de la partida específica dedicada a este porcentaje al departamento de cultura correspondiente³⁹, aunque resulte justo señalar que constituyen hasta la fecha un supuesto aislado dentro del conjunto⁴⁰.

b) Asimismo, demanda una modificación normativa el modo en que viene recogida la toma de la decisión administrativa sobre el gasto. Si algo cabe extraer de la experiencia reciente del porcentaje cultural es la amplísima discrecionalidad administrativa que preside la decisión sobre el gasto en la mayor parte de los órganos públicos ejecutores de las obras, habitualmente órganos administrativos unipersonales⁴¹. Ciertamente, la tendencia que parece que se va imponiendo en este punto es la de que la decisión última recaiga en una Comisión de inversiones, lo cual supone un paso adelante, desde luego, pero falta en la mayor parte de las disposiciones examinadas una mayor concreción de los elementos que están al servicio del control de la discrecionalidad, tan necesarios en esta materia y del modo en el que se produce la inversión. Por ello, deberían incorporarse técnicas como la de los conceptos jurídicos indeterminados, los estándares y otras técnicas posibles de condicionamiento previo que se echan en falta en la mayor parte de las normas objeto de análisis.

c) El destino del gasto debe de estar vinculado, ante todo, a la protección de los bienes más necesitados de protección, los históricos y, en su defecto, a la protección del entorno donde se realiza la obra pública. Sin mostrarnos abiertamente en contra de que se establezcan mecanismos para la defensa de la creatividad artística

ca -legítimamente defendible, por otro lado-, creemos que la actividad de los artistas deberían de tener sus propias líneas de financiación independiente, al margen del llamado porcentaje cultural tal y como está conceptualizado en la actualidad. Aunque ello sea discutible, pensamos que esta línea de reforma serviría para reforzar la eficacia del porcentaje cultural.

d) Por último, consideramos que ha de romperse con el enfoque de establecimiento de cantidades mínimas para fijar el porcentaje cultural, dicho enfoque ha de sustituirse por la fijación de una inversión global del porcentaje cultural por todas las obras públicas a realizar, sin exclusiones. Aparte de los problemas técnicos que plantea el actual sistema, el mismo resulta, además, susceptible de incumplimiento por diversas vías (el fraccionamiento de la obra sería sólo uno de ellos, quizás el más evidente), y no se justifica que ciertas obras queden fuera del porcentaje por no llegar a la cantidad mínima fijada -que son, además, las más numerosas- y sí lo hagan otras, las menos, que superan dichas cantidades⁴². El compromiso con el porcentaje cultural es mucho mayor, más intenso, cuando son todas las obras públicas, sin excepciones, las que se tienen en cuenta a estos efectos, lo que además tiene enormes ventajas desde el punto de vista de la gestión al poderse centralizar en una única autoridad administrativa (la de cultura, obviamente) la entera disposición sobre las partidas presupuestarias asignadas⁴³.

Ciertamente, cuando escribimos este texto, parece observarse algún movimiento de reforma en relación con la regulación que efectúa la LPHE de 1985, pero mucho nos tememos que se trata más de una forma de hacer política, una más, que de un verdadero interés por afrontar de raíz la cuestión. Por ello, creemos que el proceso de reflexión abierto a partir de 2003 no va a conducir necesariamente a una reforma sustantiva de esta norma cabeza del grupo normativo estatal, con lo que podría tener de influjo en los restantes grupos normativos autonómicos, la mayor parte de los cuales está anclando en presupuestos similares a los que hemos hecho objeto de nuestra crítica en estas páginas.

