

## II. NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

TOMÁS FONT I LLOVET  
ALFREDO GALÁN GALÁN  
ORIOI MIR PUIGPELAT  
JOAQUÍN TORNOS MAS

Universidad de Barcelona

### I. DERECHO DE ASOCIACIÓN, POTESTAD REGLAMENTARIA Y ÓRGANOS REPRESENTATIVOS DE INTERESES EN MATERIA DE CONSUMO: LA EXIGENCIA DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DEL MINISTERIO PARA QUE UNA ASOCIACIÓN PUEDA FORMAR PARTE DEL CONSEJO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

Como es sabido, uno de los aspectos más destacados e históricamente controvertidos del derecho fundamental de asociación es el relativo a la naturaleza y efectos de la inscripción de las asociaciones en los registros administrativos existentes (art. 22.3 de la Constitución, que impone tal inscripción «a los solos efectos de publicidad»). La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2008 (Sección 4.<sup>a</sup>, recurso núm. 98/2005) incide de forma indirecta en dicha cuestión cuando se plantea las consecuencias que cabe extraer del hecho de que una determinada asociación —en este caso, de consumidores y usuarios— no se halle inscrita en el Libro Registro de Asociaciones de Consumidores del Ministerio de Sanidad y Consumo, previsto en el artículo 20.3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios (LGDCU).

Además, como veremos luego, la sentencia anuda la resolución de esta cuestión al dato relevante de que los efectos de dicha inscripción estén regulados por la ley o bien por una norma reglamentaria dictada en ejecución de la ley o en virtud de una remisión de misma.

El artículo 20 LGDCU, en su apartado 1, establecía que «[l]as Asociaciones de consumidores y usuarios *se constituirán con arreglo a la Ley de Asociaciones* y tendrán como finalidad la defensa de los intereses, incluyendo la información y educación de los consumidores y usuarios, bien sea con carácter general, bien en relación con productos o servicios determinados; podrán ser declaradas de utilidad pública, integrarse en agrupaciones y federaciones de idénticos fines, percibir ayudas y subvenciones, representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios, y disfrutarán del beneficio de justicia gratuita en los casos a que se refiere el artículo 2.2. Su organización y funcionamiento serán democrá-

ticos». A su vez, su apartado 3 contemplaba el registro de asociaciones de consumidores y usuarios en los siguientes términos: «*Para poder gozar de cualquier beneficio que les otorgue la presente Ley y disposiciones reglamentarias y concordantes deberán figurar inscritas en un libro registro, que se llevará en el Ministerio de Sanidad y Consumo, y reunir las condiciones y requisitos que reglamentariamente se establezcan para cada tipo de beneficio [...]».* Por su parte, la Ley orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación (LODA), dispone en su artículo 1.3 que «[s]e registrarán por su legislación específica los partidos políticos; los sindicatos y las organizaciones empresariales; las iglesias, confesiones y comunidades religiosas; las federaciones deportivas; *las asociaciones de consumidores y usuarios*; así como cualesquiera otras reguladas por leyes especiales».

En la sentencia aquí reseñada, que tiene por objeto el recurso interpuesto por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo) contra el *Real Decreto 894/2005, de 22 de julio, por el que se regula el Consejo de Consumidores y Usuarios*, se plantean dos cuestiones de interés en relación con la inscripción en el referido registro: ¿Es ajustado a Derecho que el citado Reglamento exija, en su artículo 3.6, que sólo las asociaciones inscritas en este registro —con una antigüedad mínima de inscripción de cinco años, además— puedan optar a formar parte del *Consejo de Consumidores y Usuarios*, el órgano de representación y consulta de ámbito nacional de las organizaciones de consumidores y usuarios con implantación estatal? ¿Una asociación de consumidores no inscrita en dicho registro goza de *legitimación* para impugnar tal Reglamento? El Tribunal Supremo responde de forma positiva a la segunda pregunta y negativa a la primera, estimando parcialmente el recurso interpuesto y *anulando el artículo 3.6 del Real Decreto impugnado*.

A juicio del Tribunal, ni el requisito de la inscripción en el registro ni el de la antigüedad mínima tenían la *debida cobertura legal* en la LGDCU, cuyo artículo 22.5 se limitaba a señalar que «[c]omo órgano de representación y consulta a nivel nacional, el Gobierno determinará la composición y funciones de un Consejo, integrado por representantes de las Asociaciones a que se refiere el artículo 20».

La *antigüedad* mínima exigida no se corresponde con el criterio de la mayor representatividad que, en opinión del Tribunal, debe servir para seleccionar a las asociaciones que integrarán el citado Consejo: «Como afirma la demandante esa restricción es insostenible. Lo único que a estos efectos debe contar es la representación que ostenten las asociaciones y que se podrá acreditar por los medios que la Administración posee para ello. De ahí deriva una ineludible consecuencia y es que una asociación recientemente constituida puede poseer una implantación muy superior a otras que lleven mayor tiempo de actividad y que por el número de asociados que acredite, por los medios con los que cuente etc... pueda ser más representativa que otras muchas y pueda alcanzar las condiciones que le permitan pasar a formar parte de las seleccionadas de acuerdo con las exigencias que derivan de los requisitos que exigen los apartados a) a h) del núm. 6 del artículo 3 del Real Decreto u otras que se puedan establecer» (FJ 6.º).

