

Acción pública, preservación del patrimonio cultural y medidas cautelares

Por **Beltrán Gambier**

Abogado del ICAM y Presidente del Comité de Derecho Administrativo
de la Federación Interamericana de Abogados

y

Clelia Pesce

Licenciada *cum laude* por la Facultad de Derecho de la Universidad
Alma Mater Studiorum de Bolonia

En algunas materias vinculadas con el interés público, el legislador confiere al ciudadano el derecho de someter al control judicial de legalidad el obrar administrativo a través de la instauración de la acción pública. Este control se articula por la vía de un proceso contencioso-administrativo en el cual el ciudadano tiene legitimación procesal para deducir una pretensión frente al obrar antijurídico de las Administraciones.

La acción pública no ha sido regulada singularmente por el ordenamiento jurídico español. Lo está de un modo parcial en las normativas sectoriales vinculadas con el urbanismo¹, el medioambiente², la contabilidad del Estado³, el patrimonio histórico⁴ y los parques nacionales⁵.

¹ Artículo 4.f) "*Derechos del ciudadano*" del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo.

² Artículo 16 "Declaración de zona de atmósfera contaminada" del Decreto 833/1975, de 6 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de Protección del Ambiente Atmosférico.

³ Artículo 47 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.

⁴ Artículo 8 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

⁵ Artículo 22 "Acción pública" Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales.

Se trata de normas de naturaleza procesal -insertas en ordenamientos de naturaleza predominantemente sustantiva- que se limitan sólo a reconocer a los ciudadanos la legitimación procesal para ejercer la acción pública. De allí que su ejercicio sea regulado supletoriamente por las normas que disciplinan el proceso contencioso-administrativo.

Esta modalidad regulatoria es la que genera, desde nuestro punto de vista⁶, el problema que analizaremos, toda vez que las normas procesales ordinarias no fueron concebidas teniendo en cuenta las muy particulares características y finalidades de la acción pública y, por lo tanto, no tratan de una manera coherente y acabada su singular vinculación con la defensa del interés general. De allí que se detecten casos en los que la aplicación de algunas de las disposiciones generales puede llegar a dificultar o impedir el efectivo ejercicio de la acción pública. En esos supuestos, su ejercicio podría resultar frustrado si no se genera y afirma una corriente jurisprudencial adecuada a las necesidades o una reforma parcial de las normas procesales en cuestión⁷.

En este sentido, consideramos oportuno analizar particularmente las normas del proceso contencioso administrativo en materia de protección cautelar, contenidas en los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA). Según estos preceptos, las partes

⁶ En el mismo sentido, OLEA GODOY W.F., *"La acción pública como garantía de control de la Administración"*, La Ley, n. 6949, 2008, pg. 3. Según este autor "de ese reconocimiento por la normativa administrativa sectorial se sostiene el carácter restrictivo de esta acción y su fragmentaria regulación en términos no siempre coincidentes, echándose de menos una regulación general de la institución".

⁷ La solución por la cual deben regir las normas procesales generales "no deja de ofrecer dificultades con las que se ha tenido que enfrentar la Jurisprudencia" OLEA GODOY W.F., ob. cit., pg. 10, El mismo autor afirma asimismo que "la naturaleza exclusivamente procesal de la acción pública exige su regulación en la Ley reguladora del proceso, estableciendo las peculiaridades procedimentales que se exige para hacerla efectiva y las materias en las que se reconoce su ejercicio. La actual regulación de la acción popular es deficiente y dificulta su ejercicio", véase ob. cit., pg. 14,

pueden solicitar la adopción de las medidas cautelares necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia. Ellas serán acordadas previa valoración de los intereses en conflicto y de la posible perturbación de intereses generales o de terceros (art. 129 LJCA). Si de las medidas acordadas pueden *derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrá exigirse la presentación de una garantía o caución suficiente para responder de aquéllos* (art. 133 LJCA). La finalidad de tal previsión es garantizar la reparación, la prevención o la disminución del perjuicio que la medida cautelar pueda originar toda vez que el rechazo de la pretensión de fondo podría dar fundamento a un reclamo por los perjuicios ocasionados dirigido a quien solicitó la medida.

Pues bien, si ese régimen general de la protección cautelar se aplicara sin interpretación especial alguna, en los procesos que se inician mediante el ejercicio de la acción pública, el ciudadano que los promueve podría ser considerado personalmente responsable de los daños y perjuicios que afecten a quien gozaba de la situación jurídica modificada en virtud de la protección cautelar y que se originarían con la eventual confirmación de la legalidad del obrar administrativo cuestionado⁸. De este modo, el recurrente puede comprometer su patrimonio personal, ya antes de que recaiga sentencia firme, a partir de la solicitud de adopción de medidas cautelares, cuando para ellas se exija una caución o garantía.

