

Fernando Sáinz Moreno

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

La participación de miembros del Consejo de Estado en el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales

I

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 ha establecido que los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales y la Administración sean resueltos por un órgano colegiado constituido por el Presidente del Tribunal Supremo y por cinco vocales, de los que dos serán Magistrados de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo designados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial y los otros tres serán Consejeros Permanentes de Estado (art. 38).

La constitución de este órgano con tres miembros del Consejo de Estado y tres miembros de procedencia judicial es una novedad en nuestra historia constitucional que ha llegado a calificarse de revolucionaria ¹.

¹ La Disposición Adicional Cuarta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 2 de junio), dispuso que dentro de los seis meses siguientes a su entrada en vigor se procediera a la constitución del órgano colegiado al que corresponde resolver los conflictos de jurisdicción que se plantean entre los Tribunales y la Administración. «Los Plenos del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado designarán a los miembros respectivos con antelación suficiente. Una vez constituido dicho órgano colegiado en la propia sede del Tribunal Supremo, se anunciará ello en el BOE, a fin de que asuma desde el día siguiente, las competencias que la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 17 de julio de 1948

Sin embargo, aunque es cierto que el sistema actual de resolución de conflictos ha sido una novedad muy importante en la evolución del Derecho español, de hecho, no ha producido una ruptura de los criterios materiales seguidos hasta ahora. Antes y después, las resoluciones adoptadas (antes en forma de decretos, ahora de sentencias) eran y son, o al menos lo pretenden, resultado de una decisión jurídica, vinculada a Derecho y no de una decisión de oportunidad política.

Antes, desde 1847, la resolución correspondía al Rey, al Presidente de la República o al Jefe del Estado, según las épocas, previa propuesta motivada del Consejo Real o del Consejo de Estado.

Ahora, el sistema introducido por la LOPJ de 1985 no reconoce al Rey, Jefe del Estado (art. 56 CE), la potestad de dirimir estos conflictos y ha eliminado la propuesta previa del Consejo de Estado, pero mantiene la presencia de este órgano, aunque sea indirectamente con la participación de tres de sus Consejeros Permanentes en el nuevo órgano decisor.

Cuando en 1985 el legislador llegó a la conclusión de que no era posible seguir manteniendo el sistema de la Ley de 1948 porque, de acuerdo con la Constitución, el Jefe del Estado, ahora el Rey, no tenía ni debía tener esta potestad (interpretación más política que jurídica) pudo elegir entre varios modelos posibles: encomendar la solución de los conflictos al Tribunal Constitucional, encomendársela a los órganos judiciales, bien al Tribunal Supremo, bien a cualquier órgano judicial que conociese del asunto, o crear un órgano especial integrado por expertos, o integrado por representantes de los poderes en conflicto, etc. La decisión final consistió en constituir un órgano colegiado (art. 38 LOPJ) al que luego denominó Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (art. 1.º LOCJ de 1987), compuesto por miembros del Consejo de Estado y por miembros del Poder Judicial. Optó, pues, claramente por una solución «jurídica» y no «política», como habría ocurrido si en su lugar hubiese creado un órgano negociador integrado por representantes del poder ejecutivo y representación del Consejo General del Poder Judicial. Claro es que

atribuye al Jefe del Estado y al Consejo de Ministros, incluso respecto de los conflictos que se hallaren en tramitación.»

El Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por Acuerdo de 19 de julio de 1985, instó al Consejo de Estado que designara a los tres Consejeros Permanentes de Estado que debían formar parte de ese órgano, lo que hizo en sesión plenaria de 12 de septiembre de 1985 (v. *Memoria* del Consejo de 1985, pág. 66).

la solución jurídica de conflictos tiende a ser una decisión judicializada, y así ha sucedido en este caso.

¿Por qué, pues, tres de los miembros del Tribunal de Conflictos son Consejeros Permanentes de Estado? ¿Es acertada esta decisión?

La respuesta se encuentra, sobre todo, en la experiencia que resulta de un proceso histórico y, además, en la naturaleza de los problemas que los conflictos jurisdiccionales plantean.

II

La primera regulación moderna de los conflictos de jurisdicción se produce después de que las Leyes de 2 de abril y de 6 de julio de 1845 establecieran una clara «separación de las atribuciones judiciales y administrativas». Se dictó entonces el Real Decreto de 4 de junio de 1847, norma que atribuía al «Rey la prerrogativa constitucional de dirimir las competencias de jurisdicción y atribuciones» (art. 1.º) ².

1. Antes de esa fecha hubo otras normas que regularon los conflictos entre Consejos. Las Cortes de Cádiz, sin embargo, no se preocuparon de regular un sistema de conflictos que salvaguardara la independencia de la Administración frente al poder judicial, ya que tuvieron que preocuparse de un problema previo, mucho más grave, el de la pluralidad de jurisdicciones, que su primer Presidente, Ramón Lázaro DE DOU y BASSOLS, conocía bien ³. Por ello la Constitución de 1812 sólo reguló los conflictos judiciales (art. 261) y las Cortes aprobaron una «Instrucción para dirimir las competencias de jurisdicción en toda la Monarquía» por Decreto DCCLIII de 19 de abril de 1813.

Poco después, restablecido el «antiguo régimen», se dictaron una serie de normas creadoras de un «órgano *ad hoc*, para dirimir los conflictos entre aquellos Consejos que tenían atribuidas funciones judiciales ⁴. La Real Orden de 4 de diciembre de 1819, renovada por RO de 24 de febrero de 1824 ⁵, creó una *Junta de*

² Norma que según Ramón PARADA, «Los conflictos ente la Administración y los tribunales ante la nueva Constitución» (RAP 84-1977, pág. 557), es prácticamente una copia de la Ordenanza francesa de 1 de junio de 1828.

³ Ramón LÁZARO DE DOU y BASSOLS, *Instituciones de Derecho Público General de España con noticia particular de Cataluña y de las principales reglas de Gobierno en cualquier Estado*, 1880 (Ed. facsímil, Barcelona, 1975), tomo II, Madrid, 1800.

⁴ Recopiladas por Tomás Ramón FERNÁNDEZ y Juan ALFONSO SANTAMARÍA en su *Legislación administrativa española del siglo XIX*, IEA, 1977.

⁵ Esta RO de 4 de diciembre de 1819 es muy ilustrativa de la situación que pretendía resolver. Dice así:

Competencias presidida por el Presidente del Gobierno y compuesta por dos ministros de cada uno de los Consejos de Castilla, Indias, Guerra, Hacienda y Órdenes.

La reorganización general de la cúpula del Estado⁶, con la supresión de los antiguos Consejos, por Real Decreto de 24 de marzo de 1834 dio lugar, también, a la supresión de la suprema Junta de Competencias. Sin embargo, «como la experiencia ha demostrado los ventajosos resultados de esta institución, cuyo objeto es remover los obstáculos que embrazan la acción de la justicia por el encuentro de jurisdicciones privilegiadas o de Tribunales que reconocen distintos superiores, en tanto que se organiza completamente el sistema judicial