Luis Miguel Arroyo Yanes

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Cádiz

1. No tenemos noticia de la existencia de ningún artículo doctrinal sobre esta cuestión desde la perspectiva del Derecho administrativo. En su lugar sólo podemos servirnos de los acercamientos a esta cuestión que efectúan los distintos comentaristas de la Ley de Patrimonio Histórico Español, algunos de los cuales serán objeto de cita en este trabajo. Vid. ALEGRE AVILA, J.M. *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*. Madrid, Ministerio de Cultura, 1994; ALONSO IBÁÑEZ, M.R. *El patrimonio histórico: destino público y valor cultural*. Madrid, 1992; ALVAREZ ALVAREZ, J.L. *Estudios sobre el patrimonio histórico español*. Madrid, Civitas, 1989; BARRERO RODRÍGUEZ, M.C. *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*. Madrid, Civitas, 1990; BENITEZ DE LUGO, J. *El patrimonio cultural español (aspectos jurídicos, administrativos y fiscales)*. Granada, Comares, 1988.
2. Se sigue, así, miméticamente el esquema prefijado por la LPHE de 1985.
3. Vid. artículo 88 y ss. de la Ley Aragonesa del Patrimonio que distingue dentro del Título VI dedicado a Medidas financieras, un capítulo primero dedicado a Inversión Pública (uno por ciento cultural) del segundo dedicado a Medidas de Fomento.
4. Vid. BERMEJO VERA, J. "Acción administrativa y potestades", en BERMEJO VERA, J. (dir.). *Derecho administrativo. Parte especial*. Madrid, Civitas, 1994, p. 49.
5. Las medidas de fomento se caracterizan, como hemos señalado por tener a los particulares y no a la propia Administración como destinataria de las mismas, por ello sólo desde un punto de vista teleológico la reserva del porcentaje cultural se identificaría con el fomento típico. Bien entendido que sería posible, como hace el propio Tribunal Constitucional en la STC de 11 de junio de 1992, relativa a la investigación científica y técnica, englobar bajo las fórmulas de fomento aquellas medidas "encauzadas a la promoción y avance" de los bienes jurídicos objeto de defensa, independientemente de que se circunscriban al simple estímulo económico, ampliando así el estricto concepto manejado por el Derecho administrativo clásico. Vid. BERMEJO VERA, J. "Acción administrativa...". Ob. cit., pp. 50-51. Algo similar ha venido a suceder, pues, en relación con la materia que nos ocupa.
6. Vid. BOE núm. 294, de 9 de diciembre. Esta disposición intentaba entroncar con la práctica de la reserva presupuestaria de "años de experiencia en países de nuestra área cultural y geográfica". Su principal originalidad era su tratamiento del silencio administrativo positivo a efectos de la designación dentro de la lista propuesta del primer artista seleccionado.
7. Como veremos más adelante, y ha sido recogido en normas legales, junto al fomento de la defensa del patrimonio cultural coexistirá el fomento de la creatividad artística.
8. Ignoramos qué aplicación real tuvo esta disposición, pero su carácter estricto y su vinculación al principio de unidad de proyecto debió de condicionar su puesta en marcha.
9. Vid. BOE núm. 155, de 29 de junio. Junto a la derogación de las leyes anteriores que, de modo fragmentario, habían regulado la protección del patrimonio histórico deroga expresamente el Real Decreto 2832/1978, de 27 de octubre sobre el uno por ciento cultural.
10. La transcripción del precepto resulta obligada, no sólo por ser el precepto cabeza de grupo normativo de la legislación estatal, sino por el notable influjo que ha tenido sobre otros legisladores esta concreta redacción.
11. Una buena exégesis de este precepto en ALEGRE AVILA, J.M. *Evolución...* Ob. cit., pp. 439-453.

12. Una única ley autonómica se sale del patrón general, la ley murciana de 11 de abril de 1990, que regula específicamente para esta comunidad autónoma el uno por ciento cultural en el marco de la LPHE de 1985.

13. Dada la naturaleza limitada en extensión de este trabajo haremos sólo algunas referencias puntuales a dichas disposiciones.