Para el TS, la *propia exigencia de inscripción* en el registro carecía de la debida cobertura legal como requisito para formar parte del Consejo de Consumidores y Usuarios. El Tribunal infiere del transcrito artículo 20 LGDCU que la inscripción en el registro del Ministerio de Sanidad y Consumo «no es otra cosa más que un requisito que la Ley impone para poder gozar de cualquier beneficio que les otorgue la presente Ley y disposiciones reglamentarias y concordantes», sin que la falta de inscripción «afect[e] a la existencia de las asociaciones [de consumidores y usuarios,] que se constituyen conforme a la Ley de asociaciones» (FJ 6.º).

Este limitado alcance concedido por el Tribunal al requisito de la inscripción registral le sirve también para reforzar la afirmación de la necesaria *legitimación* de la recurrente para impugnar el Reglamento enjuiciado. La Abogacía del Estado había negado dicha legitimación alegando que la recurrente había *sido excluida* del registro de asociaciones de consumidores y usuarios del Ministerio *por realizar publicidad comercial* de bienes, productos o servicios, contraviniendo con ello la prohibición impuesta por el artículo 21.c) LGDCU a las asociaciones que quisieran «disfrutar de los beneficios reconocidos en esta Ley». El Tribunal se opone a dicho planteamiento y afirma la legitimación de la recurrente no sólo porque la resolución administrativa de exclusión del registro ha sido suspendida cautelarmente por parte del órgano jurisdiccional que ha conocido del recurso, todavía pendiente, interpuesto contra ella por Ausbanc —de forma que esta entidad sigue constando en el referido registro a todos los efectos—, sino porque «aún [*sic*] dando por supuesto que la asociación recurrente hubiera sido excluida del Libro-Registro tantas veces mencionado por aplicación de la causa del apartado c) del artículo 21 de la Ley 26/1984, Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios ello no le privaría de legitimación para recurrir el Real Decreto 894/2005», puesto que «recurrir en este caso un Real Decreto por una asociación de consumidores conforme a la legislación vigente en el momento de la interposición del recurso no sólo no es un beneficio [cuya obtención sujeta el artículo 20.3 LGDCU a la inscripción registral] sino que puede constituir un derecho y un deber a ejercer acciones en defensa de sus asociados, o de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios para el que están legitimados sin que esa legitimación quede condicionada por su inclusión en el Libro-Registro de conformidad con lo establecido en el artículo 19.1.b) [de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa] y 11.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que para ello basta con que estén legalmente constituidas de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, Capítulo II, artículo 5 y siguientes, y al que se remite el artículo 20.1 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios» (FJ 3.º).

El Tribunal, en cambio, en una interpretación restrictiva del artículo 22.3 LGDCU, niega que la falta de *audiencia a las asociaciones empresariales* constituya una vulneración del procedimiento debido de elaboración de reglamentos (puesto que, pese a tratarse de una disposición de carácter gene-

ral dictada en desarrollo de la LGDCU, no se ocupa de cuestiones relativas a materias que afecten directamente a los empresarios representados por las distintas asociaciones empresariales), y afirma que no existen indicios de que la Administración haya incurrido, al aprobar la norma, en la *desviación de poder* denunciada por la recurrente.

No deja de llamar la atención la *limitación de la capacidad de desarrollo reglamentario* del Gobierno operada por la presente sentencia. Como se ha visto, la parca regulación legal del Consejo de Consumidores y Usuarios contenida en el artículo 22.5 LGDCU no establecía, ciertamente, el requisito de la inscripción registral, pero tampoco lo excluía. De hecho, el referido precepto confería una *amplia habilitación normativa* en favor del Gobierno para que determinara, mediante reglamento, «la composición y funciones» del Consejo, del que la Ley sólo afirmaba que estaría integrado por representantes de las asociaciones de consumidores y usuarios a que se refería el artículo 20 de la misma Ley y que constituiría un órgano de representación y consulta a nivel nacional. Y podía considerarse, sin necesidad de efectuar grandes esfuerzos interpretativos, que la participación en semejante Consejo constituía uno de los «beneficios» otorgados por la LGDCU a las asociaciones de consumidores y usuarios, y para cuya obtención el propio artículo 20.3 LGDCU exigía la inscripción en el registro del Ministerio de Sanidad y Consumo. En todo caso, parece claro que la exigencia de inscripción registral para la pertenencia al referido Consejo no afecta ni menoscaba el *derecho fundamental* de asociación, que no comprende el derecho a participar en órganos administrativos representativos de intereses; de la STS aquí considerada, que argumenta en todo momento en clave de legalidad ordinaria, sin profundizar en la dimensión constitucional del derecho de asociación, tampoco se desprende lo contrario.

Puede llegarse a sostener, incluso, que el juego de remisiones recíprocas efectuado por los artículos 20.1 LGDCU y 1.3 LODA imponía a las asociaciones de consumidores y usuarios el deber de observar, por un lado, las normas sobre constitución de asociaciones previstas en la LODA (arts. 5 y ss.) y, por otro, la *inscripción obligatoria en el registro específico para dicho tipo de asociaciones contemplado en la LGDCU* (art. 20.3). Según dicha interpretación, este último registro constituiría uno de los «registros especiales» a los que alude el artículo 25.2 LODA, y que reemplazan sectorialmente —sin perjuicio de su interconexión— al Registro Nacional de Asociaciones regulado en la LODA. Naturalmente, la inscripción en dicho Registro, como la de las demás asociaciones en el Registro Nacional de Asociaciones o registro especial que corresponda, no es constitutiva, sino declarativa —como se desprende del propio art. 22.3 de la Constitución—, y, por ello, su incumplimiento no comporta la inexistencia de la asociación previamente constituida. La falta de observancia de este requisito legal sí tiene aparejada, sin embargo, la pérdida de los «beneficios» (éste sería el sentido de la expresión manejada por el art. 20.3 LGDCU) asociados por el legislador a la publicidad formal de la asociación, como pueden ser la responsabilidad limitada (arts. 10.4 y 15 LODA) o, como en el caso que nos ocupa, la posibilidad de