Debe tenerse presente que quien controvierte un obrar administrativo en el marco de la acción pública no persigue su interés personal sino el interés general al respeto del principio de legalidad y, por eso, debe resultar exento de incurrir en responsabilidad patrimonial.

⁸ En este sentido se ha expresado que "la perturbación de los intereses de terceros es de especial consideración en estos procesos", en los que terceros "serán aquellos beneficiados por la actividad administrativa impugnada" Véase: OLEA GODOY W. F., ob. cit., pg. 13

Para desarrollar nuestro planteo haremos referencia en particular a una de las materias en las que se admite el ejercicio de la acción pública, esto es, la protección del patrimonio histórico y cultural. En este sentido, la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español que dispone en su artículo 8 que *“será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos el cumplimiento de lo previsto en esta Ley para la defensa de los bienes integrantes el Patrimonio Histórico Español”*.

Esa suerte de colaboración cívica en la protección de los bienes integrantes del patrimonio histórico es requerida tanto a nivel nacional como a nivel autonómico. En efecto, las leyes de patrimonio histórico de las diferentes Comunidades Autónomas reconocen el papel del ciudadano en la labor de control de legalidad en esta materia. Entre ellas, por ejemplo, la Ley 10/1998, de 9 de julio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid, en su artículo 5.1, titulado *“Acción pública de salvaguardia”*, establece que *“cualquier persona física o jurídica está legitimada para actuar en defensa del Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid ante las Administraciones públicas y los Tribunales de justicia, en cumplimiento de lo previsto en esta Ley, y en la legislación básica del estado en materia de Patrimonio Histórico”*.

Para precisar aún más nuestro análisis, supondremos la situación de un ciudadano que ejercita una acción pública para la protección del Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid, conforme al artículo 5.1 de la Ley 10/1998, pidiendo la adopción de una medida cautelar. A través del análisis de este supuesto y de las extrapolables conclusiones a las que deseamos arribar, demostraremos las graves incongruencias regulatorias debidas al vacío legal que se presenta en el ordenamiento jurídico español respecto de la acción pública. Ante la falta de previsión del legislador, entonces, se hace necesaria una

interpretación jurisprudencial integradora y de adecuación a la necesidad del instituto de que se trata.

Partimos de la base de que los ciudadanos no sólo tienen el derecho a que se preserven los bienes que integran el patrimonio histórico y cultural, sino, también, el deber de contribuir a su protección⁹.

Veamos, en este sentido, lo que establece la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. Su artículo 8 dispone que *"las personas que observen peligro de destrucción o deterioro en un bien integrante del Patrimonio Histórico Español deberán, en el menor tiempo posible, ponerlo en conocimiento de la Administración competente, quien comprobará el objeto de la denuncia y actuará con arreglo a lo que en esta Ley se dispone. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos el cumplimiento de lo previsto en esta Ley para la defensa de los bienes integrantes el Patrimonio Histórico Español"*¹⁰.

El fundamento de este precepto es que en la protección de los bienes integrantes del patrimonio histórico está interesada toda la sociedad

⁹ El régimen que autoriza al ciudadano a reaccionar por la vía del ejercicio de acciones contra las actuaciones de las administraciones contrarias a la legalidad aplicable "se extrema en el art. 8 de la Ley del Patrimonio Histórico, que impone la obligación de requerir a la Administración para que accione esas potestades de restablecimiento de la legalidad y, una vez efectuado ese requerimiento, podrá ejercitarse la acción pública en vía contenciosa", OLEA GODOY W.F, ob. cit, pg. 11.

¹⁰ Ese mismo rigor legislativo, que exige la intervención activa de los particulares que constaten una vulneración de la normativa de patrimonio histórico y cultural frente a los órganos administrativos y frente a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para perseguir el cumplimiento de lo previsto en la normativa sectorial, se encuentra también en la legislación autonómica dictada en la materia. Véase, por ejemplo, el art. 5.1 de Ley 4/1990, de 30 de mayo, del Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha; el art. 3.1 de la Ley 8/1995, de 30 de octubre, del Patrimonio Cultural de Galicia; el art. 9.1 de la Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural de Cantabria; el art. 3.2 de la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano; el art. 3.1 de la Ley 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura; el art. 5.1 de la Ley 12/2002, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León y el art. 8.1 de la Ley Foral 14/2005, de 22 de noviembre, del Patrimonio Cultural de Navarra.

y, por ello, se busca la colaboración de todos los ciudadanos para asegurar que la misma sea efectiva.