Excmo. Sr.: Deseando el REY nuestro Señor que la administración de justicia no padezca el menor entorpecimiento, y penetrado por los clamores que sus amados vasallos dirigen al trono de los graves perjuicios que sufren en el sistema adoptado para dirimir las competencias que se promueven entre distintas Autoridades, pretendiendo cada Juez estimarse competente, con el triste resultado de quedar parada entre tanto la sustanciación y decisión por el Juez legítimo acaso por años enteros, defraudada la vindicta pública, y sin curso las acciones y reclamaciones de los interesados; observándose con dolor dimanar esto casi siempre del empeño que forman los Jueces en interpretar arbitrariamente las leyes y órdenes más terminantes para apropiarse el conocimiento, sugeridos unas veces por sus Asesores ó Curiales, y otras por hacer punto de honor el empeño de ser estimados Jueces en las causas en que por error ú otros motivos empezaron á conocer; y considerando asimismo que el método actual de decidir las por el informe del Ministro que nombra cada una de las Secretarías del Despacho no puede dar seguridad en el acierto cuando otros muchos negocios impiden a estas examinar su fondo de justicia; habiendo S. M. tomado en consideración la importancia de este asunto desea conciliar el acierto con la brevedad, y que el oportuno escarmiento de los que por impericia ó parcialidad den lugar á competencias en puntos claros, sea el iris de la tranquilidad y orden para apagar la multitud de las que vienen diariamente á la Vía reservada de las Secretarías; y últimamente, que su Real ánimo quede satisfecho de que la concurrencia de Ministros de todos los tribunales en representación de las respectivas jurisdicciones que ejercen, puede cortar el empeño de ampliar aquella sobre que haya recaído la competencia: por tanto, conformándose con el voto unánime de sus Secretarios de Estado y del Despacho en Junta celebrada de su Real orden, ha venido en mandar que desde luego se forme una de Competencias, presidida por V. E. cuando tenga por oportuno concurrir á ella, y compuesta de dos Ministros de cada uno de los Consejos de Castilla, Indias, Guerra Hacienda y Ordenes, todos los cuales asistan en representación de sus respectivos tribunales, tomando asiento según la precedencia que á cada uno corresponde: que á esta Junta se remitan todas las competencias que se formen por cualquiera Autoridad, y se decidan por el mayor número de votos, no bajando de tres conformes, llevándose a efecto su resolución como gubernativa é insuplicable: que la Junta se reuna todos los días á la hora de la salida de los Consejos; y para facilitar el despacho, los Relatores de ellos la den cuenta de todas las causas y expedientes que á este fin se les distribuyan: que para autorizar los acuerdos de esta Junta, comunicar sus providencias, y llevar el turno entre los Relatores, haya un Secretario, que lo será el Escribano de Cámara que V. E. nombrarse; y finalmente, para que todos los Ministros de los referidos Tribunales alternen en este trabajo extraordinario, nombrarán los Presidentes de cada uno de ellos en fin de año los que lo hayan de ser de la Junta en el siguiente, participándosele á V. E. para su gobierno, cuyo nombramiento y aviso, por lo tocante á este año, deberán verificarlo inmediatamente, para que desde luego quede instalada la Junta, y principiados los trabajos; á cuyo fin se la remitirán sin pérdida de tiempo todas las causas de competencia pendientes en las Secretarías del Despacho.

⁶ Alejandro NIETO, *Los primeros pasos del Estado constitucional (Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón)*, Madrid, 1996, págs. 206 y ss.

de toda la monarquía», el Real Decreto de 29 de mayo de 1834 estableció una *nueva Junta de Competencias* con las atribuciones que tenía la anterior» (art. 1.º) y, además, con «las competencias que ocurran entre juzgados ordinarios o privilegiados, y los de su patrimonio real». (art. 2.º). La presidencia de la nueva Junta de Competencias correspondía al Presidente del Tribunal Supremo de España e Indias, y la componían «dos ministros de cada uno de los tres Tribunales Supremos y otros dos del Consejo Real de las Órdenes Militares» (art. 3.º), actuando como secretario «el escribano de Cámara más antiguo del Tribunal Supremo de España» (art. 4.º).

Pero la resolución de los conflictos entre las autoridades administrativas y los jueces y tribunales carecía de una norma propia, de modo que, como gráficamente decía POSADA HERRERA, en sus *Lecciones de Administración* (Madrid 1845, v. nota 9 de este artículo),

«... todas las competencias que existen entre las autoridades administrativa y judicial, se resuelven por la buena fe de entrambas autoridades y por la armonía que de ordinario hay o debe de haber al menos, entre los jefes de la Administración en los respectivos ministerios».

En 1844 el Ministro de Gracia y Justicia, Luis Mayans, propuso una fórmula provisional para dirimir «las contiendas de atribuciones y jurisdicción, tan frecuentes e inevitables entre las autoridades administrativas y los jueces y tribunales comunes», lo que exigía «la determinación de reglas sencillas y generales que regularicen y uniformen la manera de sostener y decidir estas cuestiones jurídico-administrativas, cuyo éxito influye tanto en el interés público y en el individual». El procedimiento preveía un posible acuerdo ente el Ministro de Gracia y Justicia y el de Gobernación quienes proponían al Rey la resolución que juzgaban más acertada (art. 7.º) y si este acuerdo no se lograba, «someterán sus pareceres al Consejo de Ministros, el cual me propondrá su juicio para mi Real aprobación» (art. 8.º)⁷.

2. Muy poco después, el RD de 4 de junio de 1847 introdujo una importante reforma en el sistema de resolución de conflictos para adaptarlo a «la reciente separación de las atribuciones judiciales y administrativas, acumuladas y confundidas anteriormente en los Alcaldes Mayores y Tribunales de Justicia», ya que el anterior RD de 1844 —dice su preámbulo— «no fue ni pudo

⁷ Sobre «las competencias entre el poder administrativo» y «las reglas para decidir las» en esta época, v. José POSADA HERRERA, *Lecciones de Administración*, tomo I, Madrid, 1845, págs. 99 y ss.

ser más que provisional» por hallarse «todavía incompleto el arreglo de la Administración». Publicadas las leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845 así como el RD de 22 de septiembre del mismo año que detalla las atribuciones del Consejo Real, ha llegado el momento, concluye la Exposición del RD de 1847, de regular el nuevo sistema de conflictos, al existir ya *un alto cuerpo consultivo que, compuesto de personas eminentes en las diversas carreras, prepare con sus informes la acertada resolución de V.M. en los conflictos de jurisdicción*⁸.

De acuerdo con este RD de 1847, «corresponde al Rey, en uso de las prerrogativas constitucionales, dirimir las competencias de jurisdicción y atribuciones que ocurran entre las Autoridades administrativas y los Tribunales de Justicia» (art. 1.º). Tales cuestiones, sin embargo, sólo pueden plantearlas los jefes políticos («en las cuestiones de atribución y jurisdicción que se originen entre estas autoridades, sólo los jefes políticos podrán promover contienda de competencia», y «únicamente la suscitarán para reclamar los negocios que les corresponda «en virtud de disposición expresa») y no los jueces y Tribunales.

⁸ Poco antes, en 1845, José de POSADA HERRERA (*Leciones de Administración*, tomo I, 1845, págs. 115 y ss.) había defendido la necesidad de contar con una ley que atribuyera al Rey la resolución de estas cuestiones, asesorado por un Cuerpo consultivo. Y ello porque:

«Desde luego se les ocurrirá á ustedes que hay una persona que por la Constitución está colocada en primer término ante los poderes administrativo y judicial, que siendo imparcial, no participando de las pasiones de ninguno de ellos, puede mantenerlos dentro de sus límites, y traerlos al camino verdadero. Esta persona, señores, es el Rey. El Rey debe decidir las competencias entre el poder administrativo y el judicial. Para hacerlo siempre con acierto, para que estas decisiones sean siempre arregladas á los mismos principios, y para que no varíen según el carácter y las opiniones de los ministros, convendrá que el Rey tenga un cuerpo á su lado, que le consulte sobre todas las cuestiones de esta especie y ayude á resolver la multitud de casos dudosos que necesariamente se presentarán. Nuestras leyes nada tienen establecido respecto de este punto, ni sobre la forma de las competencias en general, ni sobre la persona que ha de resolver. Así, todas las competencias que existen entre las autoridades administrativa y judicial, se resuelven por la buena fé de entrambas autoridades y por la armonía que de ordinario hay ó debe de haber al menos, entre los gefes de la administración en los respectivos ministerios. Necesitamos, pues, una ley en que se marquen con distinción las atribuciones del poder administrativo y del poder judicial, en que se marquen las personas que han de resolver las competencias que ocurran, y en que se determine el modo y forma en que estas competencias han de plantearse. También este punto está abandonado á la buena fé de las autoridades. Sin embargo, el curso natural de estos negocios es muy sencillo, y generalmente conocen ustedes cómo se resuelven. La autoridad administrativa que sabe que el poder judicial se ha mezclado en cuestiones que no son de su competencia, le oficia rogándole que deje el conocimiento de aquel negocio. Si el poder judicial no se cree convencido por las razones que dá el administrativo, contesta manifestando las que él tiene para creer lo contrario, y esponiendo los motivos porque cree debe continuar conociendo del asunto. La administración se convence ó no de las nuevas razones que el poder judicial presenta; si se convence, cede en la competencia; y si no, cada uno remite sus expedientes al respectivo ministerio, para que los ministros poniéndose de acuerdo, resuelvan lo que corresponda. Esto es lo que se practica, porque el sentido comun y la razon natural dicen que se haga, no porque ninguna ley lo prevenga.»

La resolución del conflicto correspondía al Rey, previo un procedimiento en el que, cuando el órgano judicial requerido «se declare competente por sentencia firme, exhortará para que deje expedita su jurisdicción, o de lo contrario tenga por formada competencia» (art. 12). En este último caso «ambos contendientes remitirán por el primer correo al Ministro de la Gobernación las actuaciones» (art. 15). «Mi Ministro de la Gobernación acusará a los contendientes el recibo de los autos» y «los pasará al Consejo Real, el cual me consultará la decisión motivada que estime dentro de dos meses contados desde el día en que se le pasen las actuaciones» (art. 17). «Cuando Mi Ministro de la Gobernación o cualquiera otro de Mis Secretarios de Despacho no estuviere conforme con la decisión consultada, el primero de ellos la someterá para la resolución conveniente a Mi consejo de Ministros» (art. 19). «La decisión que Yo apruebe a propuesta de Mi Ministro de la Gobernación o de mi Consejo de Ministros será irrevocable...» (art. 20). El Consejo Real, pues, preparaba una *decisión consultada* que, si bien no era vinculante, tenía un peso decisivo en la resolución real⁹.

En este RD de 1847, el conflicto se configuraba por tanto, como un instrumento de defensa unilateral de la Administración frente al poder judicial. Su Exposición justificaba esta regla alegando que en el anterior RD de 1844 «no se previeron los males que resultarían de que todas las Autoridades se creyesen con derecho de entablarlas [las competencias], sucediendo que las administrativas se encuentran y pueden verse embarazadas continuamente en sus funciones más interesantes cuando la naturaleza de estas mismas funciones exige, para producir el bien, que se ejerzan con rapidez y libertad».

Esta situación, sin embargo, pronto es remediada. Algunos años después se estableció a favor de los Tribunales un medio de defensa de su función frente a las intromisiones administrativas: la reforma del Consejo de Estado por Ley de 17 de agosto de 1860 introdujo un «recurso de abuso de poder o de incom-

⁹ Manuel COLMEIRO recogió en su *Derecho Administrativo Español* (tomo I, 1.ª edición, 1850, págs. 37 y 38, edición facsímil, con un estudio preliminar de Alejandro NIETO, 1995) la idea que ya en 1845 había defendido POSADA HERRERA de la competencia del Rey en esta materia:

«La justicia se administra en nombre del Rey á quien corresponde asimismo cuidar de que se administre pronta y cumplidamente en todo el reino; y como en la Corona “reside la potestad de hacer ejecutar las leyes, y su autoridad se extiende á cuanto conduce á la conservacion del órden público en lo interior, y á la seguridad del estado en lo exterior”, se infiere claramente del texto constitucional que el Rey es gefe supremo del poder ejecutivo, es decir, superior comun de todas las autoridades así del órden administrativo como del judicial. *En este concepto dirime las competencias de jurisdiccion y de atribuciones. El Rey modera, pues, la accion de ambos poderes que no son rivales sino independientes, y los contiene dentro de los limites de su respectiva esfera legal.*»

petencia que pueden elevar al Gobierno las autoridades del orden judicial contra las resoluciones administrativas» (art. 45.10), recurso sobre el cual informaba el Pleno del Consejo de Estado ¹⁰.

La facultad exclusiva «de promover contienda de competencia» que el RD 1847 atribuía a los Jefes Políticos (art. 2.º) pasó a los Gobernadores y fue desarrollada en el año 1863 por el «Reglamento para la ejecución de la ley relativa al Gobierno y administración de las provincias» (arts. 52 y ss. del RD de 25 de septiembre de 1863), norma vigente hasta 1887, pese a las numerosas reformas que durante ese tiempo se introducen, tanto en la Administración como en el Poder Judicial.

3. En 1887, siendo Presidente del Consejo de Ministros Práxedes Mateo Sagasta, se aprueba una nueva regulación de «las competencias de atribuciones y de jurisdicción que ocurran entre las Autoridades administrativas y los Tribunales ordinarios» por Real Decreto de 8 de septiembre de 1887, vigente hasta la ley reguladora de los conflictos jurisdiccionales de 1948.

Durante este largo período se mantiene la atribución al Rey de la potestad de decidir las competencias de atribuciones y de jurisdicción (art. 1.º) y se mantiene también la intervención del Consejo de Estado al que corresponde emitir la «decisión consultada», tanto en el supuesto de que el conflicto lo plantee la Administración (por la vía del RD de 1887) como si lo plantean los Tribunales (por la vía del «recurso de abuso de poder», después llamado de «queja»):

— En el primer supuesto, el RD de 1887 continúa estableciendo que «sólo los Gobernadores de provincia podrán promover cuestiones de competencia, y únicamente la suscitarán para reclamar el conocimiento de los negocios que en virtud de disposición expresa corresponda a los mismos Gobernadores, a las autoridades dependientes de ellos o a la Administración pública en general», sin perjuicio de que las partes interesadas puedan «deducir ante la Autoridad administrativa las declinatorias que creyeran convenientes» (art. 2.º). Pero este RD de 1887 intenta aclarar, además, dos cuestiones antes confusas sobre la facultad de los gobernadores para plantear contiendas de competencia en materia criminal. Al principio general de la prohibición de hacerlo, se establecen dos excepciones: «cuando expresamente haya encargado la ley a los funcionarios de la Administración el castigo del delito» (competencia definitiva y absoluta) y «cuando exista alguna cuestión administrativa sin cuya previa resolución no sea posible fallar el juicio» (competencia relativa).

— El segundo supuesto, el conflicto planteado por los Tribunales, queda al margen de esta norma, igual que había sucedido en 1847, pero sí existe un «recurso queja» (nueva denominación del recurso de abuso de poder de 1860) regulado en la Ley sobre Organización del Poder Judicial de 1870 (arts. 286 a 297) y en las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1881 (arts. 115 a 124) y de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (art. 51), que se resuelve del mismo modo que las cuestiones de competencia previo dictamen del Consejo de Estado, aunque sin eficacia suspensiva del requerimiento de inhibición.

Este sistema bipartito ha estado vigente hasta su derogación expresa por la Ley de 1948, sin modificación durante la 2.^a República pese a que la Constitución de 1931 nada dice sobre las facultades del Presidente de la República en esta materia ¹¹.

4. La *Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 17 de julio de 1948* unificó el anterior sistema, refundiendo los procedimientos que deben seguirse tanto cuando el conflicto lo plantea la Administración como cuando lo plantea un órgano judicial. Corresponde al Jefe del Estado decidir las *cuestiones de competencia*, positivas o negativas, que se susciten entre la Administración y los Jueces.

Las cuestiones de competencia pueden, por consiguiente, ser planteadas tanto por la Administración a los Jueces y Tribunales (sólo las autoridades enumeradas en el art. 7.^o que incluye además de a los gobernadores civiles, a ciertas autoridades militares y a los delegados de Hacienda) como por los Tribunales y autoridades judiciales a la Administración (art. 8.^o). El procedimiento consta de dos fases: Primero debe quedar planteada formalmente la cuestión, bien positiva o bien negativa, para lo que hay que seguir los trámites establecidos en la ley y, segundo, una vez planteado el conflicto, se remiten las actuaciones a la Presidencia del Gobierno para su resolución por el Jefe del Estado previa consulta al Consejo de Estado ¹², a quien corresponde formular una *propuesta de decisión motivada* (art. 33). Tal propuesta, preceptiva pero no vinculante, constituye la base de la resolución irrevocable del Jefe del Estado, que se expresa en forma de Decreto motivado.

¹⁰ V. Ramón PARADA, ob. cit., págs. 558 y ss.

¹¹ Sobre la posición del Consejo de Estado durante la 2.^a República y después de la Guerra Civil, v. José María CORDERO TORRES, *El Consejo de Estado*, IPE, 1945, págs. 132 y ss.

¹² La Ley Orgánica del Consejo de Estado de 25 de noviembre de 1944, entonces vigente, estableció que la Comisión Permanente debía ser oída en las «cuestiones de competencia, conflictos jurisdiccionales y de atribuciones» (art. 17.3.^o).

Se presume, por otra parte, que los Ministros de quienes dependen las autoridades afectadas por el conflicto están conformes con la decisión consultada siempre que, en el término de un mes desde la recepción de la consulta en la Presidencia del Gobierno, no expresen a la misma su disconformidad razonada. Sólo si esto último sucede, el asunto se somete a la deliberación del Consejo de Ministros (art. 35).

5. La Ley de 1948 ha estado vigente hasta su derogación parcial por la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales¹³, pero antes de esta derogación formal, la entrada en vigor de la *Constitución de 1978* ha suscitado la duda de su posible derogación material por incompatibilidad con el texto constitucional.