participación en órganos representativos de intereses. Si ello es así, y la inscripción en el registro especial de asociaciones de consumidores no era meramente voluntaria, sino que venía impuesta por la propia LGDCU, difícilmente podrá considerarse que el Reglamento ha incurrido en exceso al señalar que las asociaciones que quieran formar parte del Consejo de Consumidores y Usuarios deberán estar inscritas en aquél; no habría innovación normativa, sino mero recordatorio del deber genéricamente impuesto por la LGDCU.

En cualquier caso, como decimos, el punto discutido que se pone de manifiesto con estas consideraciones es el del mayor o menor alcance innovador de la potestad reglamentaria como desarrollo, complemento, elemento instrumental para hacer factible la aplicación de la ley. Más aún en el caso que nos ocupa, en el que se trata de un Reglamento organizativo, donde, sin perjuicio de mantener su carácter ejecutivo cuando desarrolla una ley previa —especialmente a efectos del preceptivo dictamen del Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente—, tradicionalmente se ha reconocido que al Gobierno le asiste una mayor capacidad de disposición normativa sobre la estructuración de sus propios aparatos organizativos.

La *regulación actualmente vigente* acoge sin reservas el planteamiento expuesto y no ofrece ya ninguna duda sobre la legalidad de la exigencia de que las asociaciones que integren el referido Consejo se encuentren inscritas en el registro especial del Ministerio de Sanidad y Consumo. El artículo 33.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (TRLGDCU), establece con toda claridad que «[l]as asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito estatal y todas aquellas que no desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito de una Comunidad Autónoma, deberán figurar inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios que se gestiona en el Instituto Nacional del Consumo». Sólo las asociaciones que reúnan los estrictos requisitos exigidos ahora por los artículos 22 y ss. TRLGDCU podrán recibir la denominación de «asociación de consumidores y usuarios» (o similares) y actuar en nombre y representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios (arts. 24 y 25 TRLGDCU). Tras la inequívoca obligación legal de inscripción registral contenida en el transcrito artículo 33.1, resulta evidente que las asociaciones de consumidores y usuarios más representativas que integrarán el Consejo de Consumidores y Usuarios, ahora regulado en el artículo 38 TRLGDCU, deberán cumplir dicha exigencia.

Distinta es, sin embargo, la valoración que merece la anulación por la STS aquí comentada del requisito de que la inscripción en el registro de asociaciones de consumidores y usuarios tenga una *antigüedad mínima de cinco años*. En efecto, aunque el artículo 22.5 LGDCU, a diferencia del artículo 38 TRLGDCU, no estableciera expresamente que el referido Consejo integraría a las asociaciones «más representativas», su calificación de «órgano de representación y consulta a nivel nacional» y lo que suele ser habitual en este tipo de órganos administrativos permiten coincidir con el Tribunal

Supremo en que la selección de sus miembros debía hacerse sobre la base del criterio de la mayor representatividad. Y, ciertamente, aunque lo más frecuente será que una determinada asociación no adquiriera la suficiente relevancia hasta pasado un cierto tiempo desde su constitución, no parece que una antigüedad registral mínima de cinco años sea en todo caso necesaria ni suficiente por sí sola para asegurar dicha representatividad. Por ello, el Gobierno debería haber motivado especialmente dicha exigencia temporal.

Un problema de fondo importante que podría derivarse de la relativización del deber de inscripción registral que subyace en la presente sentencia es el de la correlativa debilitación de las exigencias de *independencia* asociadas por la LGDCU a dicha inscripción. Como se ha visto antes, el artículo 21 LGDCU imponía una serie de requisitos de independencia (frente a las empresas que suministran bienes, productos o servicios) a toda asociación de consumidores que quisiera «disfrutar de los beneficios reconocidos en esta Ley». Y existe el riesgo de que la interpretación restrictiva de «los beneficios reconocidos en esta Ley» efectuada por el Tribunal al precisar el alcance de la obligación de inscripción se traslade al referido precepto y la independencia se exija sólo, p. ej., a aquellas asociaciones de consumidores y usuarios que quieran obtener subvenciones públicas. De hecho, la STS anula el artículo 3.6 del Real Decreto en su totalidad —también su letra b)—, que añadía como requisito para formar parte del Consejo el de «[p]resentar certificación [...] relativa a la no realización en sus páginas web, publicaciones u otras actividades de algún tipo de *publicidad o promoción comercial*», sin limitar la anulación al inciso de su párrafo primero, en que se establecía el requisito de la inscripción registral. Ello, como es fácil observar, sería muy negativo, puesto que la independencia de las asociaciones de consumidores y usuarios y, en general, del conjunto de entidades que integran el denominado «tercer sector» constituye un presupuesto básico de su legitimación y del cada vez más destacado papel que les asignan la sociedad y el ordenamiento jurídico; la necesidad de independencia de las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa objetiva, fiable y eficaz de los intereses de consumidores y usuarios es especialmente acusada.