14. Obviamente, las consideraciones que hagamos a unas regulaciones no serán válidas para otras.

15. Crítica que puede hacerse extensiva a la mayor parte de normas legales autonómicas. No todas ellas cuentan con desarrollo reglamentario específico. A título de ejemplo de las que sí lo tienen pueden citarse las siguientes reglamentaciones: Decreto catalán 175/94, de 28 de junio (BOGC 1927, de 29 de julio), Decreto andaluz 19/95, de 7 de febrero (BOJA de 17 de marzo), Decreto cántabro 26/01, de 2 de mayo (BOC de 10 de mayo) y Decreto asturiano 18/02, de 8 de febrero (BOPA, 56, de 8 de marzo).

16. El término modelo no lo empleamos aquí con todo su rigor científico, si no por su poder descriptivo. Intentamos aislar algunos rasgos propios que, por encima de otros que puedan darse igualmente y que puedan ayudar a diferenciar cada caso, sirvan para caracterizar grupos normativos no necesariamente homogéneos en sí mismos.

17. Como sucede, por ejemplo, con el artículo 59 de la ley castellano-manchega de patrimonio, que se limita a señalar: "en los Presupuestos General de Castilla-La Mancha se incluirá una partida equivalente, al menos, al uno por ciento de los fondos destinados a obras públicas, con destino a financiar los trabajos de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha o de fomento de la creatividad artística, con preferencia en las propias obras o en su entorno".

18. Cabría reseñar un último modelo, que es el que defendemos en este trabajo, y cuyos rasgos principales van a quedar expuestos en su último punto.

19. Para que el lector tenga una idea aproximada asciende a cerca de cuarenta millones de euros para 2005.

20. Este rasgo ha sido destacado por algunos comentaristas de la ley. Vid. ALEGRE AVILA, J. M. *Evolución...* Ob. cit., p. 442.

21. Si el porcentaje del uno por ciento se entiende como mínimo es también para que pueda servir a estos efectos de establecimiento de una tabla en función del tamaño de la obra, y no sólo, por tanto, para que el porcentaje sea el mismo para todas las obras que superen una determinada cifra de presupuesto total, lo que puede llevar a una falta de equidad.

22. Que, en última instancia, es el fruto, también, de los impuestos que ellos tributan.

23. Sobre todo si la política de compras se hace de manera adecuada en bienes que se sobrevalorarán con el paso del tiempo.

24. Mediante él se modifica el modo en el que hasta la fecha de su entrada en vigor había tenido lugar la coordinación entre las autoridades de cultura y las autoridades de los ministerios generadores de obras públicas. Vid. BOE del 20 de septiembre.