El ciudadano es llamado a ejercer su poder reaccional, a través de recursos y acciones judiciales, exigiendo la observancia de la normativa vulnerada previamente por los órganos administrativos¹¹.

Pero, como veremos ahora, el ejercicio de este poder reaccional no está exento de dificultades. Partimos del supuesto de un ciudadano que se ve en la necesidad de transitar la vía administrativa y luego la judicial a través de una acción pública para la protección del Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid, conforme al artículo 5.1 de la Ley 10/1998.

En lo que se refiere a los recursos administrativos, el artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, reconoce la posibilidad de interponerlos sólo a los que tengan la condición de "interesados". Sin embargo, en este caso serán interesados todos los ciudadanos¹². En este sentido, se observa que las legislaciones sectoriales donde se reconoce el ejercicio de la acción pública, habilitan a todos los ciudadanos a exigir el respeto de la normativa sectorial tanto en la vía administrativa como en la vía contenciosa.

Mientras transita la vía administrativa, y en caso de resultar necesario, el ciudadano puede, de acuerdo con el artículo 111 de la

¹¹ En esta línea se ha expresado: "Una vez que se tenga constancia de la actuación ilegal, se deberá instar primeramente a la Administración para que reaccione por la vía de restablecimiento de la legalidad vulnerada;...", véase OLEA GODOY W. F., ob. cit., pg. 10.

¹² Los ordenamientos regionales no otorgan expresamente el carácter de interesado a los ciudadanos que denuncien situaciones de peligro o deterioro de bienes integrantes del patrimonio histórico. En un caso, incluso, expresamente se rechaza el carácter de "interesado" a quien formula este tipo de denuncias (artículos 5 y 117 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía).

Ley 30/1992¹³, solicitar la suspensión de los efectos de un acto administrativo, cuya ejecución pudiera derivar en un daño al patrimonio histórico y cultural. Desde la particular óptica de nuestro análisis, esta situación jurídica ya plantea problemas porque en ese supuesto el ciudadano podría estar asumiendo riesgos patrimoniales por el solo ejercicio de su poder de interponer recursos administrativos. Ello surge de la necesidad de prestar garantía en los términos del artículo 111 de la Ley 30/92¹⁴.

El problema subsiste y se agrava cuando el ciudadano debe transitar el camino judicial a través del ejercicio de la acción pública.

En efecto, supongamos que, con la finalidad de obtener la declaración de Bien de Interés Cultural de un determinado bien, el ciudadano inicia las actuaciones administrativas correspondientes. Una petición de esta naturaleza genera la necesidad de que el órgano administrativo decida si procede la incoación del expediente respectivo. La incoación, según el artículo 10 de la Ley 10/1998,

¹³ Artículo 111 "*Suspensión de la ejecución*": 1. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, **podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:** a) que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación; b) que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de esta Ley. 3. La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurridos treinta días desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, éste no ha dictado resolución expresa al respecto. En estos casos no será de aplicación lo establecido en el artículo 42.4, segundo párrafo, de esta Ley.

¹⁴ Artículo 111, apartado 4: Al dictar el acuerdo de suspensión podrán adoptarse las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado. **Cuando de la suspensión puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, aquélla sólo producirá efectos previa prestación de caución o garantía suficiente para responder de ellos, en los términos establecidos reglamentariamente.** La suspensión podrá prolongarse después de agotada la vía administrativa cuando exista medida cautelar y los efectos de ésta se extiendan a la vía contencioso-administrativa. Si el interesado interpusiera recurso contencioso-administrativo, solicitando la suspensión del acto objeto del proceso, se mantendrá la suspensión hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud.

supone la inmediata aplicación de medidas de protección. Si se resuelve la incoación de las actuaciones, el bien estará transitoriamente a salvo. Pero si se deniega, el bien queda en situación de grave riesgo. Si los remedios administrativos resultan insuficientes, se impone la necesidad de requerir el auxilio jurisdiccional a través de la acción pública durante cuyo ejercicio puede resultar menester la solicitud de una medida cautelar que permita que la sentencia a dictarse en el marco del proceso sea de cumplimiento posible¹⁵. De otro modo, se conculcaría la vigencia plena de la garantía a una tutela judicial efectiva en los términos del art. 24 de la Constitución española.