Afortunadamente, la regulación vigente contenida en los artículos 23.3 y 27 y ss. TRLGDCU evita dicho riesgo al imponer de forma indubitada a las asociaciones de consumidores y usuarios merecedoras de dicho nombre estrictos requisitos de transparencia e independencia frente a los operadores del mercado y los poderes públicos (OM y TF).

## II. REGLAMENTOS. AUDIENCIA DE ENTIDADES REPRESENTATIVAS Y DETERMINACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DE LAS PROFESIONES TITULADAS

La determinación normativa del ámbito competencial de las diferentes profesiones tituladas suele suscitar tensiones entre las profesiones con intereses coincidentes. Los Colegios Profesionales, actuando en su condición de

entes representativos de las profesiones enfrentadas, intervienen para defender el ámbito competencial de la respectiva profesión, intentando que este ámbito propio sea exclusivo y lo más extenso posible. Esta abundante conflictividad ha dado lugar a una numerosa jurisprudencia que ha ido estableciendo algunas pautas generales para resolver esta litigiosidad.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2007 se inserta dentro de esta línea jurisprudencial. Su objeto es la impugnación, por parte del Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales, del Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Plan técnico nacional de la televisión digital terrestre. El motivo de oposición al Real Decreto era lo establecido en el inciso incluido en el apartado f) de la disposición adicional duodécima, inciso que establecía que determinados proyectos (los relativos a las construcciones para dotar a los edificios de instalaciones comunes adecuadas para atender de forma satisfactoria los servicios de televisión, telefonía y telecomunicaciones) deberían ser «firmados ambos por un ingeniero o ingeniero técnico de telecomunicaciones». Los recurrentes son los ingenieros industriales.

Frente a la validez del Real Decreto la parte recurrente esgrime dos argumentos: por un lado, un vicio procedimental, ya que no se dio audiencia al Colegio Profesional recurrente, y, por otro lado, la vulneración del principio de reserva legal, ya que no se ha respetado la reserva legal establecida en el artículo 36 de la Constitución para regular el ejercicio de las profesiones tituladas.

El primer motivo de oposición a la validez del Real Decreto impugnado es rechazado. El Tribunal Supremo recuerda su doctrina restrictiva sobre el alcance del derecho de las entidades representativas y reconocidas por ley para intervenir en los procesos de elaboración de disposiciones reglamentarias. Este derecho, recuerda el Tribunal, no puede concebirse como una llamada preceptiva a cualquier entidad que pudiera tener una relación más o menos mediata con la disposición de que se trate, lo que podría hacer extremadamente difícil, o incluso inviable, la elaboración de disposiciones generales.

A este argumento el Tribunal añade otro de aplicación limitada al caso enjuiciado. La sentencia pone de manifiesto que la Ley general de telecomunicaciones establece en su disposición adicional quinta, apartado segundo, párrafo segundo, que corresponde al Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información informar en materia de telecomunicaciones y que su informe equivaldrá a la audiencia prevista en el artículo 24.1.c) de la Ley del Gobierno. Por tanto, concluye la sentencia, en esta materia el legislador ha determinado cómo debe llevarse a cabo el trámite de audiencia, constituyendo a tal efecto un órgano de amplia participación en el seno del cual los colectivos integrados podrán hacer oír su voz. Se trata, añade la sentencia, «de una medida legislativa razonable que no es sospechosa de ser contraria a la norma constitucional del artículo 105.a) CE».

Mayor interés tiene la segunda cuestión que resuelve la sentencia que comentamos, y que versa sobre el alcance de la reserva de ley en la delimitación del ejercicio de las profesiones tituladas.

La sentencia recoge jurisprudencia propia anterior (STS de 22 de enero de 2004), así como doctrina del Tribunal Constitucional (sentencias 83/1984 y 122/1989), para concluir afirmando que tras la Constitución sólo el legislador puede regular el ejercicio de las profesiones tituladas. Esta reserva de ley, sin embargo, no es absoluta, por lo que por vía reglamentaria se podrá modificar o actualizar la normativa legal previa «en aspectos secundarios que no resulten afectados por la reserva de ley». Llegados a este punto se trata de concretar el núcleo de la reserva de ley, y para ello el Tribunal afirma que el Reglamento no podrá «dictar una regulación general del ejercicio de una profesión ni regular o modificar un aspecto esencial del mismo». La aplicación de esta doctrina al caso concreto no planteará problemas si se trata de determinar si el Reglamento que se cuestiona contiene o no una regulación general del ejercicio de la profesión. Por el contrario, determinar si la norma que se impugna regula o modifica un aspecto esencial del ejercicio profesional puede resultar mucho más discutible.

Pues bien, en el caso de la sentencia que comentamos, el Tribunal concluye que la regulación impugnada, pese a su carácter limitado, afecta de manera relevante a las competencias profesionales de los recurrentes, por lo que requeriría una intervención de legislador. Lo que le lleva a anular el inciso discutido.

La sentencia se acompaña de un voto particular de dos magistrados en el que se afirma que la doctrina que contiene dicha sentencia se aparta de la propia doctrina del Tribunal Supremo, según la cual la atribución de unas determinadas funciones a una profesión no persigue la regulación frontal del ejercicio de actividades profesionales ni afecta al contenido esencial de la profesión, razón por la cual no debió someterse a la reserva de ley (JT).