25. Cuando escribimos estas líneas la cantidad prevista por porcentaje cultural en el proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado para 2005 para la Administración General del Estado gira en torno a cuarenta millones de euros, aportados por los ministerios de Fomento, Medio Ambiente y Vivienda.
26. En cuyo caso se apartarían del modelo estatal, o modularían el mismo. La razón por la que la ley estatal no hace referencia aquí a las entidades locales ha intentado explicarse en razón de la problemática de las haciendas locales (J.M. Alegre Avila), lo que a nuestro juicio valdría para determinados casos (ayuntamientos) pero no para otros (diputaciones). A ello puede sumarse el problema competencial entre el Estado y las Comunidades autónomas -su sede sería la Ley de Bases de Régimen Local- y las propias competencias administrativas asignadas a estas entidades, cuyas obras públicas presentan unos perfiles singulares.
27. O parecen haber apostado, pues, como sucede en el caso madrileño, el legislador de dicha comunidad ha recalcado su entronque con la referencia normativa de la LPHE al señalar que "la Comunidad de Madrid reservará, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, al menos el uno por ciento de su aportación de los presupuestos de las obras públicas que financie total o parcialmente a fin de invertirlo en la investigación, documentación, conservación, recuperación, restauración y actuaciones urgentes, difusión y enriquecimiento del Patrimonio Histórico, así como el otorgamiento de las ayudas a las que se refiere el artículo 48.1 de la presente Ley". Con ello puede dudarse de si lo que se está haciendo es desarrollar la LPHE o establecer una regla nueva a partir de ella.
28. Dada la parquedad del precepto (artículo 59) cabe la posibilidad de un desarrollo restrictivo, por ello creemos que el caso cántabro que reseñamos seguidamente constituye un exponente mucho mejor del modelo referido.
29. Concluye este artículo, el 124 de la ley, del siguiente modo: "se destinarán, de igual forma, el uno por ciento de las inversiones en infraestructuras para la rehabilitación paisajística y del patrimonio cultural afectado".
30. De manera abiertamente establecida en la ley cántabra, posible, si así se estableciera por vía reglamentaria, en los otros dos casos (salvo que por otra ley distinta se estableciera lo contrario).
31. Por ejemplo, rebajando la cifra total de la obra de cien a cincuenta millones de pesetas, obviamente ahora en su equivalente en euros, como hacen, por ejemplo, las leyes vasca, cántabra, canaria, asturiana o balear, o estableciendo un tratamiento para las obras de menos de cincuenta millones, como hace la ley específica murciana para las de entre diez y cincuenta millones, que deberán de reservar un mínimo de doscientas mil pesetas de lo presupuestado.
32. Así sucede, por ejemplo, en el art. 71.4 de la ley castellano-leonesa ("la misma Consejería establecerá directrices y objetivos para la aplicación de la citada partida, que se comunicarán a la AGE, con la finalidad de que puedan servirle de guía para las inversiones que realice en la Comunidad autónoma en aplicación del uno por ciento cultural determinado por la Legislación del Patrimonio Histórico Español"). Aunque se refiere explícitamente a sus partidas presupuestarias, se le confiere capacidad de influencia para lo que haga la AGE.
33. Nos referimos al caso balear, donde los ayuntamientos y los consejos insulares están sometidos a la determinación de la ley del patrimonio en este punto.
34. Aunque puede estimarse que, de cara a la creación de empleo directo e indirecto, se mantenga lo más alta posible en dichas circunstancias.

35. Evidentemente, esta crítica puede efectuarse también respecto a los modelos que hemos reseñado con anterioridad. Si no hay obra pública no hay inversión cultural vía porcentaje, y si ésta es muy pobre puede suceder incluso que no haya que efectuar reserva alguna.

36. El artículo 88 y siguientes del Decreto 19/1995, de 7 de febrero (BOJA 43, de 17 de marzo), mediante el que se aprueba el Reglamento de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico de Andalucía, viene a pormenorizar las previsiones legales.

37. Algunos ejemplos permitirán comprender lo que decimos: el departamento de Presidencia efectúa una obra pública de rehabilitación histórica, el porcentaje cultural se invierte en el edificio mismo objeto de la obra; se presenta una obra pública y con el porcentaje cultural se abonan los gastos de montaje de carpas, expositores y catering generados por la presentación, etc.

38. De hecho los informes de intervención del Tribunal de Cuentas y de las Cámaras de Cuentas autonómicas critican habitualmente el modo en el que se gestiona este dinero público.

39. Vid. art. 124.1 de la Ley cántabra del Patrimonio Cultural.

40. Ante ello sólo cabe que, de acuerdo con la legislación aplicable correspondiente resulte posible condicionar o supeditar el gasto a algún Plan de defensa de los bienes culturales. Un ejemplo de ello sería el de la Administración General del Estado.

41. El ejemplo más sangrante, verdadera expresión del punto de exceso al que ha llegado la disposición de las partidas asignadas al porcentaje cultural, ha sido la adquisición por parte del ministro de obras públicas durante 2003 de una serie de cuadros a una importante galería de Madrid, y que dio pie a una agria polémica en prensa.

42. Aparte, claro está, de la falta de equidad del sistema cuando unas obras tienen de carga el uno por ciento, porcentaje similar al de otras que deberían de tener una cifra porcentual mayor, mientras otras escapan abiertamente a esta imposición.

43. Así sucede, como hemos ya visto, en algunas Comunidades autónomas.