Adelantándose al planteamiento de este problema, Ramón PARADA publicó en 1977 un estudio sobre los conflictos entre la Administración y los Tribunales ante la nueva Constitución¹⁴. Aunque su análisis se basaba en el *proyecto de Constitución* tiene, sin embargo, un gran interés como antecedente de lo que después iba a suceder. Como punto de partida, PARADA sostiene que la inadecuación constitucional del sistema de decisión regia de los conflictos comienza a partir del momento en que se eleva la Justicia a rango de poder independiente y separado del poder ejecutivo, lo que sucede en la Constitución de 1869 que liquida y supera la concepción del Rey como superior jerárquico de la Administración de Justicia¹⁵, Constitución bajo la que se promulgó la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870. La justicia ya no es una rama del poder ejecutivo. Lo mismo sucede en el proyecto de Constitución de 1978 (coincidente en esto con el texto definitivo). Sin embargo, en él nada se dice directa ni indirectamente, de la regulación de los conflictos jurisdiccionales ni tampoco se atribuye al Rey la potestad de dirimirlos. Ramón PARADA temía entonces que, pese a ello, se atribuyera al Rey esa competencia: «Ante el nuevo silencio constitucional lo más pro-

¹³ La Disposición Derogatoria Primera de la LO de Conflictos Jurisdiccionales 2/87, de 18 de mayo, derogó la Ley de 17 de julio de 1948, salvo los artículos 48 a 53 ambos inclusive (reguladoras de los «conflictos de atribuciones»), subsistiendo la vigencia, a los solos efectos de lo dispuesto en dichos artículos, de los capítulos II y III.

Posteriormente, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, ha declarado que continúan vigentes los artículos 49 a 53 (no, por tanto, el artículo 48 que regula los conflictos entre autoridades administrativas dependientes del mismo Departamento ministerial) de la Ley de 1948, «en tanto no entre en vigor la ley que regule el Gobierno».

¹⁴ Ramón PARADA, «Los conflictos entre la Administración y los Tribunales ante la nueva Constitución», *RAP* (84), 1977, págs. 553 y ss.

¹⁵ Ramón PARADA, ob. cit., pág. 565.

bable será, como ya ha ocurrido, que la competencia regia para decidir los conflictos entre la Administración y los Tribunales se acabe salvando y justificando con la invocación de las funciones moderadoras y arbitrales que corresponden al Rey como Jefe del Estado. Sin duda se pasarán por alto los inconvenientes de aceptar la tesis, poco ortodoxa, de que los poderes del Rey no están taxativamente determinados en la Constitución, al menos aquellos que se resuelvan en potestades jurídicas concretas, obligando también a aceptar que estos poderes puedan ser definidos por leyes ordinarias y, por tanto, ilimitadamente ampliados por el legislador ordinario»¹⁶.

También le preocupaba a PARADA el asesoramiento del Rey por el Consejo de Estado en esta materia. «Más difícil será justificar en adelante la neta superioridad del poder judicial en la fase de asesoramiento previo a la resolución por el Rey de los conflictos. Sobre todo entrará en cuestión, inevitablemente, el peso que en la misma se otorga al Consejo de Estado, cuya estructura está muy condicionada por los postulados políticos del régimen anterior. La solución, si se quiere que sea respetuosa con la proyectada Constitución, no puede venir por la vía de introducir en el Consejo a representantes del poder judicial, trasvase incompatible con una organización pretenciosamente corporativa e independiente de la Justicia. Más bien parece que la solución ha de encontrarse por el camino de otorgar al órgano máximo del poder judicial, es decir, al Tribunal Supremo, una función consultiva de igual naturaleza que la otorgada al Consejo de Estado». Ello, claro es, lo proponía Ramón PARADA sólo para el supuesto de que se atribuyese al Rey la potestad de dirimir estos conflictos. Pero no era ésta la solución adecuada para PARADA quien, en aquel momento preconstitucional, proponía que la competencia resolutoria se atribuyera constitucionalmente «a un Tribunal de Conflictos, de composición paritaria de jueces y administradores, o bien se incluyera entre las que corresponden al Tribunal Constitucional»¹⁷.

Esta última solución estuvo a punto de incorporarse a la Constitución pero, en el último momento, la Comisión Mixta Congreso-Senado la eliminó. En efecto, la ponencia que informó el Anteproyecto de Constitución había incluido entre las competencias del Tribunal Constitucional la de conocer «de los conflictos jurisdiccionales y de competencia» [art. 154.1.c) del Informe, BOC de 17 de abril de 1978]. Tal competencia la mantuvie-

¹⁶ Ramón PARADA, ob. cit., pág. 566.

¹⁷ Ramón PARADA, ob. cit., pág. 567.

ron la Comisión y el Pleno del Congreso (Dictamen de 1 de junio de 1978 y de 24 de junio de 1978). El Senado también mantuvo esa competencia (Dictamen de la Comisión de 6 de octubre de 1978 y del Pleno de 13 de octubre de 1978) pero añadió un inciso que limitaba su alcance. El texto aprobado por el Pleno del Senado decía que el Tribunal Constitucional es competente para conocer: «De conflictos jurisdiccionales y de competencia, que afecten a materias definidas por la Constitución» [art. 161.c)]. La Comisión Mixta Congreso-Senado, presidida por Antonio HERNÁNDEZ GIL¹⁸ suprimió esa competencia del Tribunal Constitucional (Dictamen de 28 de octubre de 1979) haciendo un uso muy amplio de las facultades que le otorgaba el artículo 3 de la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política¹⁹.

Por tanto, el texto definitivo de la Constitución de 1978 guarda silencio sobre este tema, dejando que la regulación de los conflictos jurisdiccionales (las «cuestiones de competencia» según la terminología de 1948) continuara en sus mismos términos. Por ello, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre, tampoco trató de los conflictos jurisdiccionales y en cambio, la Ley Orgánica 3/1979, de 22 de abril, del Consejo de Estado, sí incluyó entre las materias de la Comisión Permanente «las cuestiones de competencia» (art. 22.7 modificado después, en 1987, cuando la Ley de Conflictos Jurisdiccionales 2/1987 hizo innecesaria la intervención consultiva del Consejo de Estado, D. Ad. 3.^a).

6. Esta situación, sin embargo, planteaba muchos problemas: El principal era éste: ¿tiene el Rey, como Jefe del Estado, la potestad de dirimir conflictos jurisdiccionales? En contra del reconocimiento de esta prerrogativa se alegaba que no estaba incluida en el listado de las prerrogativas regias del artículo 62 de la Constitución. A favor, sin embargo, se invocaba el artículo 56 de la Constitución que encomienda al Rey, como Jefe del

¹⁸ Antonio HERNÁNDEZ GIL ha contado en líneas generales y en algunos aspectos concretos, los trabajos de la Comisión Mixta que él presidió, pero nada dice sobre este tema (*El cambio político español y la Constitución*, Barcelona, 1982, págs. 295 y ss.).

¹⁹ El artículo 3 de la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política, dispone que la Comisión Mixta deliberará sobre las discrepancias entre los textos aprobados por el Congreso y el Senado. En este caso, Congreso y Senado coincidieron en la atribución de la solución de los conflictos jurisdiccionales y de competencia al Tribunal Constitucional. La discrepancia aparecía en el inciso añadido por el Senado («que afecten a materias definidas por la Constitución»). La Comisión Mixta, en lugar de valorar el nuevo inciso, optó por la supresión de la competencia íntegra. Se trataba, pues, de una decisión muy importante sobre cuyo fondo no parece que existiera discrepancia entre ambas Cámaras; o, al menos, de los debates públicos no se deduce su existencia.

Estado, la tarea de arbitrar y moderar el funcionamiento regular de las instituciones, y ejercer «las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes». Para esta segunda tesis la Ley de 1948 sería una de las leyes a las que se remite ese precepto constitucional. A ello se añadía que el artículo 117 CE atribuye al Rey alguna función en materia judicial cuando dice que la justicia «se administra en nombre del Rey» (lo que se manifiesta, por ejemplo, en las ejecutorias que se encabezan en nombre del Rey —art. 245,4 LOPJ—).

El hecho es que, ante la situación creada por el silencio constitucional, y a pesar de la dificultad de reconocer al actual Jefe del Estado, el Rey, la competencia para dirimir conflictos, se siguió aplicando la Ley de 1948 después de entrar en vigor la Constitución de 1978.

Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO en una Crónica de 1982 lamentaba la inercia y la pasividad en esta materia: «Y esto es lo que ha ocurrido, lo que continúa ocurriendo, como evidencian los fallos más recientes: se sigue requiriendo de inhibición, se paralizan los autos, entra en funcionamiento Presidencia del Gobierno, informa el Consejo de Estado, delibera el Consejo de Ministros y firma —se supone que no decide— el Rey»²⁰.

Así, por ejemplo, el RD 1205/1982, de 2 de abril, afirmaba claramente la competencia regia: «... una vez planteado correctamente un requerimiento de inhibición por una autoridad administrativa legalmente habilitada para hacerlo no puede el Juez desconocer el imperio de la ley al que le sujeta el artículo 117.1 de la Constitución Española salvo en los supuestos de cuestión de inconstitucionalidad del artículo 163, decidiendo por sí mismo una contienda en la que no es Juez, sino parte contendiente, *por estar atribuida a Su Majestad el Rey, por una norma con rango de ley vigente la competencia para dirimir las contiendas entabladas, previo dictamen del Consejo de Estado y deliberación del Consejo de señores Ministros*»²¹.

Pero poco después, el Consejo de Estado dudaba de que esa competencia correspondiera al Rey y proponía al Gobierno, en su Memoria de 1983, crear un Tribunal de Conflictos. Decía literalmente²²:

²⁰ Crónica publicada en *RAP* (98), 1982, pág. 242, y recogida también en su libro *Bajo el signo de la Constitución* con el título «La Ley de conflictos jurisdiccionales tras la entrada en vigor de la Constitución», págs. 157 ss. (cita de la pág. 187).

²¹ D. 1205/1982, de 2 de abril (BOE 15 de junio), Aranzadi Jurisprudencia, Ref. 2620. Citado también por Juan LAVILLA, «Prólogo» a la edición de Tecnos de la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales, 1987, pág. 44.

²² *Consejo de Estado. Memoria del año 1983 que eleva al Gobierno en cumplimiento del artículo 20.3 de la Ley Orgánica*, Madrid, 1984, págs. 132 y 133.

«El artículo 22.7 de la Ley Orgánica 3/1980 sigue exigiendo el dictamen preceptivo del Consejo de Estado en los “conflictos de atribuciones entre los distintos Departamentos ministeriales y cuestiones de competencia”. Pero la Constitución vigente no atribuye al Rey el poder armónico o moderador, en los términos que respaldaban en otras épocas la función decisoria del Jefe del Estado en las cuestiones suscitadas entre poderes independientes, ya que hoy todos sus actos han de ser refrendados por el Presidente del Gobierno, el Ministro competente o el Presidente del Congreso según los casos (arts. 56.3 y 64), y en este sentido deben atenderse las facultades que, según el artículo 62, corresponden al Rey, así como las del artículo 63 y concordantes del propio texto constitucional.

Por otro lado, aun manteniendo en lo demás que pueda ser aprovechable la Ley de Conflictos de 17 de julio de 1948 (aunque habrá que conferir a las Comunidades Autónomas la facultad de promover cuestiones de competencia a los Tribunales, como señala, por ejemplo, el art. 42.1 del Estatuto de Andalucía), es necesario determinar quién ha de ser el órgano decisor de los mismos según los casos.

Si se trata de conflictos de atribuciones que se promuevan entre diversos Departamentos ministeriales y órganos delegados de los mismos y, en general, en el seno de una organización jerarquizada, no existe dificultad, puesto que el conflicto es dentro de la Administración y con un superior común: el Consejo de Ministros o, en su caso, el Presidente del Gobierno. A uno u otro, según lo que establezca la Ley orgánica de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, deberá conferirse la facultad de resolverlos por Real Decreto, con el previo dictamen de este Cuerpo Consultivo.

Pero esta solución no es sostenible en puridad para las cuestiones de competencia entre los Jueces o Tribunales y la Administración, pues se trata de un conflicto entre dos poderes del Estado, aunque no tenga la naturaleza de conflicto constitucional, sino meramente jurisdiccional, de competencia.

Es difícil, dado nuestro planteamiento constitucional, evitar los escollos. No parece, desde luego, que la decisión del conflicto pueda atribuirse al Legislativo, a pesar de ser el único poder no implicado en la contienda, ya que, por principio, es ajeno a tales funciones. Y aunque el Rey, como Jefe del Estado “arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones” (art. 56 de la Constitución), tampoco parece que sus atribuciones pudieran extenderse a ello y, al exigir el refrendo gubernativo, la cuestión no quedaría adecuadamente zanjada. Cabría haber pensado en atribuir la

decisión al Tribunal Constitucional, pero en la Ley Orgánica de éste no figura dicha facultad.

Por todo ello, acaso la solución más acorde con la concepción constitucional pueda consistir en modificar la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 1948 y, a semejanza de los Tribunales de Conflictos francés y austríaco, establecer uno constituido, *ad exemplum*, por el Presidente del Tribunal Constitucional y cuatro vocales, dos Magistrados del Tribunal Supremo y dos Consejeros de Estado.»

Con esta propuesta, el Consejo de Estado se apartaba en cuanto tal, de la resolución de los conflictos y buscaba en el Presidente del Tribunal Constitucional el equilibrio entre los dos Consejeros de Estado y los dos magistrados del Tribunal Supremo, que integrarían un Tribunal de Conflictos. La fórmula propuesta reforzaba el carácter jurídico de la solución de las contiendas aquí planteadas. No se trataba de negociar entre dos poderes a través de sus representantes políticos (por ejemplo, dos miembros del Gobierno y dos miembros del Consejo General del Poder Judicial) sino de integrar a juristas especializados en esta materia, presididos por el Presidente del Tribunal Constitucional para recuperar así la presencia de éste y su capacidad para influir en la decisión de cuestiones de alcance constitucional.

Ya no se negaba, pues, que la Ley de 1948 debía modificarse al ser «difícilmente encajable en el sistema de la Constitución de 1978, ni aun en el caso de que los actos del Rey presenten, con o sin previo acuerdo del Consejo de Ministros, el refrendo del Presidente del Gobierno» (STC 55/1985 de 2 de abril)²³.

²³ La Sentencia del Tribunal Constitucional 55/1985, de 2 de abril (ponente Luis Díez-Pi- cazo), resolvió el recurso de amparo formulado contra la resolución del Presidente de la Junta de Andalucía de 27 de octubre de 1983 que requirió de inhibición a la Magistratura de Trabajo de Sevilla a fin de que se abstuviera de embargar la subvención a la gratuidad correspondiente al colegio «Calderón de la Barca» para pago de una indemnización por despido improcedente de dos profesoras. Las recurrentes pidieron el amparo del Tribunal Constitucional entre otras razones, por la violación del artículo 24 CE, dada la inconstitucionalidad de la Ley de 17 de julio de 1948. El Tribunal rechaza el amparo:

«3. La razón sustancial que se esgrime en el recurso para considerar vulnerado el derecho consagrado por el art. 24 de la Constitución es la inconstitucionalidad de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 17 de julio de 1948, inconstitucionalidad que trata de fundarse en la inconciliabilidad de dicha Ley con la Monarquía Parlamentaria y con la necesidad de refrendo de los actos del Rey, que chocan palmariamente con lo dispuesto en el artículo 1 de la citada Ley de 17 de julio de 1948, según el cual corresponde al Jefe del Estado decidir las cuestiones de competencia, positivas o negativas, que se susciten entre la Administración y los Jueces y Tribunales ordinarios y especiales, como asimismo los conflictos de atribuciones que se promuevan entre los Departamentos ministeriales o los órganos delegados de los mismos. Es manifiesto que el precepto mencionado dimana de un régimen político muy distinto del que funda la Constitución de 1978, que se caracterizaba entre otras cosas por la asunción del Jefe del Estado de todos los poderes de éste.

7. Por ello el legislador decidió solucionar el problema al aprobar, en 1985, la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial. El hecho de haber elegido esa Ley podría hacer suponer que optaba por una solución puramente judicial. Sin embargo, no fue del todo así. El artículo 38 de la Ley Orgánica 6/1985 creó un órgano de composición paritaria al que no quiso, de momento, llamar Tribunal, sino sólo «órgano colegiado al que corresponde resolver los conflictos de jurisdicción», que asumía las competencias de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales, de 17 de julio de 1948 (Disp. Ad. 4.^a). Sólo dos años después, la Ley Orgánica 2/1987 dio a ese órgano la denominación de «Tribunal» y confirmó la naturaleza predominantemente judicial de la resolución de los conflictos.

Del debate sobre el proyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial se deducen algunos datos sobre la voluntad del legislador²⁴. El primero, la voluntad de mantener la unidad jurisdiccional (art. 117.5 CE) creando un único órgano para resolver los conflictos jurisdiccionales en todo el territorio nacional²⁵, cual-

Puede igualmente admitirse que el precepto recordado es difícilmente encajable en el sistema de la Constitución de 1978, ni aun en el caso de que los actos del Rey presenten, con o sin previo acuerdo del Consejo de Ministros, el refrendo del Presidente del Gobierno. Sin embargo, estas razones, y las que en relación con ellas se contienen en los escritos de planteamiento de los recursos de amparo acumulados, podrían ser decisivos si lo aquí impugnado fuera la decisión del conflicto jurisdiccional o de la cuestión de competencia, pero pierden toda trascendencia, cuando, como ocurre en el caso actual, la impugnación se dirige contra el acto administrativo de iniciación del conflicto, pues es manifiesto que de la mácula de inconstitucionalidad que se pudiera lanzar contra el artículo 1 de la Ley de 17 de julio de 1948, no se podría nunca deducir la imposibilidad del planteamiento de cualquier tipo de conflicto cuando la Jurisdicción o la Administración interfiriera sus respectivos campos de acción. Esto es, la eventual inconstitucionalidad de la Ley produciría un vacío normativo en el momento de la decisión, pero no afectaría al momento de la iniciación.

Tiene por ello razón el Fiscal cuando dice que la resolución de la autoridad administrativa que formuló el requerimiento y planteó la cuestión de competencia no ha podido vulnerar ninguno de los derechos fundamentales invocados, porque se limitó a ejercer una facultad —la de conseguir el respeto para sus propias competencias y para los intereses a ella encomendados— y no habría tenido otra virtualidad que la de deferir a un órgano superior la pacificación y la solución del conflicto.

Todo ello, por otra parte, es independiente de que la pretensión de la Junta de Andalucía de hacer ineficaz el embargo decretado y de impedir un determinado destino de las subvenciones, debiera articularse como conflicto jurisdiccional o por cualquier otra vía procesal pensable, como la intervención tercerista en el proceso; e igualmente es independiente de que al requerir la Administración de inhibición y de abstención, se limitaría a reclamar del órgano jurisdiccional una conducta negativa o implícitamente confirmara sus potestades en el gobierno y en el destino de las subvenciones; pues todos ellos son temas ajenos al presente proceso, en el que la única cuestión a debatir es la eventual vulneración de los derechos constitucionales de las señoras solicitantes del amparo, que en la línea ahora reparada no se han producido.»

²⁴ BOCG de 18 de septiembre de 1984.

²⁵ La LOPJ de 1985 cambió la denominación de «cuestiones de competencia» (que mantenía en el proyecto) por la de «conflictos de jurisdicción», designación que también dio a los conflictos entre los Juzgados o Tribunales y la Jurisdicción militar pese a la distinta naturaleza de estos conflictos (art. 39).

quiera que sea la Administración con la que éstos se produzcan ²⁶. Además, equilibrar la composición del órgano, estableciendo su composición paritaria. El proyecto había previsto un órgano de cinco miembros, de ellos tres de procedencia judicial (Presidente y dos magistrados de lo contencioso administrativo) y dos de procedencia administrativa (dos Consejeros Permanentes de Estado), pero en el Senado se estableció un órgano de seis miembros aumentando a tres el número de vocales procedentes de la Administración, lo que se compensó atribuyendo al Presidente voto de calidad en caso de empate. Se aceptó, para ello, una enmienda del G. P. Socialista en el Senado cuya justificación decía ²⁷:

«La solución de los diarios conflictos entre la Administración y los Tribunales no debe encomendarse a un órgano con predominio jurisdiccional absoluto, sino a uno de composición paritaria que asegure el equilibrio formal indispensable para determinar cuál de los dos poderes constitucionales en presencia, el administrativo (autotutela: Sentencias del Tribunal Constitucional, Sala II, 22/1984, de 17 de febrero, y 66/1984, de 6 de junio), o el judicial debe conocer o no de un determinado asunto, pensando siempre que si el conflicto se resuelve en favor de la Administración, sus actos estarán luego fiscalizados por los Tribunales de Justicia.»

La designación anual de los dos magistrados de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo corresponde al Pleno del Consejo General del Poder Judicial, y la de los tres Consejeros Permanentes de Estado corresponde al Pleno del Consejo de Estado ²⁸. El criterio de la anualidad se impuso para todos los vocales sin que su fundamento parezca claro ²⁹. Quizá se estimó

²⁶ No se aceptaron por ello las enmiendas 158 (GP Vasco) en el Congreso y 335 (GP Vasco) y 688 (GP Catalán) en el Senado.

²⁷ Enmienda 393 del G.P. Socialista en el Senado.

²⁸ La designación de los tres Consejeros de Estado corresponde al Pleno del Consejo de Estado. Así se decía en el texto del artículo 38 del Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial. Luego, sin embargo, en los debates parlamentarios se cambió de lugar esa mención del texto del artículo 38 pasando a la Disposición Adicional 4.^a de la Ley, aunque referido sólo a la primera constitución del órgano. Finalmente, la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales 2/1987 modificó el artículo 12 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado 3/1980 incorporando al mismo que «tres Consejeros Permanentes designados para cada año por el Pleno a propuesta de la Comisión Permanente se integrarán en el Tribunal de Conflictos previsto en el artículo 38 de la Ley Orgánica 6/1985». Seguramente las vacilaciones que aquí se advierten sobre la norma que regula esta materia se deban a la necesidad de respetar la Ley Orgánica del Consejo de Estado en los términos previstos en el artículo 107 de la Constitución.

²⁹ De forma incorrecta, el artículo 40 de la LOPJ de 1985 dice que «anualmente» se renovarán los «componentes» de los órganos. Debiera decir, los «vocales» de los órganos pues el Presidente del Tribunal Supremo cesa cuando expira el término de su mandato que se

que la participación en este órgano es una carga a repartir, lo cual en parte es cierto, pero no se tuvo en cuenta la experiencia y, sobre todo, la independencia que proporcionan los mandatos de mayor duración.

Destaca especialmente el criterio de independencia que ha determinado la composición del órgano colegiado. De una parte, dos Magistrados de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, esto es, especializados en el control judicial de la Administración. De otra, tres Consejeros Permanentes de Estado que no actúan, claro es, como representantes de la Administración activa. La opción por la categoría de Consejero Permanente se debe, según parece, a que es la que tiene dentro del Consejo una posición más independiente y estable, la que garantiza o al menos facilita su mayor libertad frente al poder ejecutivo. El estatuto de Consejero Permanente de Estado favorece esta independencia: una vez nombrados por Real Decreto, sin límite de tiempo —situación muy singular entre los cargos públicos— presiden, cada uno, una Sección del Consejo. Son, pues, juristas relevantes y experimentados con un estatuto personal que les otorga una gran independencia (arts. 7 y 12 LOCE). Son, por ello, dentro de la Administración consultiva, quienes tienen una posición jurídica más próxima a la de los magistrados de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, lo que armoniza con el carácter materialmente judicial que se ha querido dar a este órgano.

La LOPJ de 1985 se limitó, sin embargo, a crear el órgano de resolución de los conflictos, sin establecer unas reglas de procedimiento. Por ello, desde la entrada en vigor de la LOPJ 1985 hasta la promulgación de la LOCJ de 1987 los conflictos se resolvieron aplicando el procedimiento de la Ley de 1948 ³⁰.

8. En 1987 culmina el proceso de institucionalización del nuevo régimen de los «conflictos jurisdiccionales» al promulgarse la *Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo*, cuyo objetivo fundamental es el de establecer el procedimiento de sustanciación de tales conflictos ³¹. La Ley incluye los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales y la Administración (Cap. I); los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados y Tribunales y la jurisdicción

entiende agotado en la misma fecha en que concluya el del Consejo General por el que hubiere sido propuesto cinco años (arts. 126 y 115 LOPJ).

³⁰ Las Resoluciones aprobadas durante este período comenzaban: «Visto por el órgano Colegiado constituido para decidir los conflictos de jurisdicción [...] y vistos los artículos de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 17 de julio de 1948...»

³¹ Sobre la naturaleza «orgánica» de la LOCJ de 1987 véase el «Prólogo» de Juan LAVILLA RUBIRA a la edición de Tecnos de esa Ley, Madrid, 1987, págs. 17 a 22.

militar (Cap. II); los conflictos de jurisdicción entre la jurisdicción militar y la Administración (Cap. III), y los conflictos con la jurisdicción contable (Cap. IV). Quedan fuera de la Ley los conflictos intrajurisdiccionales (las llamadas «competencias») y los conflictos internos de la Administración que se regulan por la normativa propia de la Administración de que se trate. Quedan fuera también los conflictos constitucionales entre los órganos enumerados en el artículo 59.3 LOTC sometidos al Tribunal Constitucional. En estos conflictos, a diferencia de los conflictos jurisdiccionales, no se discute el ejercicio de una competencia sino la competencia misma. El conflicto de atribuciones garantiza «la existencia de la misma estructura constitucional concebida como sistema de relaciones entre órganos constitucionales dotados de competencias propias» (STC 45/1986).

El carácter judicial del órgano creado para la resolución de los conflictos se confirma por esta ley. A partir de ahora se denomina «Tribunal de Conflictos» (art. 1.º) y su resolución final, «Sentencia» (art. 14 y sigs.) es irrecurrible salvo cuando proceda el amparo constitucional (art. 14 y sigs.). Además, las deliberaciones y votaciones del Tribunal se rigen por lo dispuesto en la LOPJ para las actuaciones judiciales (art. 14.2), siendo su Secretario el de Gobierno del Tribunal Supremo (art. 38 LOPJ), y su sede la propia del Tribunal Supremo (Disp. Ad. 4.ª, Ley Orgánica 6/1985). Por ello, en cierto sentido, la participación del Consejo de Estado a través de la presencia de sus Consejeros se judicializa. No es, pues, en sentido estricto, la presencia de la Administración en el órgano que decide.

Un rápido examen de la LOCJ de 1987 muestra el equilibrio de las posiciones de las partes tanto en la fase de planteamiento del conflicto como en la de resolución. En un procedimiento de esta naturaleza se distinguen, en efecto, dos fases: una primera en la que se traba el conflicto, bien porque uno y otro poder mantienen su competencia sobre un asunto determinado (conflicto positivo), bien porque uno y otro la niegan (conflicto negativo). Y una segunda en la que se resuelve por Sentencia del Tribunal.

A) En la primera fase, *planteamiento de un conflicto*, pueden darse, pues, dos supuestos:

a) Los conflictos de *carácter positivo* pueden promoverse por un órgano judicial o por un órgano administrativo. a') Cualquier juzgado o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede plantear directamente conflictos jurisdiccionales a la Administración, salvo los Juzgados de Paz, sobre cualquier asunto que no

esté resuelto por acto que ponga fin a la vía administrativa e incluso también en este caso cuando el conflicto verse sobre la competencia para la ejecución del acto. El juez formulará un «requerimiento de inhibición», esto es, la reclamación para sí del conocimiento del asunto y no una mera advertencia de la incompetencia del órgano administrativo; la Administración requerida deberá suspender el procedimiento, dar vista a los interesados y decidir si acepta o no el requerimiento. En este último caso elevará las actuaciones al Tribunal para su resolución. b) La Administración puede también promover un conflicto, a un Juzgado o Tribunal, pero no cualquier órgano administrativo sino sólo los que tienen atribuida esa competencia. El objeto del conflicto puede ser cualquier asunto judicial que no esté resuelto por auto o sentencia firme, a no ser que el conflicto se plantee con motivo de su ejecución. La Administración formulará un «oficio de inhibición» al Juzgado o Tribunal que conozca del asunto reclamándolo para sí. El órgano judicial deberá suspender el procedimiento y, oídas las partes y el Ministerio Fiscal, decidirá si mantiene o declina su jurisdicción. En el primer supuesto remitirá las actuaciones al Tribunal de Conflictos.

En ambos casos, pues, el órgano requerido debe suspender la tramitación del procedimiento hasta que se resuelva el conflicto y si no lo hace incurre en responsabilidad penal: «El Juez o Magistrado, la autoridad o el funcionario público que, legalmente requerido de inhibición, continuare procediendo sin esperar a que se decida el correspondiente conflicto jurisdiccional, salvo en los casos permitidos por la ley, será castigado con la pena de multa de tres a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año» (art. 509 CP de 1995)³².

b) Los conflictos *negativos* puede plantearlos cualquiera que viere rechazado un asunto de su interés tanto por el juez o Tribunal como por el órgano administrativo que el interesado estime competente. El conflicto lo formula el interesado mediante escrito debidamente documentado dirigido al Tribunal de Conflictos de Jurisdicción pero presentado ante el órgano jurisdic-

³² El Código Penal de 1995 ha recogido en su artículo 509 el delito antes tipificado en el artículo 279 del Código Penal de 1973, con alguna modificación. Sigue siendo uno de los delitos de «usurpación de atribuciones» pero ahora, como todos ellos, se incluye dentro del Capítulo de los delitos contra la división de poderes. Además se ha aclarado que el delito pueden cometerlo no sólo los funcionarios públicos o autoridades, sino también Magistrados, lo cual en la redacción de 1973 no estaba claro, salvo que el concepto de funcionario público (art. 119.2) se interpretara incluyendo a los jueces. Y la pena se agrava con la de inhabilitación especial.

cional que se hubiera declarado incompetente quien remitirá al Tribunal.

B) La resolución del conflicto se produce por sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, oído el Ministerio Fiscal y la Administración interviniente. La Sentencia declarará a quién corresponde la jurisdicción controvertida sin que pueda extenderse a cuestiones ajenas al conflicto jurisdiccional planteado. La Sentencia, irrecurrible salvo en amparo si procede, no implica, pues, decisión alguna sobre el fondo del asunto.

Este breve esquema del procedimiento establecido por la LOCJ de 1987 deja claro que el Consejo de Estado ha dejado de tener presencia directa en la resolución de los conflictos. Sus tres Consejeros Permanentes, elegidos por el Pleno del Consejo, asumen su función sin mandato ni representación alguna del Consejo de Estado ni de la Administración.

III

Examinado el fundamento histórico de la participación del Consejo de Estado en la resolución de los conflictos jurisdiccionales hay que preguntarse ahora si sólo en la historia, con ser muy importante, se encuentra la razón actual de esa participación.

Parece claro que la original configuración del sistema español de resolución de conflictos está muy determinada por sus antecedentes históricos. Pero aun así, el sistema no responde sólo a una razón histórica. También tiene una coherencia clara con su entorno constitucional y con la naturaleza de las cuestiones que aquí se plantean.

1. Es cierto que el Consejo de Estado se configura en la Constitución como un órgano consultivo (art. 107 CE) y que, por ello, los miembros que lo componen son designados para cumplir una función dictaminadora y no resolutive. Ello podría ser una objeción para que tres de sus miembros sean nombrados vocales del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales. Pero esta objeción no sólo no es importante, en ocasiones la función consultiva tiene carácter codecisor (dictámenes vinculantes), sino que más bien constituye una ventaja en la medida en que se pretende dar a los vocales del Tribunal una independencia cuasijudicial.

De la evolución histórica antes expuesta se deduce que el Tribunal no es —no debe ser— un órgano mediador en cuyo seno se pactan soluciones, sino un órgano que resuelve definitivamente en Derecho, sin recurso alguno, ni siquiera ante el Tribunal Constitucional salvo cuando se dan los supuestos del recurso de amparo (art. 20 LOCJ y Auto del Tribunal Constitucional de 20 de mayo de 1996). Siendo esto así, la presencia de tres Consejeros de Estado —con su peculiar estatuto personal— es coherente con la presencia de tres miembros de procedencia judicial.

Otras alternativas no son mejores que la elegida:

— Atribuir la competencia al Tribunal Constitucional, tal como se dibujaba en el debate parlamentario de la Constitución, hubiera sido, quizá, inadecuado a la naturaleza de estos conflictos que son no tanto constitucionales como de legalidad ordinaria. Ello no quiere decir que los conflictos jurisdiccionales sean ajenos a la división de poderes. El Código Penal de 1995 incluye entre los delitos contra la división de poderes la usurpación de atribuciones que se produce cuando un funcionario o un Juez o Tribunal, legalmente requerido de inhibición, continúa procediendo sin esperar a que se decida el correspondiente conflicto jurisdiccional (art. 509). Pero no toda infracción de las normas que se fundan en división de poderes implica una infracción directa de la Constitución. La gran mayoría de los antiguos Decretos de Competencias y de las actuales Sentencias versan sobre problemas de legalidad ordinaria. Encomendar su conocimiento al Tribunal Constitucional hubiera cargado aún más el trabajo de éste, lo que, dada la saturación de asuntos que padece, hubiera producido un retraso incompatible con la acción administrativa. Y la solución intermedia de atribuir la presidencia del Tribunal de Conflictos al Presidente del Tribunal Constitucional sería una solución perturbadora de las funciones del Presidente con el mismo inconveniente.

— Atribuir esta competencia al Tribunal Supremo implicaría una judicialización excesiva de la solución de los conflictos. Es cierto que, según la tesis que aquí se mantiene del carácter jurídico y no político de las cuestiones planteadas, el Tribunal Supremo podría resolverlas como cualesquiera otras que se le someten. No obstante, la participación de tres vocales Consejeros Permanentes de Estado equilibra la composición del órgano y contribuye al mejor conocimiento interno de las cuestiones planteadas.

Otra objeción, sin embargo, a la presencia de los tres Consejeros Permanentes de Estado ha sido la de que no proceden de los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas sino sólo del Consejo de Estado que es el supremo órgano consultivo del Gobierno (art. 107 CE, art. 1 LO 3/1980), razón por la que no representan a las Administraciones de las Comunidades Autónomas Pero esta objeción sólo sería importante si el sistema de resolución de conflictos no se inspirase en dos principios fundamentales que derivan de la Constitución, antes examinados: El principio de unidad jurisdiccional (art. 117 CE) que exige un órgano supremo de resolución de los conflictos de cualquier Administración con los órganos judiciales y el principio de Estado de Derecho (art. 1.º CE) que exige una solución jurídica y no política a los conflictos jurisdiccionales sobre asuntos concretos. Los Consejeros Permanentes de Estado no «representan» a la Administración General en el Tribunal de Conflictos, sino que asumen una función independiente sólo sujeta a Derecho. Cuestión distinta es la del criterio para designar a los Consejeros Permanentes de Estado y de la conveniencia, clara, dada la posición institucional del Consejo, de la presencia entre ellos de juristas formados en el Derecho público de las Comunidades Autónomas³³.

2. Si se examinan los asuntos que han provocado conflictos entre la Administración y los órganos judiciales antes y después de la creación del Tribunal de Conflictos se observa que existe un núcleo de materias similar y unos planteamientos

³³ Sobre la posición institucional del Consejo de Estado existe una amplia bibliografía recogida, hasta el año 1991, en el número 226 de esta Revista de *Documentación Administrativa* dedicada a la «función consultiva», con artículos de Jerónimo AROZAMENA, Ramón PARADA y Gumersindo TRUJILLO. Después se ha publicado el libro de Gerardo GARCÍA ÁLVAREZ *La función constitucional del Consejo de Estado*, Barcelona, 1966.

Sobre la relación entre el Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas véase: Ricardo ALONSO GARCÍA, *Consejo de Estado y elaboración de Reglamentos Estatales Autonómicos*, 1992; David Vicente BLANQUER, *Consejo de Estado y Autonomías*, Tecnos, 1994; Carlos RUIZ MIGUEL, *Consejo de Estado y Consejos Consultivos autonómicos*, Dykinson, 1995; Ernesto GARCÍA-TREVIANO, «Posición institucional del Consejo de Estado», *RAP* (122) 1990 y «La función consultiva de las administraciones públicas con especial referencia al Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas», *RAP* (133) 1994; Miguel BRAVO FERRER, «Consejo de Estado y Estado de Autonomías», *REDA* (60) 1988; María Teresa CARBALLEIRA RIVERA, «La intervención del Consejo de Estado en la elaboración de disposiciones generales autonómicas (STC 204/1992, de 26 de noviembre)», *RAP* (131) 1993; Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, «Nuevas consideraciones sobre la posición del Consejo de Estado en relación con las Comunidades Autónomas (Una reflexión a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de febrero y 6 de junio de 1988)», *REDA* (64) 1989; Juan Francisco MESTRE DELGADO, «Reglamentos Autonómicos y Consejo de Estado (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1988)», *REDA* (59) 1988; Leopoldo TOLIVAR ALAS, «El Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas», *REDA* (28) 1981.

especialmente técnicos jurídicos³⁴. Sólo excepcionalmente el conflicto alcanza relevancia política general (por ejemplo, el conflicto suscitado por la extradición solicitada por las embajadas en Madrid de los Estados Unidos de América y de la República de Colombia, resuelto el 20 de junio de 1986; o el conflicto suscitado por la solicitud de documentos del CESID, resuelto por Sentencia de 14 de diciembre de 1995). Pero incluso en estos casos, y en otros que afectan a derechos fundamentales (conflictos entre la Administración Penitenciaria y los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria) el fondo del conflicto es una delicada cuestión competencial de legalidad ordinaria aunque su decisión requiera especial prudencia y una visión general del funcionamiento de las instituciones del Estado, lo que queda claro en los estudios sistematizadores de los conflictos realizados por FRANCISCO MESTRE DELGADO³⁵ y por SANTIAGO ORTIZ NAVACERRADA³⁶.

En el sistema anterior, el Consejo de Estado mediante sus dictámenes logró formar un conjunto de principios y de criterios orientativos que ha sido asumido, dado su valor técnico, por el actual Tribunal de Conflictos. Como ha escrito Blanca LOZANO, «el Tribunal de Conflictos sigue, en general, las orientaciones de la jurisprudencia anterior, a la que cita en muchas ocasiones para fundamentar sus fallos siendo esta unidad de criterio posible gracias a la equilibrada actuación que desarrolló el Consejo de Estado cuya consulta constituía garantía evidente de acierto y fue, por lo general, respetada por el Jefe del Estado»³⁷. Y en el

³⁴ La *Revista de Administración Pública* dedicó desde su primer número (enero 1950) una sección a comentarios de los conflictos jurisdiccionales, de la que se hicieron cargo sucesivamente, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ (núms. 1 a 30), Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (núms. 31 a 44) y Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO (núms. 45 a 89 de 1979), quien también ha publicado una «Selección» de sus comentarios en IEA Madrid, 1976. La situación creada a partir de la «transición» política y la entrada en vigor de la Constitución de 1978 con relación a los conflictos la analiza Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO en el núm. 98 de 1982. Posteriormente, una crónica de Juan FRANCISCO MESTRE DELGADO («Crónica sobre la jurisprudencia reciente de Conflictos de Jurisdicción»), publicada en el número 138, completa esa sección hasta 1995. Una recopilación de las resoluciones dictadas entre 1948 y 1975 la ha publicado J. DOMPER FERRANDO (*Repertorio de la jurisprudencia de conflictos de jurisdicción*, Alcalá de Henares, 1978). Una recopilación de las sentencias dictadas a partir de la reforma introducida por la LOPJ 1985 (art. 38) hasta el año 1996 la ha publicado Santiago ORTIZ NAVACERRADA, *Conflictos de Jurisdicción*, Madrid, 1996. El texto de las Sentencias debe publicarse en el BOE (art. 17 LOCJ). También se recopilan, de forma muy irregular por el CGPJ.

³⁵ FRANCISCO MESTRE DELGADO, «Crónica sobre la jurisprudencia reciente de conflictos de Jurisdicción» *RAP*, 138, 1995.

³⁶ SANTIAGO ORTIZ NAVACERRADA, Secretario de Gobierno del Tribunal Supremo, *Conflictos de Jurisdicción, Doctrina y Jurisprudencia*, 1996.

³⁷ Blanca LOZANO, «Los conflictos entre la Administración y los Tribunales», *RAP* (118), 1989, pág. 217.

mismo sentido Juan LAVILLA³⁸. Ahora, el hilo conductor entre la doctrina del Consejo de Estado y el Tribunal de Conflictos se encuentra en los tres vocales Consejeros Permanentes de Estado, cuya presencia en este órgano está justificada también, pues, por una buena razón de técnica jurídica.

³⁸ Juan LAVILLA RUBIRA, «Prólogo» a la edición de la Editorial Tecnos de la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales, Madrid, 1987, pág. 45.

III. El Consejo de Estado como modelo básico de función consultiva