### III. LA RESURRECCIÓN DE LAS RUINAS. FIN DE TRAYECTO

En el año 2002, Santiago MUÑOZ MUCHADO publicó un interesante libro titulado *La resurrección de las ruinas* (Editorial Civitas, Madrid), en el que daba cuenta del debate jurídico y cultural suscitado con ocasión de la aprobación por la Administración de la Comunidad Valenciana del proyecto de restauración y rehabilitación del Teatro Romano de Sagunto.

El citado autor, en el inicio de su libro, decía: «la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2000 pone fin a un largo debate jurídico y cultural iniciado formalmente con la interposición en 1990 de un recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Consejería de Cultura, Educación y Ciencia de la Generalidad Valenciana de 6 de junio de 1988, que aprobó el proyecto de restauración y rehabilitación del Teatro Romano de Sagunto. La Sentencia del Tribunal Supremo confirma la que dictó el 30 de abril de 1993 la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia que declaró contrario a derecho y anuló el citado Acuerdo de la Generalidad Valenciana. Se deduce del contenido del fallo, aunque no lo exprese éste directamente, que en ejecución de lo man-

dado se debe proceder a la demolición de las obras realizadas en el Teatro de Sagunto». El mismo autor, con gran perspicacia, avanzaba ya los problemas que se podrían plantear en el momento de tener que ejecutar la sentencia y proceder, en su caso, a la demolición del Teatro Romano (puede consultarse el último capítulo del libro citado).

Lo cierto es que los problemas que se nos anunciaban han dado lugar a un largo incidente de ejecución de sentencia que ha finalizado con la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2007, por la que se desestima el recurso de casación frente al auto que, en incidente de ejecución de sentencia, fijó el plazo para proceder a la ejecución y estableció los términos en los que la misma debía llevarse a cabo. De esta forma, ahora sí, parece que puede afirmarse que hemos llegado a la estación final de un largo proceso judicial de singular interés.

Recordaremos muy brevemente los hechos. Las obras autorizadas por la Generalidad Valenciana son, a juicio del TSJ y del Tribunal Supremo, unas obras de reconstrucción y no de restauración ni de consolidación. Como consecuencia de las mismas se ha creado un teatro «a la usanza romana» donde había antes unas simples ruinas. Esta «reconstrucción» está prohibida por el artículo 39.2 de la Ley del patrimonio histórico-artístico y, por tanto, debe declararse contraria a Derecho. Confirmada la ilegalidad de la «reconstrucción» debe procederse a su demolición para volver las cosas a su estado anterior. Y es aquí donde surgen los problemas (problemas de ejecución de sentencia que se agravan si se tiene en cuenta que en el ínterin han cambiado los colores políticos de las partes inicialmente enfrentadas y, por tanto, los intereses en llevar a cabo la ejecución en sus puros y concretos términos).

Firme la sentencia, se plantearon al Tribunal, como incidente de ejecución, por la parte recurrente que obtuvo la sentencia favorable, las siguientes cuestiones:

*«1. Que el órgano administrativo que ha de responsabilizarse de realizar las actuaciones relativas a la ejecución de sentencia recaída en estos autos es la Consellería de Cultura, Educación y Ciencia e igualmente el Ayuntamiento de Sagunto.*

*2. Que se cree una comisión de expertos en distintas ciencias que redacten conjunta y coordinadamente un Proyecto Técnico de Reversibilidad de las obras del Teatro Romano de Sagunto.*

*3. Que se fije el plazo máximo para el cumplimiento de la sentencia y los medios con que haya de llevarse a cabo, en función del proyecto técnico de las obras y siempre teniendo muy en cuenta el sistema de vida de la ciudad de Sagunto y las actividades comerciales, industriales y turísticas de la población.*

*4. Que se levanten y retiren las placas de mármol que se superponen a la anterior piedra de la cávea.*

*5. Que se proceda al derribo total del muro de cierre de la escena».*

Como vemos, la ejecución de lo acordado abría de hecho un nuevo debate técnico y, por ello, se solicitaba crear una comisión de expertos para decidir cómo llevar a efecto el contenido de la sentencia.

De estas pretensiones se dio traslado a la Consejería, la cual manifestó:

*«1. Que el órgano responsable para la ejecución de la sentencia es la Consellería de Cultura, Educación y Ciencia.*

*2. Que la reversibilidad de las obras es posible, pero que en todo caso es necesario redactar un proyecto técnico de reversibilidad donde se especifiquen las técnicas utilizadas para los desmontajes, demoliciones, retiradas, así como el orden de organización de los trabajos, las medidas de seguridad sobre personas y fábricas y sobre todo los controles que de manera permanente se deben hacer por medio de un seguimiento exhaustivo del estado y evolución de las preexistencias. Además, también se debe proyectar el estado final al que el proyecto pretende conducir las estructuras teatrales, para que sobrepasando la mera reversibilidad se ocupe de asegurar que el final sea seguro, adecuado y bello. Para ello propone, que con carácter previo a la ejecución del proyecto técnico, se cree una Comisión multidisciplinar, con la participación de arqueólogos, historiadores, arquitectos y arquitectos técnicos y coordinara (sic) por el Profesor Salvador Lara Ortega, redactor del informe de reversibilidad encargado por la Consellería de Cultura, para que se dedique a elaborar las determinaciones técnicas del proyecto, así como el grado y condición de la reversibilidad recomendable de acuerdo con el estado actual de las estructuras.*

*3. Que el plazo máximo de ejecución de las obras, estará en función del proyecto técnico de reversibilidad.*

*4. Que en cuanto al alcance de la destrucción de las obras realizadas no puede determinarse hasta que se redacte el proyecto técnico de reversibilidad».*

Este incidente de ejecución fue resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana mediante auto de 16 de junio de 2003, en el que se estableció lo siguiente:

*«Así las cosas, y estando conformes las partes en la reversibilidad de las obras consistentes en la cubrición de la cávea, y en la demolición del muro cierre de la escena desde la cota + 1,20, la Sala no puede sino acceder a la petición formulada por el actor, don Gaspar, en estos términos, dado el resultado de la pericial, y del análisis de razonabilidad de la documental aportada, que aconseja reducir la demolición de las obras al levantamiento de las placas de mármol que cubren la cávea y al muro de cierre*

*hasta la cota de + 1,20 m. Todo ello, sin perjuicio de lo que, respetando lo ahora resuelto, pueda solicitarse por las partes en ejecución de sentencia.*

*Esto deberá llevarse a cabo por la Generalidad Valenciana, para lo que utilizará los medios que considere necesarios, en el plazo máximo de seis meses».*

Se llega así a la conclusión que la sentencia es ejecutable y que las obras a realizar en el Teatro son posibles. Pero el debate judicial aún no había acabado.

El auto del TSJ fue recurrido en casación por el Ayuntamiento de Sagunto, recurso resuelto por la sentencia de 11 de diciembre de 2007 que motiva este comentario. El recurso era un último intento de evitar las obras a realizar en el Teatro que imponía el auto dictado en el incidente de ejecución.

La sentencia del Tribunal Supremo desestima todos los motivos de oposición al auto impugnado, consistentes en afirmar que la sentencia ha devenido de imposible ejecución, que existe contradicción entre el auto y el fallo que dice ejecutar, que la ejecución del auto comporta la vulneración del artículo 39.1 de la LPHE y la vulneración del artículo 44 de la LPHE.

Como dijimos, parece que se ha llegado al final de este largo proceso y el Teatro de Sagunto deberá recuperar su carácter de ruina en los términos fijados en el complejo incidente de ejecución de la sentencia del TSJ de 30 de abril de 1993 (JT).

#### IV. RESPONSABILIDAD CONCURRENTE DE DISTINTAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: LOS LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

Como hemos denunciado en otras ocasiones, el sistema español de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas presenta numerosas carencias e incertidumbres que la jurisprudencia, hasta la fecha, sólo ha logrado corregir en parte. Tales carencias afectan tanto a los aspectos sustantivos del sistema como a los estrictamente procesales, y se extienden también a la cuestión de la responsabilidad concurrente de distintas Administraciones públicas, un aspecto del régimen de responsabilidad de creciente importancia en un contexto histórico en que no deja de incrementarse la interacción —y la consiguiente causación conjunta de daños— entre un número cada vez mayor de autoridades nacionales (locales, regionales y estatales, de distintos Estados miembros de la Unión Europea) y supranacionales.

La sentencia de 26 de junio de 2007 (Sección 6.<sup>a</sup>, recurso núm. 10350/2003) es ilustrativa de las dudas y equívocos que existen en nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa acerca de la noción de la *responsabilidad solidaria* y de su régimen jurídico. Dicha sentencia resuelve con acier-

to el caso enjuiciado, pero efectúa una serie de consideraciones sobre la institución que pueden llegar a enturbiar sus contornos y a hacerla difícilmente reconocible desde los parámetros civilistas que la alumbraron.

En el caso concreto, el Tribunal Supremo confirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que desestimó la reclamación de responsabilidad, formulada, exclusivamente, contra el Ayuntamiento de Gijón, por los daños derivados de la ocupación por el Ministerio de Fomento, al ejecutar materialmente la obra proyectada, de una superficie de la finca de la recurrente mayor (casi el doble) de la que había sido objeto de expropiación por parte de dicho Ayuntamiento. El TS, tras recordar la doctrina sobre responsabilidad concurrente sentada en SSTS como las de 5 de mayo de 2005 y 23 de noviembre de 1999, comienza negando que se trate de un supuesto de responsabilidad solidaria: «En este caso existe una actuación concurrente o coordinada del Ministerio de Fomento y del Ayuntamiento de Gijón, pero estando suficientemente diferenciadas las actividades de cada Administración que desarrollan de manera individual y no conjunta, correspondiendo la realización de la obra, tanto en la elaboración del proyecto como en su ejecución, al Ministerio de Fomento, mientras que el Ayuntamiento limita su actuación a proporcionar parte de los terrenos precisos para ello, mediante el correspondiente procedimiento expropiatorio, gestionado de manera individual por el mismo. Por lo demás tal diversidad de actuaciones, en razón de sus competencias, tienen un reflejo material y externo perfectamente apreciable por los administrados, atendiendo a la efectiva intervención de cada Administración de manera individual en cada caso. No se está, por lo tanto, en el caso de la responsabilidad solidaria que se invoca por la recurrente» (FJ 2.º).

A continuación niega la responsabilidad del Ayuntamiento y afirma que la recurrente debería haber dirigido su reclamación al Ministerio de Fomento, que fue quien ocupó una superficie superior a la expropiada al ejecutar materialmente las obras que justificaron la expropiación: «Por otra parte, es claro que la extralimitación en la ocupación de terrenos propiedad de la actora no es imputable al Ayuntamiento expropiante, pues la misma reconoce desde su reclamación inicial que el acta previa de ocupación se refería de manera precisa a los 883 m<sup>2</sup> afectados por el proyecto y objeto de expropiación, desprendiéndose de las alegaciones de la interesada en dicha reclamación que tenía conocimiento que tal exceso de ocupación se produjo en la realización de las obras, por lo que no se justifica que tal reclamación inicial no se dirigiera contra la Administración que elaboró el proyecto y ejecutó tales obras a la que no se refiere en ningún momento la reclamante» (FJ 2.º).

Por último, añade que también en los supuestos de responsabilidad solidaria debe dirigirse la reclamación a todas las Administraciones implicadas: «A tal efecto ha de señalarse, que el hecho de que la parte entienda concurrente un supuesto de responsabilidad solidaria entre varias Administraciones, no le exonera de formular la reclamación en tal concepto, es decir, frente a las Administraciones que considere responsables, y sólo enton-

ces entran en funcionamiento las previsiones del artículo 18 del Reglamento de los Procedimientos en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, sobre la determinación de la Administración competente para la iniciación, instrucción y decisión del procedimiento y sobre la consulta a las Administraciones Públicas implicadas» (FJ 2.º).

Parece claro que la resolución material del caso es correcta: no existe responsabilidad del Ayuntamiento expropiante por la vía de hecho cometida después por el Ministerio de Fomento ni, por tanto, responsabilidad solidaria, y la víctima debería haber dirigido su reclamación a dicho Ministerio. Sin embargo, es más que discutible la argumentación empleada por el Tribunal para llegar a ella, así como la tramitación procesal que impone a las reclamaciones formuladas en auténticos supuestos de responsabilidad solidaria.

En efecto, de dicha argumentación y de los fragmentos transcritos de las SSTs precedentes en que se basa parece inferirse, *a sensu contrario*, que, a juicio del Tribunal, *habrá responsabilidad solidaria siempre que existan dudas razonables sobre la Administración que debe responder*, siempre que, en la expresión manejada en las SSTs anteriores, «la titularidad de la responsabilidad [no sea] susceptible de ser definida con claridad», ya sea porque surjan «dudas acerca de la atribución competencial de la actividad», porque no haya una «presencia predominante del interés tutelado por una de las Administraciones intervinientes», porque las actividades de cada Administración no estén «suficientemente diferenciadas», se desarrollen de manera conjunta y no individual o no tengan «un reflejo material y externo perfectamente apreciable por los administrados», o por cualquier otro motivo. Ello explica que el Tribunal se plantee si existe o no solidaridad *antes*, y no después, de dilucidar si el Ayuntamiento es o no responsable: primero examina si concurren las circunstancias que podrían ensombrecer la asignación de responsabilidades y justificar la afirmación de solidaridad, y sólo después, una vez negada ya la solidaridad, analiza la responsabilidad del Ayuntamiento por el daño sufrido por la víctima.

De esta forma, se viene a erigir a la responsabilidad solidaria en un *título autónomo de imputación de responsabilidad*, en un criterio que permite declarar la responsabilidad de una Administración que, con arreglo a los títulos generales de imputación, *no debería asumir el deber indemnizatorio*. Naturalmente, se trata de una imputación de responsabilidad provisional, que opera sólo frente a la víctima, y que deja a salvo el derecho de repetición posterior frente a la Administración *auténticamente responsable*. Esta concepción de la responsabilidad solidaria, movida por la comprensible finalidad de facilitar el derecho al cobro de la víctima en casos en que la identificación de la Administración responsable es compleja, difiere, sin embargo, sustancialmente, de la institución de origen civilista que se conoce con este mismo nombre y que parece recoger el artículo 140 de la Ley 30/1992.

En efecto, la responsabilidad solidaria tradicional no sirve para *ampliar* el número de los sujetos responsables según los criterios de imputación que

se deriven de las reglas de responsabilidad (patrimonial o extracontractual) aplicables, sino que constituye únicamente un mecanismo de simplificación del cobro de la indemnización *ya debida* por dichos sujetos. Dicho en terminología de Derecho de obligaciones, la deuda (la obligación de indemnizar) preexiste a la solidaridad, y no al revés. Así, para que exista solidaridad deben concurrir previamente dos requisitos básicos: que haya una pluralidad de sujetos responsables según los criterios habituales de imputación (de modo que pueda afirmarse que hay *responsabilidad*), y que tales sujetos hayan concurrido, de forma organizada o puramente accidental, a la producción de un mismo daño sufrido por la víctima (de manera que la responsabilidad sea *concurrente*). Por ello, si uno de los presuntos responsables no lo es realmente, tampoco podrá ser responsable *solidario*. Así se desprende con total claridad del artículo 1137 del Código civil, el precepto básico regulador de las obligaciones solidarias, cuando exige «[l]a concurrencia de dos o más [...] deudores [en nuestro caso, sujetos civilmente responsables] en una sola obligación» para que ésta pueda constituirse como solidaria, y de su puesta en relación con los artículos 1089 y 1093 del mismo cuerpo legal.

Dotada de este alcance más limitado, la solidaridad —sólo— sirve para liberar al acreedor (la víctima, en materia de responsabilidad extracontractual) de la carga de tener que identificar a todos los codeudores y de reclamar a cada uno de ellos la parte de la deuda que respectivamente les corresponda, carga que debe asumir cuando la obligación se configura como mancomunada (arts. 1137 y 1138 del Código civil); cuando existe solidaridad, a la víctima le basta con dirigir su reclamación contra uno de los codeudores (sujetos corresponsables) para obtener el cobro de la totalidad de la deuda, disponiendo el deudor que ha pagado el total de acción de regreso contra los demás codeudores para recuperar la parte de la deuda que no le corresponde. Ello no es poco, puesto que evita al acreedor (y traslada al codeudor por ella elegido para el pago) riesgos como la no identificación de todos los codeudores (riesgo especialmente elevado en materia de responsabilidad extracontractual, donde la concurrencia de distintos sujetos en la causación del daño puede y suele ser fortuita y difícil de reconstruir), la insolvencia de alguno de ellos o la existencia de fallos contradictorios (sobre la parte de la deuda que corresponde a cada codeudor, o sobre la propia existencia de la deuda de alguno de ellos), además, por supuesto, de ahorrarle muchos costes (en tiempo y dinero) de negociación y eventual litigación. Pero tiene como barrera infranqueable el hecho de que el sujeto elegido para el pago tenga la condición de deudor, que sea responsable de acuerdo con las normas que rijan su responsabilidad extracontractual.

Con la interpretación expansiva que parece derivarse de la sentencia aquí anotada se corre el riesgo de desnaturalizar la institución de la responsabilidad solidaria y de confundirla con otras distintas como puede ser, señaladamente, la que la doctrina alemana denomina «responsabilidad patrimonial *por sustitución*» (*Stellvertreterhaftung*). Este otro tipo de responsabilidad, introducida en algunos ámbitos por el legislador comunitario para evitar a los ciudadanos el tener que litigar en Estados miembros distintos

de aquel en que tienen su residencia, permite a la víctima dirigir su reclamación a la Administración que ha actuado frente a ella, pese a que el daño sea imputable a otra [así, p. ej., en el art. 40 del Reglamento (CE) 515/97 del Consejo, de 13 de marzo de 1997, en materia de daños derivados de la utilización del Sistema de Información Aduanero —SIA—].

La sentencia que nos ocupa presenta, sin embargo, la curiosa paradoja de que, pese a esta gran amplitud que parece conceder a la responsabilidad solidaria, al final *le acaba privando de su efecto benéfico más característico* cuando, como se ha visto, afirma que también en los supuestos de responsabilidad solidaria debe dirigirse la reclamación a todas las Administraciones implicadas, y que sólo después entrarán en juego las previsiones procedimentales del artículo 18 del Reglamento de procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial. Según se ha dicho, el principal efecto de la solidaridad consiste, precisamente, en evitar a la víctima el tener que identificar a los distintos sujetos corresponsables y reclamar de forma individualizada contra cada uno de ellos. La solidaridad, por tanto, debería permitir que fuera suficiente con dirigir la reclamación a una sola de las Administraciones implicadas, y que fuera ésta la que tuviera luego la carga de identificar, consultar y, eventualmente, demandar a las demás Administraciones (y/o sujetos privados) corresponsables.

El mencionado artículo 18 no se opone a esta conclusión. Por un lado, dicho precepto sólo resulta aplicable a la responsabilidad concurrente dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones (la que ha sido denominada, en expresión feliz, «concurencia organizada»), y no a los demás supuestos de concurrencia —los más frecuentes, y entre los que se encuentra el supuesto objeto de la presente sentencia—, sin perjuicio de que pueda ser razonable extender la consulta entre Administraciones que establece a estos otros supuestos de concurrencia. Por otro lado, este artículo no impone a la víctima el deber de identificar y reclamar a todas las Administraciones involucradas, sino que sólo establece cuál de ellas deberá tramitar y resolver el procedimiento, tras consultar a las demás Administraciones «implicadas en la fórmula colegiada». Una interpretación de este precepto reglamentario compatible con la regla de la solidaridad sentada por el artículo 140.1 de la Ley 30/1992 y recogida en su propio apartado tercero obliga a considerar que la carga de identificar y emplazar a las demás Administraciones implicadas recae sobre la Administración que tramita el procedimiento, y no sobre la víctima. Cabe incluso llegar a interpretar que su apartado primero, al señalar la Administración que será competente para tramitar el procedimiento, se limita a formular una regla interna, dirigida a la Administración que reciba la reclamación —obligándola a remitir el expediente a la competente—, y no a la víctima, cuyo acceso a los estatutos o reglas de la organización colegiada puede ser dificultoso.

No hay duda de que el riesgo que parece querer neutralizar el Tribunal Supremo con la discutible concepción de la solidaridad que emerge en la presente sentencia, esto es, el riesgo de que las víctimas se equivoquen en el momento de determinar la Administración responsable y elijan de forma

razonable una que finalmente resulte no serlo (con la consiguiente prescripción de su acción contra la verdaderamente responsable), es un riesgo cierto, que crece a medida que proliferan nuevas Administraciones y se incrementan sus relaciones recíprocas. Pero es un riesgo que también sufren las víctimas de daños causados por sujetos particulares, sin que ello se haya traducido, en Derecho privado, en una utilización de la solidaridad para ampliar los confines de la responsabilidad y obligar a indemnizar por la *mera apariencia* de responsabilidad. Se trata de un riesgo, además, que puede combatirse, p. ej., tomando la cautela de reclamar ante distintas Administraciones posiblemente responsables (en lugar de arriesgarse reclamando sólo a una de ellas: aunque la responsabilidad sea solidaria, la víctima siempre puede renunciar a la simplificación que comporta y dirigirse contra todos o algunos de los corresponsables) o ejerciendo el derecho a obtener información administrativa (sobre las competencias de la Administración de que se trate, etc.) consagrado por el artículo 35.g) de la Ley 30/1992 (OM y TF).