De este modo, llegamos a la problemática materia que deseamos analizar. Si bien la LJCA no es preceptiva a la hora de la exigencia de la garantía o caución para el otorgamiento de una medida cautelar, ocurre que hay una costumbre jurisprudencial, forjada sobre la base de soslayar el clave dato de que el accionante no actúa en defensa de un interés personal, de pedir garantía o caución.

Creemos que la exigencia de garantía o caución al ciudadano que fue invitado por el legislador a defender la legalidad supone vaciar de contenido a la acción pública¹⁶. Ese ciudadano, insistimos, no actúa en defensa de su interés personal sino en el interés de toda la sociedad. De allí que resulte inadmisibles hacerle personalmente

¹⁵ Quizás pueda resultar necesario impugnar nuevos actos administrativos pidiendo la suspensión de los efectos del acto en los términos del artículo 111 de la Ley 30/1992. En efecto, podría estar discutiéndose judicialmente la no incoación de un expediente en el que se solicita la declaración de bien de interés cultural, mientras que se emitan licencias de demolición.

¹⁶ En ese sentido véase ABAD LICERAS J.M, *“La problemática del ejercicio de la acción pública en defensa del patrimonio histórico: el ejemplo de la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio cultural valenciano”*, Universidad Valenciana, num. 4/2000, pg.4., según este autor la exigencia de caución “daría lugar a una mayor indiferencia del ciudadano para la defensa de valores y bienes colectivos”. Las molestias de todo tipo que para el ciudadano supone embarcarse en una aventura de este tipo, restringirán o harán casi imposible la materialización del derecho tipificado en el artículo 8º.2 de la Ley 16/1985 y en el resto de legislaciones autonómicas.

responsable de los perjuicios que la medida cautelar pueda irrogar a un tercero.

Por eso, en ausencia de una normativa procesal específica de la acción pública y considerando sus innegables peculiaridades, se hace necesaria una interpretación jurisprudencial que complete el marco de protección pensado por el legislador adaptando las normas vigentes a las exigencias prácticas del instituto¹⁷.

Esa interpretación supone la no exigencia de garantía o caución para quienes soliciten medidas cautelares en el marco del trámite de las acciones públicas¹⁸. Ello no quiere decir que, ante eventuales perjuicios generados por la vigencia de una medida cautelar, los mismos no sean reparables. Habrán de serlo, pero parte de la Administración que es quien genera la situación que motiva el ejercicio de la acción pública y, en concreto, la necesidad de solicitar una medida cautelar¹⁹.

En esta línea interpretativa, y ya para finalizar este análisis, resulta inadmisibles la extrapolación de normas del proceso civil al proceso contencioso administrativo. En concreto resulta inaplicable el artículo 721 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que establece que el actor podrá solicitar del tribunal "bajo su

¹⁷ ABAD LICERAS J.M., ob. cit., este autor recomienda evitar interpretaciones restrictivas del ejercicio de la acción pública, tanto a niveles de administraciones públicas como a nivel de órganos jurisdiccionales tanto por razones de índole o naturaleza procesal, como por motivos de fondo (por ejemplo en lo que se refiere a la pertenencia o no al patrimonio cultural del bien afectado por una situación presuntamente atentatoria contra el mismo).

¹⁸ Creemos, además, que la aplicación de la caución al actor popular no puede considerarse una medida necesaria para evitar eventuales abusos o desviaciones en el ejercicio de la acción popular. Al contrario, sí podría ser una solución la de ampliar las facultades del Tribunal para declarar la inadmisibilidad de oficio de la acción, a través de un trámite de información previa que se evalúe al momento de la interposición de la acción. Pero una vez que se admita la acción pública de un ciudadano no se le pueden aplicar normas que dificulten su ejercicio en la práctica. En el mismo sentido, ABAD LICERAS J.M., ob. cit., pg. 4.

¹⁹ Así, se ha dicho: "En un Estado Democrático y de Derecho plenamente consolidado y coherente con la vinculación de las Administraciones Públicas al principio de legalidad, con el inherente sometimiento al control por las Juzgados y Tribunales, no se han de escatimar medios que permitan garantizar ese sometimiento y deben ser los mismos Poderes Públicos los interesados en facilitar esos mecanismos de control como reflejo de ese actuar impuesto en el ejercicio de las potestades administrativas", OLEA GODOY W.F, ob. cit, pg. 13.

responsabilidad” la adopción de las medidas cautelares necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare.