

LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN ENTRE LA ADMINISTRACIÓN Y LOS TRIBUNALES. EVOLUCIÓN HISTÓRICA, ANÁLISIS Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

Jordi Aurich Taberner

Per citar o enllaçar aquest document:
Para citar o enlazar este documento:
Use this url to cite or link to this publication:

<http://hdl.handle.net/10803/675674>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



TESIS DOCTORAL

**LOS CONFLICTOS DE
JURISDICCIÓN ENTRE LA
ADMINISTRACIÓN Y LOS
TRIBUNALES**

*Evolución histórica, análisis y
propuestas de lege ferenda*

Autor: Jordi Aurich Taberner

Año 2021

Programa de Doctorado en Derecho, Economía y Empresa de la Universitat de Girona

Director: Guillermo Ormazábal Sánchez

Memoria presentada para optar al título de doctor por la Universitat de Girona

Guillermo Ormázabal Sánchez, director de la tesis, acredita que, hasta donde llega mi conocimiento, la tesis refleja fielmente el trabajo desarrollado por el doctorando, se ha elaborado siguiendo el Código de buenas prácticas de la Escuela de Doctorado y no contiene elementos plagiados.

A la Cristina, Paula i Martí, pel seu amor, temps robat i suport incondicional. Als meus pares per la formació i valors que m'han transmès, als meus sogres pel seu suport. Per l'amic Guillem, sense ell i els seus consells aquest treball no hagués estat possible.

RESUMEN

Los conflictos de jurisdicción, actualmente regulados en los artículos 38 a 41 de la LOPJ y en la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, suponen una *rara avis* en el sistema constitucional español, en concreto, debido al denominado Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, órgano de composición paritaria, presidido por el presidente del Tribunal Supremo compuesto por miembros del Poder judicial y del Consejo de Estado.

Dicho órgano jurisdiccional no está previsto en el texto constitucional por lo que, a priori, colisiona con el principio de unidad jurisdiccional, si bien, a lo largo de los años, no se ha discutido su existencia y la validez de sus decisiones. Dichas resoluciones, en sus más de 30 años de existencia, no han sido prolíficas en cuanto a su número, aunque, en ciertas ocasiones, han centrado la opinión pública en determinados y concretos asuntos.

En esta tesis se pretende, en primer lugar, definir el marco histórico, sus relaciones y la evolución jurídica de los sujetos en conflicto, esto es, los Juzgados y Tribunales y la Administración abarcando el período que se extiende desde el Antiguo régimen hasta el ordenamiento jurídico en vigor. En segundo lugar, se pretende comparar los conflictos jurisdiccionales con otros sistemas conflictuales internos y de derecho comparado y, tras ello, analizar la evolución histórica de dichos conflictos para finalizar con el estudio de la tramitación y del contenido de su regulación actual. Finalmente, llegamos al punto en el que pretendemos recapitular los diferentes aspectos estudiados para analizar críticamente la institución, así como poder ofrecer diversas propuestas de *lege ferenda* a los efectos de analizar las distintas posibilidades de atribución del cometido de dirimir los impropriadamente denominados conflictos de jurisdicción a favor de los órganos judiciales que integran el Poder judicial, en su atribución constitucional de control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa.

RESUM

Els conflictes de jurisdicció, actualment regulats als articles 38 a 41 de la LOPJ i a la Llei Orgànica 4/1987, de 15 de juliol, suposen una *rara avis* en el sistema constitucional espanyol, en concret, a causa del denominat Tribunal de

Conflictes de Jurisdicció, òrgan de composició paritària, presidit pel president del Tribunal Suprem i compost per membres del Poder judicial i del Consell d'Estat.

Aquest òrgan jurisdiccional no està previst en el text constitucional, per la qual cosa, a priori, col·lisiona amb el principi d'unitat jurisdiccional, si bé, al llarg dels anys, no se n'ha discutit ni la seva existència ni la validesa de les seves decisions. Aquestes resolucions, durant els més de 30 anys d'existència, no han estat prolífiques pel que fa al seu nombre, encara que, en certes ocasions, han centrat l'opinió pública en determinats i concrets assumptes.

En aquesta tesi es pretén, en primer lloc, definir el marc històric, les relacions i l'evolució jurídica dels subjectes en conflicte, és a dir, els Jutjats i Tribunals i l'Administració abastant el període que s'estén des de l'Antic règim fins a l'ordenament jurídic en vigor. En segon lloc, es pretén comparar els conflictes jurisdiccional amb altres sistemes conflictuals interns i de dret comparat i, després d'això, analitzar l'evolució històrica dels conflictes esmentats per finalitzar amb l'estudi de la tramitació i del contingut de la seva regulació actual. Finalment, arribem al punt on pretenem recapitular els diferents aspectes estudiats per analitzar críticament la institució, així com poder oferir diverses propostes de *lege ferenda* a l'efecte d'analitzar les diferents possibilitats d'atribució de la comesa de dirimir els impròpiament anomenats conflictes de jurisdicció a favor dels òrgans judicials que integren el poder judicial, en la seva atribució constitucional de control de la potestat reglamentària i de la legalitat de l'actuació administrativa.

ABSTRACT

Conflicts of jurisdiction, currently regulated in articles 38 to 41 of the LOPJ and in Organic Law 4/1987, of July 15, represent an oddity in the Spanish constitutional system, particularly due to the especial features of the so-called Court of Conflicts of Jurisdiction, a body, presided over by the President of the Supreme Court made up of members of the Judiciary and the Council of State.

This court is not provided for in the constitutional text and therefore, a priori, it collides with the principle of jurisdictional unity, although, over the years, its existence and the validity of its decisions have not been disputed. These resolutions, in their more than 30 years of existence, have not been prolific in terms of numbers, although, on certain occasions, the issues it has decided have strongly focused the public opinion.

In this thesis it is intended, first of all, to define the historical framework of the institution, its relationships and the legal evolution of the contending

parts, that is, the judicial Courts and Tribunals, on one hand, and the executory branch, on the other hand, covering the period that ranges from the Old Regime to the current legal system. Second, it is intended to compare jurisdictional conflicts with other internal conflictual systems and some others pertaining to foreign jurisdictions, whereupon the discussion will focus on the historical evolution of these conflicts, the preparatory parliamentary debates and the current regulations of the law. Eventually, we recapitulate the previous results and proceed to critically analyze the institution in order to offer some proposals *de lege ferenda* exposing different ways to attributing the task of resolving the improperly named conflicts of jurisdiction to the judiciary, which is the branch of government whom the attribution of control over the administrative rules and of the legality of the administrative activity is properly allocated.

ABREVIATURAS Y SIMBOLOS DE USO CORRIENTE

BOCG Boletín Oficial de las Cortes Generales.
CE Constitución Española.
CP Código Penal.
DOCG Diario de Sesiones de las Cortes Generales
FJ Fundamento Jurídico.
GRECO Grupo de Estados Contra la Corrupción
IEP Instituto de Estudios Políticos
LBRL Ley de Bases de Régimen Local
LEC Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LOCJ Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales.
LOPJ Ley Orgánica del Poder Judicial.
LOTCA Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
LPACAP Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
LRJCA Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa
LRJS Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC Tribunal Constitucional.
TCJ Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales.
TS Tribunal Supremo.
TSJ Tribunal Superior de Justicia.
RAP Revista de Administración Pública
REDA Revista Española de Derecho Administrativo
STC Sentencia del Tribunal Constitucional
STS Sentencia del Tribunal Supremo
STCJ Sentencia del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA.....	24
1.- INTRODUCCIÓN.....	25
2.-METODOLOGÍA.....	28
CAPÍTULO I. LA DIVISIÓN DE PODERES: DEL ANTIGUO RÉGIMEN A LA CONCEPCIÓN ACTUAL. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE EL PODER EJECUTIVO Y EL PODER JUDICIAL.....	32
1.- EL ANTIGUO RÉGIMEN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	34
1.1.- El Poder ejecutivo en el Antiguo Régimen.	
1.1.1.- Principio general: concentración de todos los poderes en el monarca.	
1.1.2.- Delegación de poder (los válidos), los oficiales y cargos del Estado.	
1.1.3.- Los Consejos y el régimen polisinodial.	
1.1.4.- El germen del Consejo de Ministros.	
1.2. El Poder judicial en el Antiguo Régimen.	
1.2.1. Superación de la justicia privada y paso a la justicia pública.	
1.2.2. El poder judicial de los Consejos y la estructura judicial.	
1.2.3. Jurisdicciones ordinarias y jurisdicciones especiales o privilegiadas.	
2.- LA REVOLUCIÓN FRANCESA COMO PUNTO DE INFLEXIÓN.....	47
3.- LA DIVISIÓN DE PODERES EN EL REINO UNIDO.....	56
4.- TRANSFORMACIÓN DE PODERES EN ITALIA.....	60
5.- SITUACIÓN ESPAÑOLA ANTE LA TRANSFORMACIÓN DE PODERES. EN PARTICULAR, EL LARGO CAMINO HASTA LA CONSOLIDACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA COMO RAMA ESPECIALIZADA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA.....	64

5.1. Evolución constitucional de la división de poderes (de 1812 hasta la actualidad).

5.2. Evolución de la separación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción contencioso-administrativa.

5.2.1. Introducción.

5.2.2. Administración activa y Administración jurisdiccional/Justicia retenida y justicia delegada.

5.2.3. El Tribunal contencioso-administrativo y las Diputaciones provinciales (1854-1856).

5.2.4. El Consejo de Estado (1856-1868).

5.2.5. La Sala especial del Tribunal Supremo y Audiencias provinciales (1868-1875).

5.2.6. El Consejo de Estado y las Comisiones provinciales (1875-1888).

5.2.7. Del sistema armónico o mixto (1888-1904) y el Tribunal contencioso-administrativo. De la Sección del Consejo de Estado a la sala especial del Tribunal Supremo.

5.2.8. La Sala especial del Tribunal Supremo (1956-actualidad).

CAPÍTULO II. LA POSICIÓN DE LOS PODERES EJECUTIVO Y JUDICIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL VIGENTE.....86

1.- INTRODUCCIÓN.....88

2.- PODER EJECUTIVO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....88

2.1.- El Poder ejecutivo en la Constitución Española de 1978.

2.2.- El concepto de Administración Pública.

2.3.- Las diferentes tipologías de Administraciones públicas.

2.4.- La posición de la Administración ante el ordenamiento jurídico (principio de legalidad).

2.5.- La posición de la Administración respecto los Tribunales de Justicia (la Autotutela administrativa), las potestades públicas de la Administración.

2.6.- Límites a las potestades públicas o a la aplicación del Derecho Administrativo.

2.6.1.- Actos de autoridad y actos de gestión.

2.6.2.- El servicio público.

2.6.3.- Criterio de la prerrogativa.

3.- EL PODER JUDICIAL (LOS TRIBUNALES).....112

3.1.- El poder judicial en la Constitución.

3.2.- Noción de potestad jurisdiccional.

3.3.- Ámbito de ejercicio de la potestad jurisdiccional.

3.4.- Los principios políticos de la jurisdicción. El principio de unidad jurisdiccional.

3.5.- La exclusividad jurisdiccional (monopolio judicial) y Autotutela.

3.5.1.- Monopolio estatal.

3.5.2.- Monopolio judicial.

3.5.3.- Sentido negativo de la exclusividad jurisdiccional y su relación con la autotutela administrativa.

3.6.- La organización del poder judicial.

CAPÍTULO III. DELIMITACIÓN DE LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN RESPECTO DE OTROS SISTEMAS CONFLICTUALES.....134

1.- LA POSICIÓN JURÍDICA DE LA ADMINISTRACIÓN COMO PUNTO DE PARTIDA DE LA REGULACIÓN DE LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN.....136

2.- PROBLEMAS TERMINOLÓGICOS ENTORNO A LA EXPRESIÓN “CONFLICTO DE JURISDICCIÓN”137

3.- OTROS SISTEMAS CONFLICTUALES ENTRE ÓRGANOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DIFERENTES DEL CONFLICTO DE JURISDICCIÓN.....139

3.1. Conflictos de atribución entre órganos del Estado. Breve referencia al Derecho comparado.

- 3.1.1. Los conflictos de atribución en el sistema jurídico español.
- 3.1.2. Breve referencia a los conflictos de atribución en otros ordenamientos jurídicos: el caso de Alemania e Italia.

3.2. Los conflictos de competencia.

3.3. El tratamiento procesal y administrativo de la falta de competencia.

- 3.3.1. El tratamiento de la falta de competencia en la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 3.3.2. El tratamiento de la falta de competencia en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.
- 3.3.3. El tratamiento de la falta de competencia en el orden jurisdiccional civil.
- 3.3.4. El tratamiento de la falta de competencia en el orden jurisdiccional penal.
- 3.3.5. El tratamiento de la falta de competencia en el orden jurisdiccional social.
- 3.3.6. El tratamiento de competencia entre órganos del mismo orden jurisdiccional.
- 3.3.7. La competencia en el ámbito administrativo.

CAPÍTULO IV. LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN: ANÁLISIS HISTÓRICO Y DE DERECHO COMPARADO.....155

**1.- PROBLEMÁTICA ENTORNO A SU DENOMINACIÓN. EL NOMBRE
NO HACE LA COSA.....157**

**2.- LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO FRANCÉS.....158**

2.1. Introducción.

2.2. Antecedentes de los conflictos de jurisdicción en el sistema jurídico francés.

2.3. Situación actual en el ordenamiento jurídico francés.

**3.- LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO ITALIANO.....175**

4.- EL SISTEMA DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PORTUGUÉS.....178

5.- DESARROLLO HISTÓRICO DE LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: DE LAS JUNTAS DE COMPETENCIAS A LA LOPJ Y A LA LEY ORGÁNICA 2/1987, DE 18 DE MAYO, DE CONFLICTOS JURISDICCIONALES.....179

5.1. La solución de conflictos entre Consejos, las Juntas de Competencias y la Junta General de Competencias (de 1625 a 1844).

5.2. Del Real Decreto de 6 de junio de 1844 a la Ley de 17 de julio de 1948.

5.3. La Ley de 17 de julio de 1948.

6.- LA REGULACIÓN EN LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL. TRAMITACIÓN Y APROBACIÓN.....205

7.- LA LEY ORGÁNICA 2/1987 DE 18 DE MAYO, DE CONFLICTOS JURISDICCIONALES. TRAMITACIÓN Y APROBACIÓN.....212

CAPÍTULO V. ANÁLISIS PORMENORIZADO DE LA REGULACIÓN VIGENTE DE LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN.....220

1.- AUSENCIA DE PREVISIÓN CONSTITUCIONAL DE UN TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN.....222

2.- SISTEMA DE PROPUESTA DE MIEMBROS DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN, SU COMPOSICIÓN.....225

3.- LA REGULACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 38 A 41 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL Y SU TRANSITORIEDAD HASTA LA APROBACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE CONFLICTOS JURISDICCIONALES DE 1987.....228

3.1. Objeto del conflicto.

3.2. Legitimación activa.

3.3. Legitimación pasiva.

3.4. Procedimiento.

3.5. Resolución.

4.- ANÁLISIS DE LA LEY ORGÁNICA DE CONFLICTOS JURISDICCIONALES DE 1987.....235

4.1. Estructura de la Ley.

4.2. Los conflictos positivos de jurisdicción: su ámbito subjetivo.

4.3. Delimitación del objeto del conflicto positivo de jurisdicción.

4.4. Ámbito subjetivo del conflicto positivo de jurisdicción.

4.4.1. Legitimación activa.

4.4.2. Legitimación pasiva.

4.5. El procedimiento en el conflicto positivo de jurisdicción.

4.5.1. Consideraciones generales.

4.5.2. Planteamiento del conflicto.

4.5.3. Oficio o requerimiento de inhibición.

4.5.4. El planteamiento formal del conflicto.

4.5.5. La resolución del conflicto.

4.6. Los conflictos negativos de jurisdicción.

4.6.1. Objeto del conflicto negativo.

4.6.2. Los sujetos del conflicto negativo.

4.6.3. El procedimiento del conflicto negativo.

4.6.4. La resolución del conflicto negativo.

4.7. Los recursos contra la resolución del conflicto positivo o negativo de jurisdicción.

4.8. Los conflictos entre la Juzgados y Tribunales y la jurisdicción militar.

4.9. Los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción militar y la Administración.

4.10. Los conflictos con la jurisdicción contable.

CAPÍTULO VI. ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES SOBRE LA ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN DESDE 1986 HASTA LA ACTUALIDAD.....292

1.- APROXIMACIÓN ESTADÍSTICA A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN (DESDE 1986 HASTA 2021) Y GRÁFICOS REPRESENTATIVOS.....294

2.- SELECCIÓN DE CIERTAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN ESPECIALMENTE RELEVANTES.....302

3.- EL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS JURISDICCIONALES.....312

4.- BREVE REFERENCIA LA COMPOSICIÓN PERSONAL DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS JURISDICCIONALES DESDE 1987 HASTA 202.....314

CAPÍTULO VII. RECAPITULACIÓN Y ANÁLISIS CRÍTICO DE LA INSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA.....318

1.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES Y TRASLACIÓN AL CASO ESPAÑOL.....320

2.- LA ADMINISTRACIÓN COMO SUJETO DE POTESTADES PÚBLICAS CASI JURISDICCIONALES.....321

3.- LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES COMO ÚNICOS SUJETOS CAPACES DE JUZGAR Y HACER EJECUTAR LO JUZGADO Y NECESIDAD DE PREVISIÓN CONSTITUCIONAL DE CUALQUIER JURISDICCIÓN ESPECIAL DISTINA A LA ORDINARIA.....322

4.- DE ÓRGANO COLEGIADO A TRIBUNAL DE CONFLICTOS.....323

5.- CARÁCTER JURISDICCIONAL DE LAS FUNCIONES ATRIBUIDAS AL TRIBUNAL DE CONFLICTOS Y ADECUACIÓN E IDONEIDAD DEL ESTATUTO PERSONAL DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS RESPECTO DE LOS REQUISITOS PREVISTOS EN LOS

TRATADOS Y EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UE O PROPUESTOS POR CIERTOS ORGANISMOS INTERNACIONALES EN RELACIÓN CON LA INDEPENDENCIA Y CON LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL.....323

6.- CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN, CONFLICTOS DE COMPETENCIAS O CONFLICTO DE ATRIBUCIONES.....338

7.- LA DENOMINACIÓN DEL TRIBUNAL.....339

8.- CONTRADICCIÓN ENTRE LA UBICACIÓN FÍSICA Y RÉGIMEN ECONÓMICO DEL TRIBUNAL Y LA NATURALEZA DEL MISMO...339

9.- RAÍCES DE LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS ENTRE ADMINISTRACIÓN Y JUECES Y TRIBUNALES.....340

10.- NÚMERO Y RELEVANCIA DE LOS ASUNTOS TRATADOS.....342

11.- ¿RESULTARÍA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL MÁS IDÓNEO QUE EL TRIBUNAL DE CONFLICTOS PARA ASUMIR SUS COMETIDOS?.....343

12.- IDONEIDAD DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA ABSORBER LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN.....345

13.- LA INTERVENCIÓN ADHESIVA O PROVOCADA DE UNA ADMINISTRACIÓN MECANISMO PROCESAL PARA DENUNCIAR INVASIONES COMPETENCIALES.....347

CONCLUSIONES.....350

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA CITADA.....358

BIBLIOGRAFÍA.....361

INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA

SUMARIO:

- 1.- INTRODUCCIÓN.*
- 2.- METODOLOGÍA.*

1.- INTRODUCCIÓN.

El presente y su tendencia natural dinámica nos empuja a mirar hacia adelante, hacia lo nuevo (big data, innovaciones tecnológicas, emprendedores, etc.) a girar de pantalla continuamente, deslizar el dedo sin esfuerzo para pasar a otro tema, pantalla u otra imagen que nos guste más, en definitiva, vivimos en una espiral dinámica de cambio y estímulo continuo.

Sin embargo, donde se halla la razón de lo que somos y de lo que, en gran medida, seremos es en la suma de los acontecimientos del pasado y como, paso a paso, hemos llegado en el punto en el que nos encontramos hoy en día y ello es así desde diferentes ópticas (sociales, políticas, naturales, etc.).¹

Las sociedades, las instituciones jurídicas y los estamentos públicos evolucionan, mutan y cambian de forma natural con elementos endógenos o bien mediante la intervención directa o indirecta de elementos exógenos (guerras, revoluciones, dictaduras e imposiciones) pero únicamente podremos atisbar o llegar a entrever lo que nos depara el futuro o, cuanto menos, comprenderlo analizando su sentido, las causas que lo produjeron, así como su positivización y evolución jurídica.²

¹ Decía el profesor DE MENDIZABAL ALLENDE, Rafael, en su artículo "El principio de unidad jurisdiccional y lo contencioso-administrativo" publicado en RAP, número 64, 1971, página 338 que: *"En efecto, la prospección histórica se maneja como instrumento de comprensión, con un talante dinámico y constructivo, ajeno a cualquier evasión erudita. Toda historia se hace siempre desde hoy, porque hoy es también historia, con sus problemas específicos cuyas soluciones puedan quizá encontrarse mejor si volvemos la vista atrás y sabemos obtener la enseñanza de nuestros propios errores, que en ellos consiste la experiencia."*

² Tal como citaba el profesor NIETO, Alejandro en la introducción a su magnífica obra "Estudios Históricos sobre Administración y Derecho", INAP, 1986: *"Según ahora se dice, el automovilista no puede conducir sin espejo retrovisor; pero sólo le es lícito lanzar rápidas ojeadas al mismo, sin perder la vista al frente: tal es el verdadero papel de las reflexiones históricas."* (...) *"Lo que sucede, en todo caso, es que la memoria histórica de los juristas o, al menos, de los estudiosos de la Administración y del Derecho Público, suele ser muy corta: obsesionados por el estruendo de la realidad cotidiana, y seducidos también por licores ideológicos de alto consumo, terminan olvidándose de esa otra realidad profunda que supervive a despecho de las intenciones de los reformadores. En los grandes ríos, las aguas superficiales se deslizan a un ritmo muy distinto -más rápido- que el de los caudales profundos, pero éstos son los que determinan el equilibrio físico y ecológico de los niveles superiores."*

Del mismo modo, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, en su obra "Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo", IEP, Madrid, 1955, páginas 7-9 dice: *"Las instituciones no son especies lógicas, sino precisamente arbitrios políticos (y, por ende, contruidos, eventuales, artificiosos) con los que una comunidad atiende a sus singulares exigencias de justicia. Por ello, sólo el campo totalizador de la Historia puede ilustrarnos sobre la efectiva función política y social de las instituciones. La conexión entre una sociedad y su Derecho, y, más en concreto, la relación*

Es por ello que el presente trabajo pretende elevar la visión, reducir el zoom sobre el mapa de determinadas instituciones jurídicas y analizarlas para después volver a ampliar el visionado de los denominados conflictos de jurisdicción entre Administración (o poder ejecutivo) y los Juzgados y Tribunales (o poder Judicial).

Asimismo, también se hace necesario rebobinar la cinta, pulsar el *fast backward* y mirar hacia atrás para comprender el porqué de la regulación actual y su sentido que, en su mayor parte, obedece a unas bases y tradiciones histórico jurídicas.

En efecto, el objetivo principal del presente trabajo es analizar el anterior y actual sistema de Conflictos de Jurisdicción plasmado en nuestro ordenamiento jurídico, en concreto en el Capítulo I del Título III, artículos 38 a 41 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como en la legislación que lo desarrolla (Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos de Jurisdicción), con especial atención a aquellos conflictos producidos entre Juzgados y Tribunales y Administración para poder determinar si su regulación es idónea o entendemos que debe ser objeto de modificación.

Para poder analizar el sistema de Conflictos de Jurisdicción debemos analizar los dos principales sujetos en conflicto, esto es, los Juzgados y Tribunales y la Administración, así como los dos poderes donde se hallan circunscritos, esto es, el poder judicial y el poder ejecutivo.

Para ello, deberemos recurrir a sus fundamentos históricos y teóricos, así como a ciertos conceptos básicos o elementales de las diferentes disciplinas jurídicas del Derecho Público y, en concreto, las que se corresponden con el Derecho Administrativo, el Derecho Procesal y el Derecho Constitucional.

Resultará básico profundizar en los orígenes, transformación, y las relaciones entre el poder judicial (Juzgados y Tribunales) y el poder ejecutivo (Administración), dejando de lado, en parte, el poder legislativo por tener escasa o nula, casi insignificante, relación con la cuestión objeto de estudio, así como los conflictos entre jurisdicción militar y contable por alejarse del foco estudiado que se basa en los poderes públicos del Estado. En todo caso, haremos una breve mención de ello para cerrar la cuadratura del círculo.

En la actualidad disponemos de un Estado cuyo Poder Judicial conforma uno de los tres poderes públicos, edificado sobre unos principios básicos y una

estructura-función y sus cambios constantes, referidas a cada una de las instituciones en particular, sólo por la Historia son reveladas."

configuración constitucional cuyo desarrollo se lleva a cabo a través de la ciencia jurisdiccional y, todo ello, con independencia respecto a los otros poderes del Estado. En dicho poder judicial existen unos órganos, auténticos titulares del ejercicio exclusivo de la potestad jurisdiccional, que son los Juzgados y los Tribunales.

Por otro lado, tenemos un Poder Ejecutivo en cuyo interior coexisten diversos órganos con funciones ejecutivas y en el que constitucionalmente se atribuye su titularidad al Gobierno que, necesariamente, se complementa mediante un aparato administrativo estatal, autonómico y local.

A mayor abundamiento, dicho poder ejecutivo dispone de una ventaja frente a los ciudadanos que le permite realizar actos que se presumen válidos, susceptibles de ejecución forzosa, poderes casi jurisdiccionales para algunos y plenamente jurisdiccionales para otros.³ Dicha facultad o poder se denomina Autotutela, si bien, la falta de plasmación constitucional concreta de dicho principio de Autotutela administrativa (sobre todo la ejecutiva siendo la declarativa en cierto modo inocua) se cubre mediante el reconocimiento implícito del Tribunal Constitucional (sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional número 22/1984, de 17 de febrero de 1984)⁴. Dicha ventaja, como no podía ser de otro modo, no es irrestricta sino que se limita, de forma natural, con la tutela cautelar en el ámbito del

³ En lo que atañe a la diferencia entre poderes cuasi jurisdiccionales y plenamente jurisdiccionales podemos acudir a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón en su "Curso de Derecho Administrativo" (capítulo IX página 529) donde remarcan que, si bien la potestad de Autotutela administrativa es administrativa y no jurisdiccional, si es cierto que su ejercicio comporta ciertas consecuencias que vienen a acercarla externamente a las potestades jurisdiccionales.

⁴ En el recurso número 59/1983 se solicitó el amparo del Tribunal Constitucional contra determinados actos y vía de hecho del Ayuntamiento de Murcia, en relación con el desalojo de una vivienda a consecuencia de una orden de derribo de la misma. El Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 4 de su sentencia estableció lo siguiente: *"La potestad de la Administración de autoejecución de las resoluciones y actos dictados por ella, se encuentra en nuestro Derecho positivo vigente legalmente reconocida y no puede considerarse que sea contraria a la Constitución. Es verdad que el art. 117.3 de la Constitución atribuye al monopolio de la potestad jurisdiccional consistente en ejecutar lo decidido a los Jueces y Tribunales establecidos en las Leyes, pero no es menos cierto que el art. 103 reconoce como uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse, el de eficacia «con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho». Significa ello una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia. Entre ellas, no cabe duda de que se puede encontrar la potestad de Autotutela o de autoejecución practicable genéricamente por cualquier Administración Pública con arreglo al art. 103 de la Constitución y por ende puede ser ejercida por las autoridades municipales, pues, aun cuando el art. 140 de la Constitución establece la autonomía de los municipios, la administración municipal es una administración pública en el sentido del antes referido art. 103."*

procedimiento administrativo y, posteriormente en el ámbito de la vía jurisdiccional, tutela cautelar que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva de nuestra Carta Magna.

En el presente trabajo se pone especial énfasis en analizar la relación entre dichos poderes, el judicial y el ejecutivo, esto es, los Juzgados y Tribunales y la Administración. A ello nos referiremos y dedicaremos más adelante nuestros esfuerzos, analizando los orígenes y el necesario contrapeso, así como la solución o cláusula de cierre que ofrece nuestro ordenamiento jurídico a las confrontaciones entre aquellos órganos.

Empezamos por el análisis del camino que se ha seguido hasta la conformación de dichos poderes públicos, así como su delimitación puesto que el mismo no ha sido ni corto ni pacífico y da lugar, aún hoy en día, a múltiples análisis e investigaciones.

2.- METODOLOGÍA.

La metodología utilizada para alcanzar los objetivos de la investigación, tal y como se argumentó en el plan de investigación, es la investigación jurídica, esto es, se fundamenta en sus objetivos, métodos jurídicos a utilizar, así como el problema de investigación y sus correspondientes hipótesis.

Dichas hipótesis parten de la premisa que en nuestro ordenamiento jurídico existe, por un lado, la institución de la Autotutela administrativa (que se parapeta bajo el principio de eficacia del artículo 103.1 CE), que se ejerce por parte de las administraciones públicas y que les otorga el poder de tutelar por sí mismas sus derechos e intereses y, por otro lado, que todos sus actos están sujetos a los Tribunales (artículo 106 CE) y, asimismo, que corresponde a los Juzgados y Tribunales el monopolio del ejercicio de la potestad jurisdiccional (artículo 117.3 CE) bajo el principio de unidad jurisdiccional (artículo 117.5 CE) por lo tanto nos preguntamos: ¿Es necesario un órgano de composición paritaria no previsto en la Constitución Española con la finalidad de dirimir los conflictos de jurisdicción entre el poder judicial y la Administración y que, así mismo, dicho órgano esté fuera del poder judicial?

Los objetivos de la investigación no son otros que profundizar en un aspecto poco analizado desde el ámbito teórico y que tiene un alto componente práctico.

En definitiva, se trata de analizar la necesidad de este órgano paritario que choca con los principios de unidad y exclusividad jurisdiccional y que actualmente, según su base teórica y legislativa, se encuentra fuera de la

estructura del poder judicial así como proponer una alternativa que encaje con la estructura constitucional y con los principios enumerados.

En concreto, las respuestas que trataremos de resolver son las siguientes:

¿En el momento social y jurídico actual es necesario un órgano situado fuera de la organización jurisdiccional que resuelva este tipo de conflictos?

¿No están capacitados los órganos jurisdiccionales para resolver estos conflictos?

¿No existe suficiente confianza del Estado en el poder judicial para otorgarles esta potestad?

¿Sería suficiente una sala específica del Tribunal Supremo para resolver estos conflictos eminentemente de carácter técnico-jurídico?

¿Habría que atribuir al Tribunal Constitucional el poder resolutorio entre ambos poderes del Estado?

En cierto modo, el método utilizado podemos resumirlo de la siguiente manera:

- Búsqueda de los fundamentos teóricos de la tesis.
- Búsqueda de los antecedentes históricos de los conflictos entre poderes del estado.
- Estudio y análisis de los trabajos realizados sobre los siguientes aspectos:
 - o Potestad jurisdiccional
 - o Unidad jurisdiccional
 - o Exclusividad
 - o Autotutela administrativa y sus límites
 - o Conflictos entre poderes de los estados.
- Análisis crítico final, y compendio de la jurisprudencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción.

CAPÍTULO I

La división de poderes: del Antiguo Régimen a la concepción actual. En especial en relación al poder ejecutivo y al poder judicial.

“Una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución”

Artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789

SUMARIO:

1.- EL ANTIGUO RÉGIMEN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. 1.1.- El Poder ejecutivo en el Antiguo Régimen. 1.1.1.- Principio general: concentración de todos los poderes en el monarca. 1.1.2.- Delegación de poder (los válidos), los oficiales y cargos del Estado. 1.1.3.- Los Consejos y el régimen polisinodial. 1.1.4.- El germen del Consejo de Ministros. 1.2.- El Poder judicial en el Antiguo Régimen. 1.2.1.- Superación de la justicia privada y paso a la justicia pública. 1.2.2.- El poder judicial de los Consejos y la estructura judicial. 1.2.3.- Jurisdicciones ordinarias y jurisdicciones especiales o privilegiadas.

2.- LA REVOLUCIÓN FRANCESA COMO PUNTO DE INFLEXIÓN.

3.- LA DIVISIÓN DE PODERES EN EL REINO UNIDO.

4.- TRANSFORMACIÓN DE PODERES EN ITALIA.

5.- SITUACIÓN ESPAÑOLA ANTE LA TRANSFORMACIÓN DE PODERES. EN PARTICULAR, EL LARGO CAMINO HASTA LA CONSOLIDACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA COMO RAMA ESPECIALIZADA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA. 5.1.- Evolución constitucional de la división de poderes (de 1812 hasta la actualidad). 5.2.- Evolución de la separación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción contencioso-administrativa. 5.2.1.- Introducción. 5.2.2.- Administración activa y Administración jurisdiccional/Justicia retenida y justicia delegada. 5.2.3.- El Tribunal contencioso-administrativo y las Diputaciones provinciales (1854-1856). 5.2.4.- El Consejo de Estado (1856-1868). 5.2.5.- La Sala especial del Tribunal Supremo y Audiencias provinciales (1868-1875). 5.2.6.- El Consejo de Estado y las Comisiones provinciales (1875-1888). 5.2.7.- Del sistema armónico o mixto (1888-1904) y el Tribunal contencioso-administrativo. De la Sección del Consejo de Estado a la sala especial del Tribunal Supremo. 5.2.8.- La Sala especial del Tribunal Supremo (1956-actualidad).

1.- PUNTO DE PARTIDA. EL ANTIGUO RÉGIMEN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

Podríamos ahondar hasta el principio de los tiempos y analizar una por una las diferentes épocas y cambios sociales para llegar, en definitiva, a un punto básico de encuentro, esto es, la situación actual de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial en el mundo y, en especial, en nuestro ordenamiento jurídico.

Si bien dicha opción es atractiva a los efectos científicos e históricos resultaría una obra de enorme extensión o, en palabras del profesor Alejandro Nieto, *“el resultado sería pura erudición histórica, que en nada ayudaría a la inteligencia de la situación actual”*⁵ y, por lo tanto, se hace necesario reducir el ámbito de aplicación de estudio para poder centralizar y enfocar correctamente el verdadero objeto del presente trabajo; por ello, el punto de partida histórico escogido es el Antiguo Régimen si bien nos referiremos, de forma puntual, a estadios anteriores (en especial, a la Baja Edad Media).⁶

En efecto, el Antiguo régimen, definición acuñada en los albores de la Revolución francesa⁷, se trasladó a España si bien, tal y como hemos indicado, en ciertos puntos y para situar los antecedentes de ciertas instituciones, acudiremos a épocas anteriores.

Por ello, se puede llegar a concluir que la unión mediante matrimonio de la heredera de la corona de Castilla, Isabel, con el heredero de la corona de

⁵ NIETO, Alejandro, “Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España”, Revista de Administración Pública, número 50, 1966.

⁶ El punto de partida del Antiguo Régimen es el utilizado por numerosos estudiosos, así: NIETO, Alejandro, op.cit. página 28; GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, Vol I, páginas 498 a 503; GARRIDO FALLA, Fernando, “La evolución del recurso contencioso-administrativo en España”, RAP número 55, 1968; LOZANO, Blanca, “Los conflictos entre la Administración y los Tribunales”, RAP número 118, enero-abril 1989; PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, “Los conflictos entre la Administración y los Tribunales”, página 556 y 557, RAP número 84, 1977.

Por otro lado, necesariamente deberemos mirar más allá del Antiguo Régimen, el motivo no es otro, tal y como cita el profesor TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, en su “Manual de Historia del Derecho” (Tecnos, 4ª edición de 1983, página 401) cita a PROUST, Marcel al decir: *“se llama antiguo régimen aquello de lo que sólo se ha podido conocer el final”*.

⁷ Si bien dicha denominación es utilizada desde los principios de la Revolución francesa su fijación en el tiempo debe atribuirse a DE TOCQUEVILLE, Alexis y a su obra “El Antiguo Régimen y la Revolución” de 1856 en el que analiza el período anterior y posterior de la revolución.

Aragón, Fernando, el 19 de octubre de 1469, abrió el camino a la unidad política peninsular y al Estado de los tiempos modernos.⁸

En igual forma, dicho período finalizó y dio lugar al inicio del régimen liberal y al estado constitucional, tomando como partida los hechos de marzo de 1808 (motín de Aranjuez) y la promulgación de la Constitución de Cádiz de fecha 19 de marzo de 1812 que liquidaba el Antiguo Régimen.⁹

El período situado entre ambas fechas tuvo como denominador común el absolutismo monárquico si bien no fue hasta el siglo XVII en que la monarquía alcanzó la plenitud de su poder.¹⁰

Tal y como se ha apuntado, no podemos hablar de poderes sin antes mirar atrás en el tiempo y conocer su origen para trazar el camino que se ha seguido

⁸ Dicha afirmación fue recogida por ESCUDERO, José Antonio en su "Curso de Historia del Derecho" Madrid, segunda edición 1995 (página 619). Asimismo, según TOMÁS Y VALIENTE, Francisco en "Manual de Historia del Derecho Español", Tecnos 1983, 4ª edición, (página 282) afirma que "*Hay un solo Estado, una sola Monarquía, un solo soberano. Pero hay diversidad de reinos y de sistemas jurídicos.*" Por lo tanto, hay una "*compleja y radical realidad (unidad de la Monarquía, diversidad de los reinos)*" que provoca un trasvase de instituciones entre reinos, una tentación unificadora y el enfrentamiento entre los reinos y el monarca en función a su respectiva forma de entender el poder real y el Derecho de los reinos.

Del mismo modo, el profesor GARCÍA-GALLO, Alfonso, en su obra "El origen y la evolución del Derecho. Manual de Historia del Derecho Español", Madrid 1984, epígrafe 1119, establece que la unión de "tierras" sometidas a un mismo príncipe con el tiempo llegan a constituir una unidad y una entidad política.

⁹ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco "Manual de Historia del Derecho Español", Tecnos 1983, 4ª edición, (página 404) también toma como punto de partida el año 1808 y afirma que en España hubo revolución burguesa si bien la misma se llevó a cabo no según las pautas del modelo francés, ni tampoco obedeciendo a los criterios y normas de un supuesto "tipo ideal" de revolución, sino que tuvo sus fases o etapas con un proceso discontinuo e intermitente con bruscas mutaciones estructurales.

GARCÍA-GALLO, Alfonso, en su "Manual de Historia del Derecho Español", Madrid, 1984, (página 844) también sitúa el año 1808 como punto de partida de la crisis del antiguo régimen y del proceso discontinuo "*Si bien éste es abolido de 1814 a 1820 y de nuevo 1823 -restableciéndose el Antiguo Régimen-, aquél se abre paso desde 1833 y llega hasta nuestros días, aunque no sin que en él se operen cambios importantes.*"

¹⁰ ESCUDERO, José Antonio, "Curso de Historia del Derecho", Madrid, segunda edición 1995, (página 619). En relación a la plenitud del poder real TOMÁS Y VALIENTE, Francisco en su "Manual de Historia del Derecho Español", Tecnos 1983, 4ª edición, (página 369 y 370) afirma que el poder real en el siglo XVIII se acercó al "poderío real absoluto" que desde cuatro siglos antes defendieron reyes, juristas y teóricos de la política cuya manifestación principal fue la creación del Derecho emanado única y exclusivamente del rey y de las instituciones dependientes de él.

para su conformación en un momento histórico concreto si bien, en ciertos puntos, en relación a su ejecución mediante la aplicación de ciertas instituciones jurídicas, debemos tener en cuenta que dichas instituciones jurídicas *“no son como las naves que presentan una misma apariencia al inicio y al final de su trayecto, sino que semejan más bien a las nubes, que los vientos y la atmósfera van progresivamente configurando a su manera.”*¹¹

En lo que atañe a la separación, conformación o transformación de poderes, no a su nacimiento o configuración histórica, materia cuyo estudio y desarrollo serían necesarios varios trabajos como el presente, partimos del Antiguo Régimen por ser la época cuyo fin marca un hito y en la que en su declive nace, se desarrollan y se llevan a la práctica las teorías de la transformación de poderes hasta su concepción teórica y práctica actual.

Asimismo, tal y como hemos advertido, debemos tener en cuenta diferentes momentos históricos anteriores, como el del reinado de los Reyes Católicos (1469-1516), cuya unión, a su vez, unificó políticamente diversos reinos que mantuvieron sus leyes, Cortes y demás instituciones de gobierno así como, en una época posterior, el reinado de la Casa de Austria que supone una ordenación del aparato político-administrativo para administrar el Imperio hasta su declive.¹²

También debemos citar la entrada de la dinastía de los Borbón (tras la Guerra de Sucesión) así como la entrada de la Ilustración y los posteriores enfrentamientos internos que, entre otros, dieron lugar a los Decretos de Nueva Planta.¹³

¹¹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “Unidad de Jurisdicción para la Administración Pública”, RAP número 49, enero-abril 1966, página 145.

¹² ESCUDERO, José Antonio, Op. citada página 620 a 624 o VVAA, coordinadores LORENTE, Marta y VALLEJO, Jesús “Manual de Historia del Derecho”, Tirant lo Blanch, Valencia 2012 (página 180).

¹³ Dichos Decretos dotaron de una nueva organización o planta a diferentes organismos y tribunales, entre los Decretos podemos citar el primero de 29 de junio de 1707 de Valencia y Aragón, el de 3 de abril de 1711, de 27 de junio de 1711 y, en especial, el destinado a Catalunya, el Decreto de 15 de enero de 1716. Según el profesor GARCÍA GALLO, Alfonso, en su obra “Manual de Historia del Derecho Español”, Madrid, 1984, (página 691): *“Como la rebeldía de la Corona de Aragón sólo cesa al ser ocupados los Reinos por las armas -, el derecho de éste sobre tales Reinos no supone una continuación del que tuvo anteriormente, sino que nace de la conquista; por ello, es absoluto y sin limitación alguna.”*

El profesor TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “Manual de Historia del Derecho Español”, Tecnos 1983, 4ª edición, (página 371) efectúa un análisis de cada uno de los Decretos y, con anterioridad, dice: *“Felipe V, como consecuencia de la victoria y como represalia contra la oposición bélica de los territorios de la Corona de Aragón, procedió a la extirpación de sus ordenamientos*

A pesar de los múltiples reinos, señoríos y territorios el gobierno se mantuvo único y bajo una misma monarquía si bien, con distinta intensidad y poder a lo largo de los diferentes períodos.¹⁴

Se hace necesario diferenciar entre la situación del poder ejecutivo y del poder judicial en el Antiguo Régimen a pesar que, como veremos, los mismos se situaban prácticamente bajo las órdenes del mismo estamento si bien con características que los hacían diferentes entre sí.

1.1 El Poder ejecutivo en el Antiguo Régimen:

1.1.1 Principio general: concentración de todos los poderes en el monarca.

Tal y como hemos reiterado, los poderes en el Antiguo Régimen residen, en todo caso, en la figura del monarca, dicho principio regirá en todo el período si bien, como veremos, dicho principio será matizado en el momento en que las necesidades regias así lo requieran (ya sea por inoperancia, imposibilidad o renuencia del propio monarca).¹⁵

Los monarcas del Antiguo Régimen, al igual que en la España Medieval, concentraban para sí los poderes de legislar, administrar e impartir justicia, dichos poderes se ejercían con amplia discrecionalidad si bien, para ser justos, su construcción no fue estática, puesto que el monarca se ve envuelto de ciertos individuos que intentan y, en ciertas ocasiones, consiguen influir en el poder real (así, podemos poner algunos ejemplos nominativos de gran

jurídicos. Lo que no hizo Felipe IV ante una rebelión separatista, lo llevó a cabo el primer rey de la dinastía Borbón tras una querrela dinástica."

¹⁴ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, "Manual de Historia del Derecho Español", Tecnos 1983, 4ª edición, (página 370): "desde la unión de las Coronas de Aragón y Castilla se mantuvo el difícil equilibrio entre la unidad de las Monarquía y la diversidad de los reinos y de sus respectivos ordenamientos jurídicos."

¹⁵ Se hace preciso indicar, tal y como lo hace el profesor NIETO, Alejandro en su libro "Historia del Derecho", (página 94): "Es un lugar común afirmar que en el Antiguo Régimen existía una confusión de «poderes» expresada en una indiferenciación orgánica de los mismos: tanto en el nivel supremo del Monarca, donde se concentraban todos los poderes públicos (normativos, jurisdiccionales y administrativos) como en las instancias intermedias e inferiores de la organización central y territorial. Esta tesis debe seguirse manteniendo, puesto que se apoya en datos fácilmente verificables y porque explica además la reacción contraria -nacida en la Ilustración y coronada en el siglo siguiente-, que, sin este punto de partida, carecería de sentido. Ahora bien, dicha indiferenciación dista mucho de la confusión rudimentaria que suele atribuirse al aparato político administrativo del Antiguo Régimen, dado que, si se le examina con alguna atención, se aprecian en él signos diferenciadores muy notables, que de ordinario suelen ser pasados por alto."

relevancia histórica como el Duque de Uceda o el Conde Duque de Olivares).¹⁶

1.1.2 Delegación del poder (los válidos), los oficiales y cargos del Estado.

Asimismo, si bien ya desde la Edad Media, se ejercía la delegación de poder con carácter esporádico (que recibían la denominación de Privados o Validos¹⁷) no es hasta el siglo XVII que dicha figura cobra especial interés puesto que se institucionalizan ciertas prácticas de delegación a favor de los validos o una suerte de gobierno primitivo que, aun así, no disponían, como no podía ser de otra manera, de la titularidad formal del poder ejecutivo.¹⁸

¹⁶ El Duque de Uceda fue valido bajo el reinado de Felipe III en el siglo XVII, el Conde Duque de Olivares fue valido en el reinado de Felipe IV. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco en su "Manual de Historia del Derecho Español", Tecnos 1983, 4ª edición, (página 283) cita los intentos del conde duque de Olivares de convencer a Felipe IV de cómo debe gobernar y comportarse con los diferentes estamentos sociales y con los distintos reinos de España y aconseja explícitamente la unificación del Derecho sobre la base del de Castilla, dicha tentación unificadora no prosperaría hasta finales del siglo XVII.

¹⁷ Según ESCUDERO, José Antonio en su "Curso de Historia del Derecho" (página 519) el Rey es la suprema autoridad en el orden político y a él corresponde el ejercicio del gobierno si bien las ausencias del monarca (por viajes o guerras) o el peso de la gestión pública (indolencia de los reyes, presión de nobles o por amistad) facilitan la delegación de hecho del poder en alguien que aparece como privado o valido; en el mismo sentido el mismo autor en la obra "Estudios de Historia del Derecho", BOE, 2016, (página 46) dice: "*Volviendo al paisaje del Antiguo Régimen, objeto de este libro, hay que recordar que Validos y Privados existen en España en todo tiempo; en los siglos medievales, y en los modernos de Austrias y Borbones. Ahora bien, lo que en distintas centurias y reinados aparece de forma ocasional y episódica, en el siglo XVII cobra contornos institucionales precisos, sucediéndose unos Validos a otros de forma regular y metódica a tenor de parámetros que se repiten una vez y otra.*"

¹⁸ ESCUDERO, José Antonio en "Curso de Historia del Derecho" relata (página 723) cómo bajo el reinado de Felipe III fueron beneficiarios de dicha función los duques de Lerma y Uceda, con Felipe IV fue Baltasar de Zúñiga y después el Conde Duque de Olivares y Luis de Haro, con Carlos II le siguieron Nithard, Fernando de Valenzuela, Juan José de Austria, Medinaceli y Oropesa. Por otro lado, el mismo ESCUDERO, José Antonio en su obra citada "Estudios de Historia del Derecho" (página 53) establece que en relación a la figura del valimiento: "*La tesis, lo que cabe afirmar y constatar, es que ser Valido –como ser amigo del rey, o, mejor dicho, como ser único gran amigo del rey– es un fenómeno de hecho, extrainstitucional, aunque luego se proyecte a dirigir la maquinaria del Estado. Por eso no hay título de Valido, ni el Valido como tal tiene sueldo ni rango determinado en la Administración pública que dirige, ni figura como tal en el sistema de precedencias u honores. Todo eso les corresponde a quienes ostentan el valimiento en función del otro cargo concreto que desempeñan –Condestable, Sumiller, Consejero o Secretario de Estado, etc.–, pero no en función de ser Validos.*" Así como "*Tras una precisión elemental, la de que en la terminología del Estado moderno en España hay una acepción genérica de ministro –de ministrare, esto es, de servir un cargo u oficio– y otra técnica que se corresponde con los Secretarios del Despacho que ocupan la cúspide de la Administración Central a partir del xviii, hay que señalar que los Validos fueron ocasionalmente y desde el principio calificados como ministros, debiendo ser entendido ese calificativo como genérico habida cuenta de que en el xvii sólo existe el llamado sistema*

Dichas autoridades que recibían el favor real tuvieron su fin en el año 1677 siendo los validos designados con posterioridad a dicha fecha (Medinaceli y Oropesa) fruto de las presiones de partidos y camarillas y, en definitiva, el valimiento, según José Antonio Escudero: *“anticipa históricamente una realidad ulterior de las monarquías constitucionales: el principio de que el rey reina pero no gobierna. Reinan Felipe III, Felipe IV y Carlos II. Gobiernan casi siempre los válidos y quienes luego, sin serlo, según las razones expuestas, dirigen de hecho la maquinaria del Estado.”*¹⁹

Por otro lado, también con anterioridad al Antiguo Régimen, la Administración, encabezada por el monarca y con los válidos a su lado, recibe el auxilio a nivel central, territorial o local por funcionarios de índole diversa que reciben la denominación general de oficiales que, a su vez, son objeto de control de su gestión a través de las pesquisas y visitas²⁰, dichos oficiales siguieron y crecieron en los años posteriores con una estructura administrativa más compleja y con los mismos sistemas de control.²¹

polisinodial o de Consejos, y de que el ministerial, de Secretarios del Despacho o ministros aparecerá después.”

Asimismo, TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, en su obra *“Los validos en la monarquía española del siglo XVII”*, siglo XXI editores, Madrid 1982, establece que Felipe III, desde los primeros días de su reinado, entrega el mando de la monarquía a su privado y favorito el duque de Lerma y, desde entonces, hasta casi el final del siglo XVII, cambiarán los validos sucediéndose unos a otros casi con la misma continuidad con que se suceden los reyes; salvo muy contadas y cortas excepciones, siempre habrá junto al rey un valido.

¹⁹ ESCUDERO, José Antonio, *“Curso de Historia del Derecho”*, (página 724). Dicha postura se certifica con el estudio de la institución por parte del profesor TOMÁS Y VALIENTE, Francisco en su obra *“Los validos en la monarquía española del siglo XVII”*, siglo XXI editores, Madrid 1982 (página 29) donde establece que con la caída de Fernando de Valenzuela - en enero de 1677 con empleo de la violencia y de la coacción de los nobles y de Juan de Austria- termina la serie de los validos del siglo XVII así como argumenta que Medinaceli u Oropesa no pueden considerarse validos del Rey.

²⁰ ESCUDERO, José Antonio, *“Curso de Historia del Derecho”*, (página 549 y 551) la Administración del Estado: Administración central y en cuanto al funcionamiento de las pesquisas y la visita.

²¹ A modo de ejemplo podemos citar la distinción que efectúa TOMÁS Y VALIENTE, Francisco en su obra *“Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen”*, Alianza Editorial, 1982, entre los oficios en Castilla y los diferenciaba entre los oficios de poder (regidores, alférez mayor, jurados, procuradores municipales...), oficios de pluma (escribanos y notarios de todo tipo) y oficios de dinero (fieles ejecutores, tesoreros, receptores de rentas, corredores de cambio...), dicha separación es citada, a su vez, por ESCUDERO, José Antonio, en su *“Curso de Historia del Derecho”*, (página 736).

La mayor complejidad y aumento de funciones de dichos oficiales y de la proyección de la actividad del estado moderno, aunque se reduzca a las funciones de gobierno y justicia, necesitan ahora delimitar sus competencias o atribuciones tarea que no fue simple y no exenta de conflictos.²²

Subordinados al monarca, y posteriormente también a los válidos, estaban diferentes autoridades designadas por el mismo monarca que desarrollaban cargos en la Administración central del Estado como los Secretarios de Estado y los secretarios privados o particulares que en la administración central realizaban un papel de primer orden en la consolidación del aparato administrativo central.²³

El profesor García de Enterría sitúa en ese momento, en el desarrollo de las funciones administrativas a partir de la Edad Moderna, la creación o destacamiento de autoridades nuevas de diferente tipo a quien se le encarga la gestión sectorial y completa de un servicio que se denominan “jueces privativos”.²⁴

²² El profesor ESCUDERO, José Antonio, “Curso de Historia del Derecho”, (página 735), diferencia el fin primario del Estado medieval (la realización y el mantenimiento de la justicia) del fin del Estado moderno (reductible a gobierno y justicia) que, necesariamente, deben diferenciarse para delimitar las competencias de los órganos que debían atenderlos.

²³ Destacan los Secretarios del Consejo de Estado y los secretarios privados y el de Despacho Universal, ESCUDERO, José Antonio, en su “Curso de Historia del Derecho” (páginas 744 a 747) o tal y como apunta GARCÍA-GALLO, Alfonso en su “Manual de Historia de Derecho Español”, Madrid, 1984, (epígrafe 1389): *“La complicación de las tareas del gobierno y policía hace que en el siglo XVIII la acción personal de los reyes se retraiga y que la dirección efectiva se confíe a los secretarios de despacho o ministros, que actúan con iniciativa y cierta independencia, aunque oficialmente, siempre de real orden.”*

Del mismo modo, MONTANOS FERRIN, Emma y SÁNCHEZ-ARCILLA, José, en su obra “Historia del Derecho y de las Instituciones”, Madrid, 1991, (página 353) afirman que la instauración de los válidos había supuesto el oscurecimiento del Secretario de Estado que pierde la amistad y confianza que disfrutaba del monarca -que pasa ahora a válido- e incluso, sus competencias dentro del Consejo, pero, si bien el válido le sustituyó en el “despacho de boca”, nunca llevó a cabo la tarea material de recepción y contestación de escritos reales por lo que, ante el aumento de la documentación y tareas por atender, llevó a Felipe IV a designar como secretario privado para ese “despacho” a un hombre experto en dichas tareas que, a lo largo, se instituiría como “Secretario del despacho” a finales del siglo XVII.

²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, Volumen I, Capítulo IX, (páginas 500 y 501). Merece especial atención el hecho que los oficios que implicaban actuaciones jurisdiccionales, a diferencia del resto, no se vendían, así lo analizó el profesor TOMÁS Y VALIENTE, Francisco en su obra “Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen”, Alianza Editorial, 1982, (página 162).

Más adelante, el profesor José Ramón Parada Vázquez desarrollará dichos servicios y pasará a considerarlos como “jueces administrativos de excepción”.²⁵

1.1.3. Los Consejos y el régimen polisinodial.

A su vez, después de la unión de los reinos, el monarca precisa de órganos propios y generales de administración y gobierno, distintos de los existentes en los diferentes reinos, así aparecen los Consejos como entidad administrativa autónoma de la Administración central compuestos mediante una red de organismos colegiados, algunos de nueva creación y otros heredados de épocas anteriores.²⁶

Dichos Consejos, con competencias administrativas y judiciales, entre otras, conforman el denominado régimen polisinodial o de consejos que articula una administración central del reino con residencia en la Corte.²⁷

El motivo de la creación de dicho sistema de gobierno polisinodial fue la especial configuración territorial ibérica, así como la imposibilidad práctica de una Administración central de carácter unitario con competencia sobre todos y cada uno de los territorios en la monarquía de España de los siglos XVI y XVII que, como sabemos, tenía una formación política plural en la que

²⁵ En el célebre artículo “Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso” de la RAP, número 55 de 1966, página 83 a 88 y que suscitó la respuesta del profesor NIETO, Alejandro en la misma revista: “Sobre la tesis de Parada en relación a los orígenes de lo contencioso-administrativo” RAP 57, de 1968, (páginas 30 y ss.).

²⁶ ESCUDERO, José Antonio, “Curso de Historia de Derecho”, Madrid, 1995, segunda edición, (página 739), este es el caso del Consejo de Castilla establecido por Juan I en las Cortes de Valladolid de 1385 que se convirtió en el consejo real por antonomasia tal y como afirma el mismo autor en la misma obra (páginas 557 y 558).

Del mismo modo, MONTANOS FERRIN, Emma y SÁNCHEZ-ARCILLA, José, en su “Historia del Derecho y de las Instituciones”, Madrid, 1991, (página 331), afirman que: “su implantación con los Reyes Católicos, respondiendo a una idea de organigrama estatal existente que ahora se desarrolla; su consolidación con el emperador Carlos I; y, por fin, su mantenimiento en la época posterior, en la que, sobre una configuración institucional preexistente, se crean nuevos “Consejos” en respuesta a las nuevas necesidades que el Estado plantea.”

²⁷ Según ESCUDERO, José Antonio, existieron con desigual duración los siguientes consejos: Estado, Guerra, Castilla, Cámara de Castilla, Indias, Cámara de Indias, Aragón, Navarra, Italia, Portugal, Flandes, Inquisición, Hacienda, Ordenes y Cruzada. Asimismo, según indica MORÁN MARTÍN, Remedios, en su obra “Materiales para un curso de Historia del Derecho Español”, Tomo II, UNED, Madrid, 2000, (página 227) también pueden sistematizarse en consejos territoriales, por materias o generales (según la división efectuada por PÉREZ-PRENDES, J.M.)

las partes que la integraban conservaban su derecho propio, régimen financiero e instituciones privativas.²⁸

En el ámbito de los Consejos con competencia sobre toda la Monarquía cabe destacar el Consejo de Estado, organismo central de la monarquía y que supone el principal órgano asesor del monarca, que ostentaba su presidencia, y cuyas competencias incluirían los conflictos entre Consejos.²⁹

Dichos Consejos fueron objeto de una reforma paulatina iniciada durante el reinado de Felipe V, donde se vaciaron de contenido a favor de los Secretarios de Estado y de Despacho que ya existían.³⁰

1.1.4. El germen del Consejo de Ministros.

El sistema de atribución competencial a favor de los Secretarios de Estado y de Despacho iniciada durante el reinado de Felipe V cuajó y, por ello, se ordenó reunir a los Secretarios de Estado y de Despacho de los distintos ramos (Estado, Guerra, Marina, Justicia, Hacienda, etc.) en un despacho colectivo denominándose Junta Suprema de Estado, lo que vendría a ser, según es generalmente aceptado, el germen del actual Consejo de Ministros.³¹

²⁸ BARRIOS, Feliciano en la obra "La gobernación de la monarquía en España. Consejos, Juntas y Secretarios de la Administración de Corte (1556-1700)", BOE, 2015, (página 298).

²⁹ Creado en 1522 por Carlos V a instancias del canciller Mercurio Gattinara, reorganizado en Granada el 1526 si bien Felipe II españolizó el organismo según cita el propio Consejo de Estado en su página web <https://www.consejo-estado.es/quees.htm>.

Según el profesor BARRIOS, Feliciano en su obra "El Consejo de Estado de la Monarquía Española 1521-1812", Consejo de Estado, 1984, el inicio y creación tuvo lugar en 1521 y cristalizó en 1522, sin un acto fundacional y sin una disposición que lo haga surgir, tampoco tenía una estructura fija y adolecía de un grave defecto como era la falta de regulación de su funcionamiento y competencias (página 54).

³⁰ ESCUDERO, José Antonio, "Curso de Historia del Derecho", (página 748) y, del mismo modo, MORÁN MARTÍN, Remedios, en su obra "Materiales para un curso de Historia del Derecho Español", Tomo II, UNED, Madrid, 2000, (página 226) en el que establece que la razón del sistema vino inspirada en facilitar a los monarcas el ejercicio de la vía reservada, que consistía en el conocimiento y decisión directa por parte del monarca de los asuntos que le interesaban lo cual era más factible con las Secretarías que con los Consejos.

³¹ ESCUDERO, José Antonio, "Estudios de Historia de Derecho", BOE, Madrid, 2016, (páginas 55 y 59): "En cuanto al siglo xviii, en el que ya hay varios Secretarios del Despacho que, mediada la centuria, son calificados oficialmente de Ministros, en el sentido técnico de titulares de los departamentos de la Administración Central, cabe decir que entonces hay un Secretario o Ministro que goza de especial rango: el Secretario del Despacho de Estado o Ministro de Estado. Es lo que podríamos llamar la preeminencia cualitativa o institucional. A lo largo de toda la centuria, el Secretario del Despacho de Estado precede a los demás, y, por ejemplo, cuando en 1787 se constituye la Junta Suprema de Estado, antecedente orgánico del Consejo de Ministros, su presidente de hecho -

A su vez, dicha atribución competencial paulatina lo fue en detrimento de las competencias de los Consejos ³² lo que significó, a corto plazo, la reducción de su aparato funcional si no, directamente, su desaparición así, José Antonio Escudero afirma: *“La crisis del Antiguo Régimen anunciaba la liquidación de los restos, reales o ficticios, del régimen polisinodial.”* ³³

Finalmente, el régimen ministerial llegó a su consolidación y la desaparición del régimen polisinodial: *“Al iniciarse el siglo XIX, el régimen ministerial o de las Secretarías de Estado y del Despacho, creado con Felipe V, se encontraba, tras un siglo de vida, plenamente consolidado. Sin embargo, a su lado y en segundo plano, persistía residualmente el antiguo régimen polisinodial o de Consejos, procedente de los Austrias, que todavía logrará mantenerse, aunque en franca decadencia, tres*

sin nombramiento como tal– es el titular de Estado, el Secretario o Ministro, Conde de Floridablanca.”(...) *“Señalemos finalmente que en el xix, cuando ya se hizo usual la calificación de ministros, existiendo el Consejo de Ministros desde 1823, en una primera etapa el Ministro de Estado siguió conservando su mayor rango. Ese Secretario o Ministro de Estado fue autorizado desde 1824 a hacer uso del título de Presidente del Consejo de Ministros. Más tarde, a partir del Estatuto Real de 1834, la presidencia del Consejo se configura como cargo independiente y llega a recaer en ministros que no son de Estado. Por último, en 1840 accede al puesto un personaje, el general Espartero, que ya ni siquiera es ministro. Desde entonces el Primer Ministro o Presidente del Consejo de Ministros es una figura orgánica distinta, autónoma e independiente, representativa del partido político que ha alcanzado el poder y a quien corresponde, tras ser nombrado por el monarca, la propuesta de designación del gabinete ministerial.”*

En el mismo sentido, MONTANOS FERRIN, Emma y SÁNCHEZ-ARCILLA, José, en su *“Historia del Derecho y de las Instituciones”*, Madrid, 1991, (páginas 354 a 356).

También hay quien entiende que no puede considerarse como origen de Consejo de ministros puesto que dichos secretarios no son simples ejecutores sino depositarios de la plena confianza del rey y la resolución tomada obtiene la fuerza coactiva en la aprobación regia, no en la aprobación de secretario por lo que la profesora MORÁN MARTÍN, Remedios entiende que dicho factor rompe la posibilidad de considerarlos como antecedentes de los ministros, por otro lado tampoco puede considerarse un precedente del Consejo de Ministros la Junta Suprema por el cambio de principios jurídicos que preside el sistema jurídico constitucional respecto al estudiado (*“Materiales para un curso de historia del Derecho Español”*, UNED, 2000, página 226, 243 y 244).

³² Así lo establece el profesor ESCUDERO, José Antonio, *“Curso de Historia del Derecho”*, (página 749). En el mismo sentido, MONTANOS FERRIN, Emma y SÁNCHEZ-ARCILLA, José, en *“Historia del Derecho y de las Instituciones”*, Madrid, 1991, (página 355) cuando afirman que la instauración de las *“Secretarías de Despacho”* hizo caer en el ostracismo total a los Consejos, convirtiéndose ellas en protagonistas de la nueva situación.

³³ ESCUDERO, José Antonio, en *“Curso de Historia del Derecho”*, (página 751).

décadas más. Existían, pues, Ministerios y Consejos. Ese siglo XIX llevará consigo la definitiva consolidación del régimen ministerial y la desaparición del polisinodial.³⁴

1.2 El Poder judicial en el Antiguo Régimen:

1.2.1. Superación de la justicia privada y paso a la justicia pública.

Superado el sistema de justicia privada del período altomedieval se entra en una fase de justicia pública a partir del siglo XI donde aparece como un objetivo y una tarea principal del monarca. En dicho período, la jurisdicción real se desarrolla como ordinaria o común y, a su lado, surgen unas jurisdicciones especiales que la reemplazan o la sustituyen.³⁵

Igual que en el período medieval, en el Antiguo Régimen, como se ha observado, el poder judicial no existía como tal y sus funciones eran ejercidas por el propio monarca si bien, a efectos prácticos, dichas funciones se ejercían de forma delegada en nombre del Rey mediante los Consejos reales.³⁶

1.2.2. El poder judicial de los Consejos y la estructura judicial.

A estos efectos el Consejo de Castilla, consejo real por excelencia, era quien ostentaba las más altas e importantes funciones judiciales y actuaba como tribunal supremo del reino. Así mismo, el resto de los Consejos también

³⁴ ESCUDERO, José Antonio, en "Estudios de Historia del Derecho", BOE, Madrid, 2016, (página 407).

³⁵ ESCUDERO, José Antonio, en "Curso de Historia del Derecho", (página 581). Así la jurisdicción señorial reemplaza la jurisdicción real en los territorios inmunes y en función de la materia se sustituye la jurisdicción real por la jurisdicción eclesiástica o mercantil. Por otro lado, según afirma MORÁN MARTÍN, Remedios en su obra "Materiales para un curso de Historia del Derecho Español", Tomo II, UNED, Madrid, 2000, (página 299): "El rey conserva en este período la mayoría de justicia, que se desarrollaba a través de la apelación en última instancia para cualquiera de las causas, que siempre se veía en los tribunales ordinarios (Chancillerías o Consejos, en razón de la materia), no obstante, podía delegar las instancias inferiores de la jurisdicción, tanto en materia civil como criminal a determinados entes que, por estar al margen de la organización de la administración de la justicia general, se denominan jurisdicciones especiales. Cada una de estas jurisdicciones tenía una organización propia específica, con su sistema de apelaciones, que solía responder al esquema de dos instancias, pero no necesariamente era así, sino que en algunas de ellas el sistema era más complejo hasta llegar a la última instancia en los tribunales ordinarios."

³⁶ Aunque el poder recayera en su totalidad en el Rey, los consejos actuaran por delegación suya si bien, tal y como recogen los profesores MONTANOS FERRIN, Emma y SÁNCHEZ-ARCILLA, José, en su "Historia del Derecho y de las Instituciones", Madrid, 1991, (página 330), citando a Maravall: "no son cosa distinta de la realeza", "se integran en el poder real" y como "pieza esencial incrustada en el orden del poder" por lo que "el Consejo es esencial para el ser del Príncipe".

tenían atribuido este tipo de funciones judiciales en el ámbito de sus competencias materiales, todo ello junto a las demás funciones de carácter administrativo puesto que ambas funciones (judicial y administrativa) se unían en el mismo órgano real.³⁷

En cierto modo, en la España moderna, existía una estructura judicial estableciéndose como base los jueces inferiores (Alcaldes, Justicias Locales, Corregidores), los tribunales de Chancillerías y Audiencias y, en orden superior, la suprema instancia de los Consejos que tenían atribuidas dichas funciones superiores.³⁸

Es preciso hacer hincapié, aunque parezca del todo lógico en la época histórica, que los Corregidores, Alcaldes, Justicias y demás órganos jurisdiccionales no son otra cosa que delegados del Rey y que existe una clara identidad de origen entre la Administración y los Tribunales.³⁹

La estructura no es la misma en todos los territorios, por ejemplo, en los territorios de la Corona de Aragón la figura judicial base es el *veguer* real o el *bayle* local existiendo la Audiencia en Catalunya y Valencia y el Justicia Mayor en Aragón siendo reconvertidas, las de Aragón y Valencia, en Chancillerías con la entrada del régimen centralizador borbónico.⁴⁰

³⁷ ESCUDERO, José Antonio, en "Curso de Historia del Derecho", (página 741). En el mismo sentido, MONTANOS FERRIN, Emma y SÁNCHEZ-ARCILLA, José, en su "Historia del Derecho y de las Instituciones", Madrid, 1991, (página 421) cuando afirman que en la cúspide de la jurisdicción se sitúa el monarca que viene a desarrollar sus atribuciones a través del Consejo Real de Castilla.

³⁸ ESCUDERO, José Antonio, en "Curso de Historia del Derecho", (página 769). En el mismo sentido, MONTANOS FERRIN, Emma y SÁNCHEZ-ARCILLA, José, en su "Historia del Derecho y de las Instituciones", Madrid, 1991, (página 421) cuando afirman que los asuntos de justicia vinieron a recaer a nivel supremo en la Corona de Castilla, en el Consejo de Castilla y en el Consejo de Indias; en la Corona de Aragón, en el Consejo de Aragón; y en el de Navarra, en el Consejo Real de Navarra. Las Audiencias actuaban como órganos superiores de justicia en diferentes ámbitos territoriales.

³⁹ Según MONTANOS FERRIN, Emma y SÁNCHEZ-ARCILLA, José, en su "Historia del Derecho y de las Instituciones", Madrid, 1991, (página 420): "Es una característica también de estos siglos la falta de una diáfana diferenciación entre justicia y gobierno lo que, evidentemente, no quiere decir que existiese confusión total entre ambas, ya que durante estos siglos la documentación refleja la referencia a "negocios" de justicia y "negocios" de gobierno."

⁴⁰ La entrada del régimen centralizador borbónico, también en la esfera de la justicia, no se impuso en el siglo XVIII rigiendo, hasta entonces, un esquema asentado desde los Reyes Católicos que se mantuvo durante los siglos XVI, XVII y parte del siglo XVIII según afirman MONTANOS FERRIN, Emma y SÁNCHEZ-ARCILLA, José, en su "Historia del Derecho y de las Instituciones", Madrid, 1991, (página 422) asimismo, MORÁN MARTÍN, Remedios, afirma en su obra "Materiales para un curso de Historia del Derecho Español", Tomo II,

Asimismo, el sistema de las Audiencias se extiende a toda Castilla con el reinado borbónico; la creación de la Audiencia de Madrid, Asturias o Extremadura son ejemplos de ello con lo que se pretende una cierta homogenización del sistema judicial en todo el territorio español.⁴¹

1.2.3. Jurisdicciones ordinarias y jurisdicciones especiales o privilegiadas.

Se hace preciso reiterar que en el Antiguo Régimen no existía la división de poderes tal y como la conocemos hoy en día y que las funciones jurisdiccionales o contenciosas y gubernativas eran ejercidas de forma simultánea por las autoridades y magistrados (tenían jurisdicción ordinaria contenciosa y gubernativa los Alcaldes ordinarios, Alcaldes mayores, Corregidores, Alcaldes de crimen, Chancillerías y Audiencias y el Consejo de Castilla y los Alcaldes de barrio y Ayuntamientos sólo tenían jurisdicción ordinaria gubernativa).⁴²

Al mismo tiempo, junto a las jurisdicciones ordinarias existen un gran número de jurisdicciones especiales de diversa índole (palatina, eclesiástica, mercantil, grandes de España, empleados de la real servidumbre, militares, maestrantes, Montepío de viudas y pupilas del Ministerio, nobles, rentas, sanidad...)⁴³ cuya relación entre ellas no estaba exenta de conflictos de competencia, si bien dichas numerosas jurisdicciones no finalizarían hasta la institución del fuero único por parte de la Constitución de 1812.

UNED, Madrid, 2000, (página 286), que no se llegará en este período a la unificación de la administración de justicia, ni siquiera tras los Decretos de Nueva Planta.

⁴¹ La política de unificación jurídica fue el instrumento necesario para imponer el nuevo ordenamiento jurídico, por eso se suprimieron en todos los territorios de la Corona de Aragón todas sus instituciones de carácter político, administrativo, judicial y fiscal, siendo sustituidas todas ellas por las correspondientes instituciones castellanas según establece TOMÁS Y VALIENTE, Francisco en su "Manual de Historia del Derecho Español", Tecnos 1983, 4ª edición, (página 375).

⁴² NIETO, Alejandro, en "Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España", Revista de Administración Pública número 50 de 1966, (páginas 28 y 29) y GARRIDO FALLA, Fernando, en "La evolución del recurso contencioso administrativo en España", Revista de Administración Pública, número 55, 1968, (páginas 9 a 26).

⁴³ DE DOU Y DE BASSOLS, Ramón Lázaro, en "Instituciones de derecho público general de España con noticia del particular sobre Cataluña", Madrid, 1800, ver los tomos II y III de su libro tal y como nos recuerda el profesor NIETO, Alejandro en su artículo "Los orígenes de lo contencioso administrativo en España", RAP número 50 de 1968.

Dichas jurisdicciones especiales también reciben el nombre de privilegiadas y dejan entrever un trasfondo de privilegios y exenciones para ciertas clases y personas.⁴⁴

Se hace preciso notar, a modo de cierre, que en el Antiguo Régimen el gran número de fueros existentes y la unión de las funciones administrativas y judiciales bajo un mismo órgano real hacía que las cuestiones en conflicto más numerosos fueran las cuestiones internas de competencia entre los propios órganos reales y no las de jurisdicción entre la Administración y los Tribunales cuyo número era infinitamente inferior.⁴⁵

Huelga decir, como ya hemos citado, que dichas jurisdicciones especiales o privilegiadas se suprimieron en la Constitución de Cádiz de 1812 si bien, con más sombras que luces y con críticas evidentes.⁴⁶

2.- LA REVOLUCIÓN FRANCESA. ¿PUNTO Y APARTE?

Es generalmente admitido que el Derecho Administrativo tal y como lo conocemos en nuestro ordenamiento jurídico nace del sometimiento de la Administración Pública al Derecho y que es en la instauración del Estado de Derecho donde hace sus raíces⁴⁷, de dichas revoluciones liberales destaca la Revolución francesa de 1789.

¿Pero qué importancia tuvo la Revolución francesa en la transformación de poderes del Antiguo Régimen?

⁴⁴ Según palabras de NIETO, Alejandro en el artículo citado (página 29) y que, a su vez, cita a DE DOU Y DE BASSOLS, Ramón Lázaro, en "Instituciones de Derecho público general de España, con noticia particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado", 1800.

⁴⁵ Era frecuente el intento de las jurisdicciones especiales de querer abarcar más allá de sus competencias por razón de la materia, sino en razón de las personas hecho que suponía la principal fuente de conflictos según la profesora MORÁN MARTÍN, Remedios en "Materiales para un curso de historia del Derecho España", UNED, 2000, (página 313).

⁴⁶ NIETO, Alejandro cita las críticas de ABELLA, Juan y GIL DE ZÁRATE, Antonio y la restauración parcial tras la muerte de Fernando VII de la constitución de 1812 sin el principio riguroso de la unidad de fueros, en "Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España", Revista de Administración Pública número 50 de 1966.

⁴⁷ Así lo establecen el profesor TRAYTER, Joan Manuel en su "Manual de derecho administrativo" (página 45) o el profesor ESTEVE PARDO, José en sus "Lecciones de Derecho Administrativo", (páginas 46 y 98).

El principio de división de poderes, aunque se preparó desde el fin del Antiguo Régimen, fue a partir de la Revolución francesa de 1789 donde se obtuvo la separación definitiva entre la autoridad administrativa y la autoridad judicial.

La importancia de la revolución francesa supuso un punto y aparte respecto a la organización política del Antiguo Régimen, fue una revolución⁴⁸ en todos los terrenos si bien, como hemos indicado, dicha revolución no se extendió a España hasta principios del siglo XIX.

En Francia tuvo eclosión en el año 1789 si bien, ciertos autores como Alexis de Tocqueville, trataron de justificar que la revolución, en realidad no fue tanta revolución y que la misma se gestó con anterioridad a los hechos que desembocaron en la presa de la Bastilla⁴⁹, sus fundamentos, en el caso del ordenamiento jurídico español, no están muy lejos de la realidad.

El estudio del origen de la separación de poderes que se produjo en la Francia del siglo XVIII nos conduce hasta la teoría de la división de poderes y ésta no se puede explicar sin la referencia a sus autores más reputados como John

⁴⁸ Merece especial atención el trabajo del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La revolución francesa y la aparición de una nueva lengua de los derechos", Alianza editorial, 1994, que es el texto de su discurso de ingreso en la Real Academia Española donde, en sus inicios, efectúa un clarificador resumen del término "revolución" y su utilización por los revolucionarios franceses que se apropian del término para autoalimentar "por sí solo toda una metafísica del poder y de la historia." (página 18).

⁴⁹ DE TOCQUEVILLE, Alexis en "L'Ancien Régime et la Révolution", 1856. En su obra, Tocqueville trata de justificar que, en cierto modo, la revolución no fue tan novedosa y que fue el producto de una evolución social, política y económica. Así, NIETO, Alejandro, en su libro "Estudios Históricos sobre Administración y Derecho", INAP, 1986 (página 95) al exponer la transformación institucional española también llega a la conclusión que fue menos profunda de lo que ordinariamente se cree, puesto que se limitó a explicitar lo que antes ya existía, aunque de una manera latente y: *"Desde esta perspectiva puede explicarse, por tanto, la paradoja de TOCQUEVILLE sobre la continuidad de las instituciones pre revolucionarias, así como la historia de los antecedentes del Derecho Administrativo y de la Administración moderna. Todo lo nuevo existía ya, en efecto, antes; pero con un significado distinto impuesto por las concepciones ideológicas del absolutismo. Hasta que la Revolución no rompió este cascarón político no pudieron, en consecuencia, explicitarse sin reservas las tendencias anteriores ni acelerarse en un sentido inequívoco la evolución de las instituciones."*

Locke⁵⁰, Montesquieu⁵¹ o Jean-Jacques Rousseau⁵², si bien debe situarse su posición en relación a la realidad social y política que vivieron.

El cambio de la Ley como expresión del soberano (Antiguo Régimen) a la Ley como expresión del pueblo o de la voluntad general (artículo 6 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789⁵³ y Jean-Jacques Rousseau⁵⁴) supone un cambio de paradigma que, a su vez, supone un cambio radical respecto a los fundamentos de la organización de los estados.

⁵⁰ LOCKE, John, en su obra "Segundo tratado sobre el gobierno civil", traducción, introducción y notas de MELLIZO, Carlos y estudio preliminar de LASLETT, Peter, Tecnos 2006, capítulo VII, de la sociedad política o civil, (punto 86): "Así, pues, siempre que cualquier número de hombres de tal suerte en sociedad se junten y abandone cada cual su poder ejecutivo de la ley de naturaleza, y lo dimita en manos del poder público, entonces existirá una sociedad civil o política. Y esto ocurre cada vez que cualquier número de hombres, dejando el estado de naturaleza, ingresan en sociedad para formar un pueblo y un cuerpo político bajo un gobierno supremo: o bien cuando cualquiera accediere a cualquier gobernada sociedad ya existente, y a ella se incorporare. Porque por ello autorizará a la sociedad o, lo que es lo mismo, al poder legislativo de ella, a someterle a la ley que el bien público de la sociedad demande, y a cuya ejecución su asistencia, como la prestada a los propios decretos, será exigible. Y ello saca a los hombres del estado de naturaleza y les hace acceder al de república, con el establecimiento de un juez sobre la tierra con autoridad para resolver todos los debates y enderezar los entuertos de que cualquier miembro pueda ser víctima, cuyo juez es el legislativo o los magistrados que designado hubiere. Y siempre que se tratare de un número cualquiera de hombres, asociados, sí, pero sin ese poder decisivo a quien apelar, el estado en que se hallaren será todavía el de naturaleza."

⁵¹ DE SECONDAT, Charles Louis, señor de Brède y Barón de Montesquieu, en "Del Espíritu de las Leyes", traducción de GARCÍA DEL MAZO, Siro, edición Madrid, 1996 Libro XI, Capítulo VI, (página 228): "Todo estaría perdido si el mismo hombre, ó el mismo cuerpo de los próceres ó de los nobles ó del pueblo, ejerciese estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos ó las diferencias de los particulares. En la mayor parte de los reinos de Europa, el gobierno es moderado, porque el príncipe, que tiene los dos primeros poderes, deja á sus súbditos el ejercicio del tercero. Entre los turcos, donde los tres poderes están reunidos en la persona del sultán, reina un espantoso despotismo"

⁵² ROUSSEAU, Jean-Jacques, en "Contrato social", traducción de DE LOS RÍOS, Fernando, Austral Duodécima edición 2007, capítulo I, Libro III: "El cuerpo político tiene los mismos móviles; se distinguen en él, del mismo modo, la fuerza y la voluntad; ésta, con el nombre de poder legislativo; la otra, con el de poder ejecutivo. No se hace, o no debe hacerse, nada sin el concurso de ambos."

⁵³ "La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents."

⁵⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques, en "Contrato social", traducción DE LOS RÍOS, Fernando, Austral Duodécima edición 2007, capítulo II, Libro IV: «No hay más que una ley que por su naturaleza exija un consentimiento unánime: el pacto social [...]. Fuera de este contrato primitivo la voz del mayor número obliga siempre a todos los demás: es una consecuencia del contrato mismo».

En el ámbito de la transformación de poderes y, en especial, del poder ejecutivo y judicial los teóricos revolucionarios franceses impusieron su visión social, jurídica y política propia así como su total desconfianza hacia los órganos encargados de la función judicial que, tradicionalmente, aparecieron estrechamente vinculados con el Antiguo Régimen por ello, en la Francia revolucionaria se aplicó, a su medida, la división de poderes.⁵⁵

En efecto, los revolucionarios franceses interpretaron dicha separación de poderes en un sentido estricto separando totalmente y radicalmente la Administración de los Tribunales prohibiendo a estos de incidir bajo cualquier concepto en asuntos de la Administración⁵⁶.

Para ello, y a los efectos de controlar los actos administrativos, se hizo necesario crear un sistema jurídico a favor de los particulares con el objetivo de combatir los abusos que se pudieran cometer por parte de la Administración francesa.⁵⁷

En un primer momento, dichas garantías consistieron en un recurso jerárquico o de alzada que el perjudicado podía interponer ante el superior

⁵⁵ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, en su "Manual de Derecho Administrativo", parte general, séptima edición, (página 50) establece que los revolucionarios interpretaron la división de poderes no como un sistema de equilibrios de poder y controles recíprocos, tal y como lo había teorizado Montesquieu sobre la base del sistema constitucional inglés, sino como estricta separación de poderes.

⁵⁶ La Declaración de derechos de 1789 nada decía sobre la organización judicial más allá de la separación de poderes, no es hasta la Ley de 16-24 de agosto de 1790 que separa por primera vez la autoridad judicial de los titulares del Ejecutivo (según el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo en su obra "La revolución francesa y la aparición de una nueva lengua de los derechos", Alianza editorial, 1994") y, en el mismo sentido, Ley 16 de Fructidor del año III donde establece que las funciones judiciales son y han de permanecer siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar de cualquier manera las operaciones de los cuerpos administrativos, ni emplazar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones. Asimismo, el artículo 157 de la Constitución francesa de 1791: "*Los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del Poder legislativo, ni suspender la ejecución de las leyes, ni encargarse de funciones administrativas, ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones.*"

⁵⁷ Como consecuencia de la Revolución la Administración experimentó un desarrollo espectacular, que la llevó a una posición más fuerte que la que caracterizó a la Administración del Príncipe absoluto, así se afirma por parte del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo en su obra "La revolución francesa y la aparición de una nueva lengua de los derechos", Alianza editorial, 1994", (páginas 181 y 182).

del funcionario que, en última instancia, era resuelto por el Ministro (Ministro-Juez) o el Gobierno.⁵⁸

Posteriormente, la Constitución del año VIII (1799) atribuyó la tramitación de dichos recursos a un órgano especializado, el Consejo de Estado⁵⁹, si bien sus decisiones tenían la consideración de propuestas no vinculantes por lo que estábamos ante un sistema de justicia retenida.⁶⁰

El Consejo de Estado francés no era una institución creada "ex novo" sino que procedía de la institución creada en los últimos años del Antiguo régimen y, éste, a su vez, con diversidad de nombres, procedía del Consejo de Estado del imperio romano.⁶¹

Dicho Consejo de Estado disponía de cinco secciones administrativas (Finanzas, Legislación, Guerra, Marina e Interior)⁶² que, a su vez, fueron ampliadas en 1806 por una "Commission de contentieux" o comisión de contenciosos (que posteriormente se convirtió en "sección" en 1849).⁶³

Asimismo, con posterioridad, se atribuyó la misma función que disponía el Consejo de Estado en el ámbito territorial de cada Departamento creándose,

⁵⁸ Según GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, en la obra ut supra citada, (páginas 192 y 193), es bajo Napoleón cuando se monta el primer sistema de justicia administrativa así como afirma que con la organización provincial y el Consejo de Prefectura se admitieron recursos dirigidos contra los actos de la Administración que, posteriormente, se institucionalizan y se afirmarían enseguida.

⁵⁹ Artículo 52 de la Constitución francesa del año 1799: "*Sous la direction des consuls, un Conseil d'État est chargé de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative.*"

⁶⁰ El Consejo de Estado emitía una consulta pero era el ejecutivo quien retenía el poder de decisión.

⁶¹ Según el profesor HAURIU, Maurice en su "Précis de droit administratif" (página 199): "*Nostre Conseil d'État actuel remonte visiblement à celui des dernières années de l'ancien régime, et de là, sous des noms divers, au Conseil d'État de l'empire romain.*"

⁶² Dichas secciones se establecieron mediante un reglamento del 5 nivoso (26 de diciembre) de 1800.

⁶³ El Decreto del 11 de junio de 1806 creó la comisión de contenciosos, según LAFARRIÈRE, Edouard, en su obra "Tratado de jurisdicción administrativa y recursos contenciosos", París, Berger-Levrault, 2a edición, 1986: "*Malgré ce rôle modeste en apparence, la commission du contentieux fut, dès son origine, le véritable organe de la juridiction administrative supérieure*" que, posteriormente, se constituyó en sección por aplicación de la Ley de 3 de marzo de 1849, ley orgánica del Consejo de Estado que encomendó exclusivamente a la sección de litigios el ejercicio de la jurisdicción superior y le confirió el derecho a emitir decisiones ejecutorias.

a tal efecto, unos Consejos de Prefectura (actualmente Tribunales Administrativos Regionales y Tribunales de Apelación).⁶⁴

No será hasta el 1872⁶⁵ que las decisiones del Consejo de Estado y del resto de órganos de la jurisdicción administrativa pasan a tener eficacia directa y, por tanto, se transforma en un sistema de justicia delegada.

El ordenamiento jurídico francés inició así una separación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción administrativa que influyó en varios países de su entorno y que se mantiene inalterable hasta el día de hoy. En dicha separación coexisten dos jurisdicciones totalmente diferentes con diferentes cúspides (la *Cour de Cassation* y el *Conseil d'État*) así como diferentes jurisdicciones con cometidos propios (*Haute Cour de justice*, *Conseil constitutionnel* o la *Cour supérieure d'arbitrage*).

Merece especial consideración la importancia de dicha separación en lo que atañe a la materia objeto de estudio, esto es, los conflictos de jurisdicción entre la Administración y los Tribunales, puesto que, en el caso francés se da una absoluta y plena separación entre dos jurisdicciones independientes si bien, en otros ordenamientos jurídicos, como el caso del ordenamiento jurídico español, la jurisdicción es única; si bien, como veremos, no fue así en toda su configuración histórica sino que, en ciertos momentos, hubo en el ordenamiento jurídico español una dualidad de jurisdicciones al estilo francés, un sistema mixto y, finalmente, un sistema de unidad jurisdiccional plena.

Mediante la evolución del sistema de conflictos francés, que analizaremos en el presente trabajo, se puede observar la voluntad inicial francesa de situar el poder ejecutivo por encima del poder judicial y la posterior transformación hacía un sistema de distribución de competencias entre dos jurisdicciones y, por lo tanto, entre dos poderes claramente separados y definidos.

Del mismo modo, con el análisis de la evolución del sistema de conflictos español y de su sistema jurisdiccional contencioso-administrativo, veremos

⁶⁴ Los Consejos de prefectura fueron creados por la Ley de 28 pluvioso del año VIII y fueron remodelados por la Ley de 21 de junio de 1865 y, con posterioridad, han sido objeto de diferentes remodelaciones, HAURIOU, Maurice en "Precís de droit administratif" (página 214).

⁶⁵ En la Ley 24 de mayo de 1872 se reorganiza el Consejo de Estado, se crea el Tribunal de Conflictos jurisdiccionales y se atribuyen funciones de justicia delegada al Consejo, su artículo 9 establece: "*Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoirs formées contre les actes des diverses autorités administratives.*"

como la voluntad del legislador va fluctuando a medida que la sociedad española evoluciona llegando a situaciones de separación plena, pasando por situaciones mixtas hasta llegar a la situación actual donde existe una única jurisdicción.

En efecto, en el caso francés, igual que en otros supuestos continentales del Antiguo régimen, partimos de unas concepciones teóricas políticas donde el poder judicial es una parte del poder ejecutivo, una suerte de Administración de Justicia. Los precursores de la revolución francesa, que no confiaban en los tribunales, optaron por atribuir la potestad judicial a todo el pueblo⁶⁶ y, en concreto, a personas escogidas por el mismo pueblo por un período determinado; por ello, no le falta razón al profesor Montero Aroca cuando afirma que en la construcción teórica de Montesquieu no existe el poder judicial⁶⁷.

La afirmación de Montero Aroca no es baladí, el mismo Montesquieu así lo afirma y constata: *“De los tres poderes de que hemos hablado, es nulo en algún modo el judicial.”* si bien, dicha afirmación es, en cierta modo, contradictoria con los postulados de sus teorías cuando, a su vez, afirma que no habría libertad con un poder judicial unido al poder ejecutivo o legislativo, de donde, a sensu contrario, se inferiría que habrá libertad cuando exista un poder judicial separado del poder ejecutivo y del poder legislativo.⁶⁸

Como hemos advertido, al trasladarse el principio de división de poderes, que se gestó en la Inglaterra de Locke⁶⁹, a la realidad de la Francia

⁶⁶ Artículo 15 de la Constitución francesa de 1791: *“El poder judicial se delega en jueces elegidos periódicamente por el pueblo.”*

⁶⁷ MONTERO AROCA, Juan, ORTELLS RAMOS, Manuel y GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, en *“Derecho Jurisdiccional”*, tomo I, parte general, edición 1996.

⁶⁸ DE SECONDAT, Charles Louis, señor de Brède y Barón de Montesquieu, en *“Del Espíritu de las Leyes”*, traducción de GARCÍA DEL MAZO, Siro, edición Madrid, 1906 Libro XI, Capítulo VI, (página 233 y páginas 227-228): *“De los tres poderes de que hemos hablado, el de juzgar es en cierta manera nulo. No quedan, por tanto, más que dos, y como necesitan de un poder regulador para contrapesar se, la parte del cuerpo legislativo compuesta de nobles es muy á propósito para llenar esta misión.”* (...) *“No hay tampoco libertad si el poder judicial no está separado del legislativo y el ejecutivo. Si está unido á la potestad legislativa, el poder de decidir de la vida y la libertad de los ciudadanos será arbitrario, porque el juez será al mismo tiempo legislador: si está unido al poder ejecutivo, el juez tendrá en su mano la fuerza de un opresor.”*

⁶⁹ LOCKE, John en su grande obra *“Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil”* de 1690, propuso un esquema basado en la separación entre los órganos ejecutivos y legislativos si bien nada dijo sobre el poder judicial, únicamente se refería al poder ejecutivo, al poder legislativo y al poder federativo sin mención alguna al poder judicial.

revolucionaria y a su ejecución por los teóricos revolucionarios resultó que, en la práctica, la concepción teórica de Montesquieu es apartada paulatinamente con la consecuencia que el poder judicial, poco a poco, deja de estar en manos del pueblo de forma directa y, en realidad, es el poder ejecutivo quien se apodera de los jueces y los tribunales (a partir del 1799 son nombrados por Napoleón y no mediante el sistema original de elección popular).⁷⁰

Debe hacerse notar que, en su visión teórica, dicha separación o división de poderes no puede concebirse o interpretarse de forma rígida e inamovible sino que debe interpretarse no en su sentido literal de “división” o “separación” estricta sino desde un sentido de equilibrio institucional o de relaciones constantes entre los poderes.⁷¹

Por parte de los profesores García de Enterría y Tomás Ramón Fernández se aborda la transformación de poderes otorgándole un sistema de interpretación del mismo, manifestando que, en relación a los poderes, se parte de una identidad subjetiva entre Administración y Tribunales que, con la formulación del principio de separación de poderes, se separa y debe ser explicado como un sistema de Autotutela.⁷²

⁷⁰ La Constitución francesa de 13 de diciembre de 1799 estableció el Consulado como forma de gobierno, siendo nombrado Napoleón Bonaparte como primer cónsul i, en su artículo 42 establece que: *“El Primer cónsul promulga las leyes; nombra y revoca a voluntad a los miembros del consejo de Estado, ministros, embajadores y otros agentes exteriores, a los oficiales del ejército de tierra y mar, miembros de las administraciones locales y comisarios del gobierno ante los tribunales. Nombra a todos los jueces de lo penal y lo civil además de los jueces de paz y jueces de casación sin poder revocarlos”* si bien dicho nombramiento de jueces se efectuaba en base a un sufragio universal que elaboraba listas de confianza (ver los artículos 9 a 14, 19, 20 y 60 a 68). Dicha designación pasaría a manos exclusivas del primer cónsul después de la aprobación de la Ley de 18 de marzo de 1800 de reorganización de las instituciones judiciales por un periodo de 3 años

⁷¹ Tal y como recuerda el profesor GARCÍA ROCA, Javier en su artículo “Del principio de la división de poderes” de la Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) número 108 de abril-junio 2000 (páginas 47 y 48), Leon Diguít analizó en 1893 la división de poderes en la Constitución de 1791 llegando a la conclusión que dicha constitución no plasma las ideas de Montesquieu sino que las malinterpreta así como aplica aspectos constitucionales ingleses y americanos así lo plasmó en la Revue d’économie politique, 1893, “La séparation des pouvoirs et l’Assemblée nationale de 1789, presentación y traducción de P. Pérez Trens en Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996. Del mismo modo EISENMANN, Charles, en “La pensée constitutionnelle de Montesquieu”, bicentenaire de l’esprit des lois, París, Sirey, 1952, (páginas 133 y ss).

⁷² Según GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón en su “Curso de Derecho Administrativo”, volumen I, decimotercera edición, capítulo IX la división de poderes actúa como base que opera como infraestructura de la estructura técnica que debe ser explicado como un sistema de Autotutela. En el mismo sentido DE LA QUADRASALCEDO, Tomás; VIDA, José y PEÑARANDA, José Luis, Instituciones Básicas de Derecho Administrativo, Disponible en: [ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/instituciones-basicas-](http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/instituciones-basicas-54)

En el Antiguo Régimen el Monarca no necesita a los Tribunales para actuar en los asuntos administrativos ni los Tribunales tienen un poder directo frente a los órganos administrativos sino únicamente frente a los súbditos.

Dicho de otra manera, según el profesor García de Enterría, los actos administrativos del Monarca y de los órganos administrativos del Antiguo régimen disponían de una ejecutoriedad explícita operando una distinción entre asuntos gubernativos y asuntos contenciosos actuando la Justicia y la Administración cada una en un ámbito propio y con formas o procedimientos determinados si bien con una unidad de origen, de función y de referencia final.⁷³

Asimismo, debe especificarse que la teoría de la división de poderes no es una teoría pacífica puesto que, como es conocido, la escuela alemana de Derecho Público sostuvo la teoría de la personalidad jurídica del Estado (Albrecht, Gerber, Laband, Jellinek) que suponía la pérdida de sustantividad de los tres poderes y donde los mismos se convertían en simples expresiones orgánicas de aquél pasando el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial a considerarse funciones del propio Estado en su dimensión de persona jurídica.⁷⁴

derecho-administrativo/lecciones-1/ lección6.pdf al decir: *“Por otra parte, está en la propia naturaleza de las cosas y de la separación de poderes, que el Poder Ejecutivo no sea sustituido por el Poder Judicial; y tal ocurriría si la actuación de la Administración quedara trabada mientras los Tribunales no declarasen la corrección de dicha actuación administrativa. Así pues, también el principio de separación de poderes justifica que el poder ejecutivo no quede impedido en su actuación en tanto no contase con la aprobación del poder judicial.”*

⁷³ En el mismo sentido NIETO, Alejandro, en “Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España”, Revista de Administración Pública número 50 de 1966 y GARRIDO FALLA, Fernando, en “La evolución del recurso contencioso administrativo en España”, Revista de Administración Pública, número 55, 1968.

⁷⁴ En relación a la posición de la escuela alemana de Derecho Público sobre el rechazo a la teoría de la división de poderes el profesor PORRAS NADALES, Antonio Joaquín lo explica detalladamente en su artículo “Conflictos entre órganos constitucionales del Estado y principio de división de poderes” publicado en la Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) número 52, julio-agosto 1986, (páginas 22 a 28): *“El rechazo implícito a la teoría de la división de poderes es evidente: Jellinek afirmará que «la ingenua identificación entre actividad del órgano y función del Estado... no puede dar solución a los más importantes problemas teóricos y prácticos de la doctrina de las funciones». Se abre así la puerta a toda una larga serie de clasificaciones doctrinales de funciones del Estado, superadoras del principio clásico, que suelen tener un componente básicamente binario: la distinción entre operaciones de tipo volitivo-intelectual (ley, sentencia) consistentes en la enunciación de un juicio lógico, frente a actuaciones efectivas u operativas de ejecución y administración (Laband); entre actividad libre, que afecta a los órganos inmediatos en los que descansa toda la iniciativa del Estado, y actividad reglada (administración y jurisdicción) (Jellinek), un esquema semejante al que distingue entre funciones primarias y secundarias (Burdeau);*

Ello significaba que el Estado dejaba de ser un conjunto de poderes individualizados (ejecutivo, judicial y legislativo) y pasaba a tratarse como una persona jurídica única que realizaba múltiples funciones (administrar, enjuiciar, legislar) a través de órganos funcionales.⁷⁵

3.- LA DIVISIÓN DE PODERES EN EL REINO UNIDO.

Se hace interesante observar la transformación de poderes y evolución de los mismos en dicho ordenamiento jurídico y, por extensión, a los ordenamientos jurídicos anglosajones, puesto que tienen una idiosincrasia específica y que afecta de manera concreta al tratamiento de los conflictos aquí estudiados.

En efecto, la transformación de los poderes en el Reino Unido y, por extensión, en ciertos países anglosajones, no en todos ellos⁷⁶, supone un hecho diferencial respecto al sistema continental que, en gran parte, deriva del sistema francés.⁷⁷

la función de creación y mantenimiento del derecho, frente a la conservación de la riqueza y la cultura nacional a través de medidas operativas (Mayer, Jellinek), etc.

Una reducción que en último término tiene su culminación en la escuela de Viena, con la concepción del Estado como un proceso piramidal, único y continuo, de formación y concreción en niveles jerárquicos del Derecho: el Estado como orden jurídico."

⁷⁵ El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo en la addenda a su artículo publicado en la Revista de Administración Pública número 129, septiembre-diciembre de 1992 (página 205) con el título "El concepto de personalidad jurídica en el Derecho Público" formula unas observaciones a la obra del profesor Gallego Anabitarte "Constitución y personalidad jurídica del Estado", donde afirma: "El Derecho Público Europeo del sistema democrático y de la división de los poderes está expresado mucho más propiamente, desde sus orígenes revolucionarios, en la doctrina francesa, como es obvio. La doctrina alemana es más bien la expresión, o del absolutismo inicial en que surgió, o del dualismo esencial que mantuvo después (con neto predominio del principio monárquico) hasta Weimar."

Asimismo, el mismo profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, en "Curso de Derecho Administrativo" (página 30) al referirse a la personificación jurídica del Estado dice: "En el plano que ahora nos interesa, el hecho de que se considere que la personalidad jurídica corresponde al Estado en su integridad y no a cada uno de sus tres Poderes, hace que éstos pierdan su sustantividad propia y se conviertan en simples expresiones orgánicas de aquél." (...) "El problema queda planteado, de este modo, en unos términos muy diferentes: ya no se ve en el Estado un conjunto de Poderes individualizados (entre ellos el Poder Ejecutivo o Administración Pública), sino una persona jurídica única que realiza múltiples funciones, una de las cuales sería, precisamente, la de administrar."

⁷⁶ Por ejemplo, en lo que atañe al derecho civil en Quebec, en el Estado de Louisiana de los EUA o el sistema mixto utilizado en Escocia.

⁷⁷ El profesor TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, en "Manual de Historia del Derecho Español" (página 588) afirma que: "La recepción del régimen administrativo napoleónico en

En los países anglosajones y, en concreto, en el Reino Unido, no existe un hecho desencadenante o una revolución que rompa con el régimen absoluto anterior para inaugurar una época liberal con unos principios renovadores si bien tampoco existe un régimen de división de poderes estricto, como veremos.

Sí que existió una revolución en 1688 (Revolución Gloriosa) cuyas consecuencias, dejando de lado los cambios de trono, supusieron el inicio del predominio del Parlamento sobre la Corona.⁷⁸

Por otro lado, el constitucionalismo inglés no deriva de un proyecto teórico previo, sino que se trata de un conjunto de textos, de tradiciones codificadas y de prácticas convencionales a los que el sistema político le confiere el carácter constitucional por lo que en este aspecto constitucional también los sistemas difieren.⁷⁹

España fue completa y no puede decirse que obedeciera al capricho de nuestros políticos, sino acaso a una corriente casi universal."

⁷⁸ Según el profesor VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín, coordinador de la obra "El constitucionalismo británico entre dos revoluciones: 1688-1879", incluido en el número 2 de "Fundamentos", Oviedo 2000, (páginas 25-96): "Lo que se estableció tras la revolución de 1688 no fue, en efecto, la Monarquía parlamentaria, sino la constitucional. Este era el sistema de gobierno que articulaba el Bill of Rights de 13 de febrero de 1689, sin duda el más importante documento jurídico que se aprobó tras la "Gloriosa" revolución, que se completaba con otros documentos que entraron en vigor un poco más tarde. En el Bill of Rights se recogían dos principios claves del derecho público inglés, la soberanía del Parlamento y el imperio del derecho (rule of law), a partir de los cuales los Lores y los Comunes sometían a Guillermo III y a su esposa Maria II, hija de Jacobo II, a un conjunto de restricciones, entre ellas la de acatar las leyes aprobadas por el Parlamento, con la expresa prohibición de suspender o dispensar en adelante su aplicación, además de establecer que ningún impuesto podría aprobarse en lo sucesivo sin el consentimiento de Parlamento.

El Bill of Rights de 1689 inauguraba, así, una monarquía diferente a la anterior: frente a la monarquía de la Restauración (esto es, la de Carlos II y Jacobo II), que pretendía legitimarse en el derecho divino y a la que era consustancial la idea de unos poderes regios sagrados e inalienables, las dos Cámaras del Parlamento declaraban solemnemente en este texto jurídico que Jacobo II había roto el contrato original que le ligaba con el pueblo-fuente de todo el poder, que había violado las leyes fundamentales del reino y que, por tanto, debía abdicar y dejar vacante el trono. El Bill of Rights de 1689 hizo posible, así, una monarquía hasta entonces desconocida, la constitucional, basada en el consentimiento de la nación, expresado a través de sus representantes en el Parlamento, como señalaba este documento."

⁷⁹ Según APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel y BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè, coordinadores del "Manual de Derecho Constitucional" (páginas 59 y 60), el modelo británico: "intentará primero una especie de leyes constitucionales escritas (el Instrument of government dado por Cromwell en 1654, el Habeas Corpus Act de 1679, el Bill of Rights de 1688 y el Act of Settlement de 1700), para pasar después a una evolución basada en convenciones constitucionales no escritas. (...) De esta forma, la Constitución inglesa no aparece como previa al funcionamiento del Estado sino como consecuencia del mismo y, por lo tanto, su carácter prescriptivo (ordenador de la actividad estatal y de los derechos ciudadanos) es más el resultado de un statu quo político ya conseguido que causa o concausa del mismo."

Tampoco existe la necesidad de la creación de un Derecho administrativo autónomo ni la necesidad de atribuir el poder de control de la Administración a una jurisdicción especializada puesto que el Juez actúa como único órgano del Derecho (del common law) y la Administración Pública se somete al control parlamentario.⁸⁰

En efecto, en los países anglosajones no existe una jurisdicción administrativa especializada puesto que el principio de *rule of law* y, por tanto, la existencia de un solo derecho y único orden jurisdiccional para aplicarlo, aleja la posibilidad que el poder ejecutivo se rija por un derecho propio, de hecho, según palabras de Albert Venn Dicey “*en Inglaterra no existe Derecho administrativo*”⁸¹ y, por ende, se aleja la posibilidad que exista jurisdicción propia.

El autor norteamericano Bernard Schwartz analiza los dos sistemas por excelencia (el sistema francés y el sistema inglés) y llega a la conclusión que, tras la primera mitad del siglo XVII, el predominio de los tribunales ordinarios en el *rule of law* por encima de cualquier órgano no judicial o persona es de todos modos indiscutible y por ello afirma que no existen los conflictos de jurisdicción puesto que es un atributo natural de los Tribunales

⁸⁰ El profesor MARTÍN-RETORILLO BAQUER, Lorenzo en su artículo “Entorno al sistema español de conflictos jurisdiccionales”, Revista Española de Derecho Administrativo, número 9 de 1976, (página 225) dice: “*De adoptarse soluciones que puedan calificarse de ortodoxas en el tema de la división de poderes -como sucede, por ejemplo, en los sistemas anglosajones-, no se precisa una jurisdicción de conflictos por la sencilla razón de que los conflictos no se producen.*”

⁸¹ El profesor de Derecho Inglés en Oxford es el autor del término *rule of law* así como dicha afirmación de la inexistencia del Derecho administrativo en Inglaterra, su obra determinante fue DICEY, Albert Venn “Introduction to the study of the law of the Constitution”, third edition, London, Macmilan and Co, 1889. La tesis de Dicey es aceptada por el mismo HAURIOU, Maurice, en su “*Precis de droit constitutionnel*”, 2e ed, Sirey, Paris, 1929, chap II de la 2e partie, (páginas 224 y ss).

Por otro lado, la afirmación contundente de Dicey es matizada por SÁNCHEZ MORÓN, Miguel en “Derecho Administrativo, parte general”, séptima edición, Ed. Tecnos, 2011 (página 53) al considerar que se trata de un error de perspectiva puesto que, si bien en Gran Bretaña no existe una jurisdicción administrativa especializada, sí que existen prerrogativas a favor del Gobierno y de la Administración así como una amplia potestad reglamentaria poniendo también el ejemplo de Estados Unidos y la creación de las Agencias de poder. También el profesor TRAYTER, Joan Manuel, “Derecho administrativo. Parte general”, Atelier, 2017 (páginas 59 y 60) trae a colación la convergencia entre ambos sistemas debido a la aplicación del Derecho Administrativo europeo.

la definición de su jurisdicción no pudiendo disputársela ningún órgano administrativo puesto que todos están sometidos a la misma jurisdicción.⁸²

Resulta interesante para entender dicho predominio el conflicto surgido entre Sir Edward Coke y el monarca Jacobo I así como sus consecuencias en el *rule of law*.⁸³

Además, en el *rule of law*, el acto administrativo no se beneficia de la Autotutela ejecutiva por lo que los agentes públicos están sometidos al mismo derecho que los particulares; el acto administrativo tiene la fuerza que la Ley le da, si se demuestra que dicho acto administrativo incumple la Ley luego carece de validez por lo que está sujeto a la misma jurisdicción que cualquier acto privado siendo, por ello, innecesaria una jurisdicción específica.⁸⁴

⁸² SCHWARTS, Bernard, en "French Administratives Law and the Common-Law World", New York, 1954. En su obra Schwartz pone como ejemplo la controversia entre Edward Coke (juez de la common law court) y Lord Ellesmere (Lord Chancellor) acaecido en 1616 en el que el monarca Jacobo I tomó partido a favor de la Chancery. El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón recogen dicha cuestión en su "Curso de Derecho Administrativo", Capítulo IX, (páginas 503 a 508).

⁸³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco lo especifica claramente en su monografía "La evolución de la justicia constitucional", Dykinson-constitucional, Madrid, 2013 también en la obra del mismo autor "Sir Edward Coke, el Bonham's Case y la Judicial Review". *Revista De Las Cortes Generales*, (88), (páginas 7 a 85), en concreto el profesor Fernández Segado recuerda (nota 21 a la página 15): "Vale la pena recordar este enfrentamiento entre Jacobo I y Coke, uno de los muchos que tuvo con el Monarca. En 1621, algunos miembros del parlamento cuestionaron la política del Rey respecto a España y a la Iglesia Católica; el Rey les prohibió discutir con posterioridad sobre tales cuestiones. Coke y otros parlamentarios insistieron en la libertad de expresión y debate de los miembros del parlamento, un privilegio heredado de Reinados anteriores, a lo que el Rey replicó que sus privilegios "were derived from the grace and permission of our ancestors and us (for most of them grow from precedents, which show rather a toleration than inheritance)". Asugerencia de Coke, la House of Commons publicó en sus diarios una "protestation", declarando, "that the liberties, franchises, privileges and jurisdictions of parliament are the ancient and undoubted birthright and inheritance of the subjects of England". Como señala Berman, fue esta afirmación de que el parlamento "heredó" sus libertades como un "derecho de nacimiento", frente a la consideración regia de que las poseía por "tolerancia real", lo que condujo a Jacobo I a cesar a Edward Coke en su cargo en el Privy Council y a ordenar su encarcelamiento en la torre de Londres, en la que permaneció confinado y virtualmente aislado durante siete meses."

⁸⁴ El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo explica dicha situación en su "Curso de Derecho Administrativo", (página 504): "El sistema anglosajón puede explicarse con cierta simplicidad, quizá porque su coherencia no precisa para nada acudir a la noción de un poder autónomo interpuesto, dotado de subjetividad y de unos especiales privilegios, poder que es la Administración en los sistemas continentales. Los actos administrativos, como actos aplicativos de la Ley, tienen la autoridad vicaria de la Ley que aplican. No cumplir lo que ordena un acto administrativo se equipara, por ello a incumplir la Ley en el que el mismo se funda, lo cual constituye una infracción penal, según el más antiguo common law. El acto administrativo como tal no se beneficia de ninguna ejecutoriedad, en el sentido que hemos expuesto; simplemente, quien no lo cumplimenta puede ser inculpado ante el

4.- TRANSFORMACIÓN DE PODERES EN ITALIA.

Situamos el ejemplo de Italia para observar cómo se desarrolló la transformación de poderes en un país cuyos teóricos del derecho público influyeron notoriamente en nuestra ciencia jurídica.⁸⁵

En Italia, antes de su nacimiento como nación en el siglo XVIII, el sistema revolucionario francés tuvo, en ciertos territorios, un impacto derivado de la expansión del imperio de Napoleón si bien el sistema de control jurisdiccional de la Administración no fue admitido pacíficamente debido al control político que se ejercía de la misma.⁸⁶

Así, en un primer momento, en determinados estados con ascendencia francesa, se atribuyó la configuración francesa del doble orden jurisdiccional siendo la Corona quien, oído el Consejo de Estado, resolvía los conflictos entre ambos órdenes. (Leyes 1842, 1847 y 1849); más tarde será el Consejo de Estado italiano quien tenga la exclusiva de la resolución de los conflictos (Ley de 30 de octubre de 1859 y Ley de 20 de noviembre de 1859).⁸⁷

juez penal (indictement lies against) por la autoridad que lo hace valer. Pero, y aquí está lo sustancial del sistema, en ese proceso penal el inculpado podrá excepcionar sin limitaciones sobre la validez, formal y de fondo, del acto administrativo, de modo que si justifica ser un acto ilegal será absuelto y su resistencia, así legitimada."

⁸⁵ Entre ellos ROGMANOSI, Gian Domenico, ORLANDO, Vittorio Emanuele, ROMANO, Santi, GIANNINI, Massimo Severo o ZENOBINI, Guido, entre otros.

⁸⁶ SPAVENTA, Silvio, diputado por Bérgamo y miembro del Consejo de Estado italiano, pronunció varios discursos, entre ellos, el más importante fue el que pronunció el 7 de mayo de 1880 sobre la justicia en la administración, al decir: "El Estado dejaría de tener su razón de ser si sirviera solo a los intereses de la parte más fuerte, con daño y ocultación de los derechos de las partes más débiles. Entonces, un estado pronto pasa: la dictadura está a la vuelta de la esquina (...)" Texto extraído de la Fondazione Spaventa: www.fundazionespaventa.com.

⁸⁷ El profesor CROSETTI, Alessandro en el capítulo quinto de la obra de varios autores "Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia", Utet jurídica, capítulo titulado: IL CONSIGLIO DI STATO DALL'UNITÀ D'ITALIA ALLA COSTITUZIONE Genesi ed evoluzione della giustizia amministrativa (página 193) realata la evolución del sistema de resolución de conflictos en diferentes estados italianos y la evolución de los mismos: "Al momento della proclamazione del Regno nel 1861 nelle varie regioni italiane erano presenti distinti ordinamenti della giustizia amministrativa. In alcuni Stati italiani (Napoli 1817, Stati pontifici 1835) era vigente il sistema francese del contenzioso amministrativo, secondo il quale la cognizione delle controversie fra cittadini e pubblica amministrazione era deferita a giudici tratti dalla stessa organizzazione amministrativa."

En efecto, en Italia inicialmente se mantuvo la competencia de los jueces civiles ordinarios siempre que hubiera lesión de un derecho subjetivo de cualquier particular por parte de una actuación administrativa.

Asimismo, cuando el particular requería la anulación de una decisión administrativa sin derecho propio a oponer debía acudir al Consejo de Estado⁸⁸.

Con posterioridad, ante la proclamación del Reino de Italia, la voluntad fue la de instaurar la unidad de jurisdicción con lo que se suprimió la jurisdicción contencioso-administrativa, pero se mantuvo el sistema de conflictos cuya aplicación se amplió a todo el Reino (Ley de 1865)⁸⁹. Dicho mantenimiento fue criticado por la doctrina puesto que, suprimida la jurisdicción contencioso-administrativa, no tenía sentido mantener un sistema de conflictos jurisdiccionales.⁹⁰ Ante dichas manifestaciones se atribuyó al

⁸⁸ Así lo afirman SÁNCHEZ MORÓN, Miguel en "Derecho Administrativo, parte general", séptima edición, Ed Tecnos, 2011 (página 52) y TRAYTER, Joan Manuel en "Derecho administrativo. Parte general", Atelier, 2017 (página 51). La Ley de 31 de marzo de 1889 estableció la jurisdicción general del Consejo de Estado sobre los conflictos entre las autoridades estatales y privadas, en los casos era una cuestión de intereses legítimos que hasta entonces habían sido transferidos a la misma administración; las cuestiones entre los ciudadanos y la administración se mantuvieron en el poder judicial ordinario, en el que la situación afirmaba que era un derecho subjetivo.

En el mismo sentido el profesor CROSETTI, Alessandro en el capítulo quinto de la obra de varios autores "Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia", Utet guiridica, capítulo titulado: IL CONSIGLIO DI STATO DALL'UNITÀ D'ITALIA ALLA COSTITUZIONE. Genesi ed evoluzione della giustizia amministrativa (página 210): *"In tal modo, si veniva a negare che il privato potesse vantare un diritto soggettivo di fronte alla pubblica amministrazione che agisce in veste di autorità e questa tendenza fu seguita, in un primo momento, anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, che, nella veste di giudice dei conflitti di attribuzione, aveva escluso il sindacato giurisdizionale su atti denominati di "pura amministrazione"*

⁸⁹El artículo 13 de la Legge 20 marzo 1865, n. 2248, Legge sul contenzioso amministrativo. (Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale 27 aprile 1865, n. 101) acordava el mantenimiento del regimen de conflictos de 1859: *" Fino ad ulteriori provvedimenti per la risoluzione uniforme dei conflitti tra le autorità giudiziarie e amministrative, la legge del 20 novembre 1859, n.º 3780, sarà estesa a tutte le provincie del Regno, ferma la giurisdizione attribuita al Consiglio di Stato per pronunciare sui conflitti dell'art. 10 della legge sulla costituzione del Consiglio di Stato del Regno."*

⁹⁰ La profesora LOZANO, Blanca en su artículo "Los conflictos entre la Administración y los Tribunales: perspectiva histórica y nueva configuración", publicado en la Revista de Administración Pública, número 118, enero-abril 1989 (página 183) así lo afirma citando a Manca y Berruti que, a su vez, citan a Mancini.

Tribunal de Casación la resolución de conflictos de atribución (Ley 31 de marzo de 1877) entre los Tribunales ordinarios y la administración activa.⁹¹

La unidad jurisdiccional que se pretendió en 1865 brilló por su ausencia puesto que se mantuvieron algunas jurisdicciones especiales (Tribunal de Cuentas y Consejo de Estado) y se reinstauró parcialmente la jurisdicción contencioso-administrativa (Leyes de 1889 y 1890) con posteriores reformas del sistema jurisdiccional que atribuyeron mayor calado a la jurisdicción contencioso-administrativa (función pública, concesiones, orden público, etc.) que culminaron en 1971 con la supresión de las Juntas provinciales siendo sustituidas por los Tribunales Administrativos Regionales como jurisdicción contencioso-administrativa de primer grado quedando el Consejo de Estado como juez de segunda instancia.⁹²

Como se ha enunciado, la supuesta “unidad jurisdiccional” en Italia plantea numerosos problemas de delimitación para determinar los asuntos atribuidos a los tribunales ordinarios y a los tribunales contencioso-administrativos por cuanto las diversas reformas del sistema han roto, en cierto modo, dicha unidad teórica.⁹³

En definitiva, en la actualidad sigue vigente, en grandes rasgos, el sistema establecido en el año 1877 y, por tanto, se atribuye la resolución de conflictos de atribución al Tribunal de Casación, máximo órgano jurisdiccional del poder judicial, si bien mantiene un reducto de posición privilegiada de la administración activa puesto que ésta puede, sin ser parte en el proceso, solicitar que se resuelva sobre el defecto de jurisdicción del juez ordinario a causa de los poderes atribuidos por la ley a la administración. Dicha

⁹¹ Dicha Ley (Legge 31 marzo 1877 (número 3761) suprimió el artículo 13 de la Ley de 1865 y atribuyó a la Sesión Unida del Tribunal de Casación (Sezioni unite) “*dei conflitti di giurisdizione positivi o negativi fra i Tribunali ordinari ed altre giurisdizioni speciali, non che della nullità delle sentenze di queste giurisdizioni per incompetenza od eccesso di potere*” (art. 3 n. 3).

⁹² Legge 6 dicembre 1971, n. 1034 Istituzione dei tribunali amministrativi regionali (Pubblicata nella G.U. 13 dicembre 1971, n. 314).

⁹³ La profesora LOZANO, Blanca en su artículo “Los conflictos entre la Administración y los Tribunales: perspectiva histórica y nueva configuración”, RAP número 118, enero-abril 1989 (páginas 182 a 186) resume perfectamente el sistema italiano de conflictos y, respecto a su regulación, concluye: “*Se consolida así en Italia un «sistema bicéfalo de justicia administrativa» que plantea numerosos problemas de delimitación de los asuntos atribuidos a cada jurisdicción. Para su resolución sigue vigente en sus líneas fundamentales el sistema de 1877, pues dicha Ley continúa en vigor, y aunque el Código de Procedimiento Civil (CPC), aprobado por Ley de 28 de octubre de 1940, ha introducido algunas modificaciones en la estructura del sistema para acomodarlo a la nueva configuración de la Justicia administrativa, recoge casi sin cambios las disposiciones básicas de la Ley de 1877.*”

Por lo tanto, en el ordenamiento jurídico italiano, podemos concluir que el sistema de resolución de los conflictos entre la administración y los Tribunales se atribuye al supremo órgano del poder judicial, a diferencia del sistema francés y, como veremos, del sistema español.

5.- SITUACIÓN ESPAÑOLA ANTE LA TRANSFORMACIÓN DE PODERES. EN PARTICULAR, EL LARGO CAMINO HASTA LA CONSOLIDACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA COMO RAMA ESPECIALIZADA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA.

5.1 Evolución constitucional de la división de poderes (de 1812 hasta la actualidad).

Tal y como hemos advertido, el advenimiento de los efectos de la revolución francesa en nuestro territorio no fueron inmediatos, sino que no fue hasta la gran crisis política originada por el motín de Aranjuez de 17 de marzo de 1808, que se dio paso a la finalización y liquidación del Antiguo Régimen en nuestro Estado.⁹⁵

la indemnización prevista en el artículo 96 del código civil (condena en costas y daños y perjuicio), también había llevado a la perspectiva de dudas sobre la propia razón de ser de la institución."

Asimismo, según el profesor LIEBMAN, Enrico Tullio, en "Manuale di Diritto processuale Civile", ed. Giuffrè, 5ª ed, Milano, 1992 (páginas 24 a 26): "El reglamento de jurisdicción, como lo conocemos hoy en día, es una ampliación y una transformación del viejo medio de resolución de los conflictos de atribución; sirvió al propósito, en la intención del legislador de 1940, de ofrecer a las partes un medio por obtener más rápidamente una decisión definitiva sobre la jurisdicción, antes de que exista un pronunciamiento sobre la cuestión por parte de los jueces que conocen del asunto: en lugar de que lo decidan ellos mismos, cualquiera de las partes puede hacer que lo decida directamente el Tribunal de Casación, órgano supremo regulador del orden de las jurisdicciones, cuya decisión es vinculante y excluye cualquier discusión ulterior sobre el punto decidido."

⁹⁵ El profesor ESCUDERO, José Antonio en su "Curso de Historia del Derecho" (página 810) da buena cuenta de ello así como la evolución de dicho motín y su Junta Central Suprema y Gubernativa de España e Indias hacia el Consejo de Regencia y la posterior reunión de las Cortes de Cádiz en 1812.

En relación a dicho asunto el profesor TOMÁS Y VALIENTE, Francisco en "Manual de Historia del Derecho español", (página 404) entiende que en España hubo una revolución burguesa que: "transformó las bases de la sociedad del Antiguo Régimen y creó las condiciones jurídicas y políticas necesarias para la constitución de una sociedad dominada por la burguesía, organizada políticamente bajo la forma del Estado liberal y caracterizada por la implantación y desarrollo de unas relaciones capitalistas de producción y de cambio." Si bien dicha revolución burguesa tuvo lugar por fases iniciándose en el período de las frustraciones (1808).

No es menos cierto que algunos dirigentes franceses trataron de extender la revolución a la Península con anterioridad a los hechos de 1808.⁹⁶

En efecto, a pesar de que en el país vecino desde el año 1789 se había iniciado una revolución que no tenía marcha atrás, en nuestro país hubo cierta calma tensa que, a pesar de todo, subsistió hasta el motín popular de marzo de 1808 que provocó la abdicación de Carlos IV y la posterior intervención de Napoleón y que, en definitiva, fue el inicio de la Guerra de la Independencia, el derrumbamiento del Antiguo Régimen, así como la aprobación del Estatuto de Bayona de 1808 y la posterior promulgación de la Constitución de Cádiz de 1812.

Fue la primera Constitución nacional de 1812 la que plasmó por escrito la división de poderes en nuestro ordenamiento jurídico español si bien su aplicación práctica devino prácticamente imposible.⁹⁷

En la Constitución de 1812 si bien se partía de los postulados teóricos de la división de poderes, no hacía referencia expresa al poder judicial pero sí que se refirió a la potestad judicial como separada completamente de cualquier otro ejercicio de autoridad soberana.⁹⁸

⁹⁶ Así lo relata el profesor GARCÍA-GALLO, Alfonso en "El origen y la evolución del Derecho", (página 110) al afirmar que lo intentó el marqués Juan Antonio de Condorcet en 1793 mediante sus proclamas así como miembros de los comités revolucionarios españoles radicados en Bayona y Perpiñán.

Del mismo modo los profesores MONTANOS, Emma y SÁNCHEZ-ARCILLA, José en su "Historia del Derecho y de las instituciones", tercer volumen (página 2): *"La actitud del gobierno español de declarar la guerra a Francia (1792-1795) fue contrarrestada por la Asamblea Nacional creando comités revolucionarios que pretenden extender la revolución a España, redactando proclamas en las que se denuncia la tiranía de los monarcas españoles, los abusos de la Inquisición y el mal gobierno. Pero esta propaganda apenas surtiría efecto."*

⁹⁷ La Constitución de Cádiz estuvo vigente en un primer período desde el 19 de marzo de 1812 hasta el 4 de mayo de 1814; en una segunda etapa, desde el 10 de marzo de 1820 hasta el 1 de octubre de 1823 y en un tercer momento desde el 13 agosto de 1836 hasta el 18 de junio de 1837 según podemos leer en el trabajo del profesor TOMÁS Y VALIENTE, Francisco "Manual de Historia del Derecho español" (página 442).

⁹⁸ Art. 15. La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey. Art. 16. La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey. Art. 17. La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los Tribunales establecidos por la ley.

Según LOZANO, Blanca en "Los conflictos entre la Administración y los Tribunales: perspectiva histórica y nueva configuración", RAP número 118, enero-abril 1989, (página 187): *"Esta situación explica que en la Constitución de Cádiz de 1812 no existiera la preocupación por*

Si bien la concepción teórica inicial del liberalismo gaditano fue la adscripción del poder judicial a la soberanía y, por lo tanto, a considerarlo como un poder autónomo, su regulación concreta demuestra que los resultados fueron distintos debido a las concesiones que debían hacerse al pasado que cuestionaron el principio de unidad jurisdiccional y vaciaron de contenido el principio de exclusividad regulado en su artículo 242.⁹⁹

Con posterioridad a la Constitución de 1812, sólo tres constituciones con vigencia hicieron referencia expresa al poder judicial (son las constituciones del año 1837, 1845 y 1869; también la de 1856 que no tuvo vigencia) y si se habla de poder judicial es gracias a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 que se dictó amparada en la Constitución de 1869.

Es la Constitución de 1837 que contiene, por primera vez en el constitucionalismo español, en su título X la denominación expresa de Poder judicial si bien, pese al título el contenido del mismo se acercaba más a un documento doctrinal que práctico en aras a las condiciones en que el país se encontraba y así se confirmó mediante su desarrollo normativo.¹⁰⁰

salvaguardar la independencia de la Administración frente al poder judicial, sino por acabar con los fueros privilegiados y los señoríos jurisdiccionales."

⁹⁹ APARICIO, Miguel Ángel, en "El status del Poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)", UB publicaciones, 1995.

¹⁰⁰ APARICIO, Miguel Ángel, "El status del Poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)", UB publicaciones 1995 (página 67). Por otro lado, tal y como establece FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón en "La reforma histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)", CCGPJ y Consejo de Estado, Civitas, 1998 (página 118): "*Sin embargo, la realidad acaba por relativizar la validez universal de los principios constitucionalizados en este texto de 1837, cuando no deja en entredicho pura y simplemente la de algunos de ellos, como es el caso de la inamovilidad judicial.*"

En el mismo sentido TOMÁS Y VALIENTE, Francisco "Manual de Historia del Derecho español", (página 445): "*El principio de división de poderes está igualmente aminorado; tampoco está declarado de modo expreso, y como la intervención del rey en el poder legislativo es muy importante, según veremos luego, la quiebra de tal principio se realizó en forma de fortalecimiento del poder real, que no es sólo el titular del ejecutivo sino el poder más fuerte del Estado.*"

También es del mismo parecer MONTERO AROCA, Juan en "Ensayos de Derecho Procesal", JM Bosch editor, Barcelona, 1996, (páginas 15 y 16) al decir: "*En España la expresión "Poder Judicial" se ha mantenido tradicionalmente, pero ello es fruto de la casualidad. De nuestras Constituciones, sólo tres han hablado de Poder Judicial, las de 1837, 1856 y 1869, pero la vigencia sumada de las tres no ha superado los quince años. La casualidad proviene de que la Ley Orgánica provisional del Poder Judicial de 1870 se dictara bajo la vigencia de la Constitución de 1869 y de que fuera "provisional", con lo que se ha mantenido en vigor hasta 1985. Es sabido que en España lo provisional se convierte en definitivo, y lo definitivo es siempre efímero.*"

Si la llamada Constitución progresista de 1837 no introdujo modificaciones sustanciales en el modelo judicial, tampoco lo hizo la moderada de 1845, manteniendo las mismas líneas estructurales de su predecesora si bien modificó la denominación del encabezamiento del título X sustituyendo “Poder judicial” por el de “Administración de Justicia” si bien manteniendo el articulado prácticamente idéntico.¹⁰¹

En los años posteriores se iría conformando paulatinamente el camino hacia el desarrollo de las previsiones constitucionales referidas a la organización judicial; caminos inicialmente abiertos por los movimientos más puramente liberales del bienio 1854-1856, pasando por los trabajos de la Comisión de Codificación sobre la reforma judicial que dieron su fruto con la aprobación de la Ley de Bases que autorizaba al Gobierno a desarrollar la Orgánica de Tribunales y la del Procedimiento en materia Criminal, que fue sancionada el 11 de abril de 1868, cuyo desarrollo fue imposible por la entrada en escena de los acontecimientos revolucionarios de septiembre de 1868 que supuso el inicio del denominado sexenio revolucionario.¹⁰²

Poco después, la Constitución de 1869 recuperó en su título VII la denominación de Poder judicial en cuyo articulado daba amplios poderes a la ley para desarrollar sus previsiones.¹⁰³

Ahora bien, el mantenimiento de la expresión no ha supuesto que tuviéramos un verdadero Poder Judicial. También en España, durante todo el siglo XIX y en el XX hasta la Constitución de 1978, hemos tenido sólo Administración de Justicia.”

¹⁰¹ El artículo 63 de la Constitución de 1837 establece: “A los Tribunales y Juzgados pertenece exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, sin que puedan ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado.” y el artículo 66 de la Constitución de 1845 en los mismo términos dice: “A los Tribunales y Juzgados pertenece exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales; sin que puedan ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado.”

¹⁰² Explica el profesor ESCUDERO, José Antonio en “Curso de historia del Derecho” (páginas 819 y 820) que tuvo lugar un desviacionismo de las fuerzas políticas hacia posiciones extremas y, citando a Fontana, para los demócratas solo era posible alcanzar el poder por medio de la revolución, así como que al clima político depresivo se sumó la crisis económica y llegó el golpe de Estado y Isabel II se refugia en Francia.

¹⁰³ Artículo 94: “Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes. En ellos no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales.” (artículo 91) y “El ingreso en la carrera judicial será por oposición. Sin embargo, el Rey podrá nombrar hasta la cuarta parte de Magistrados de las Audiencias y del Tribunal Supremo sin sujeción a lo dispuesto en el párrafo anterior, ni a las reglas generales de la ley orgánica de Tribunales pero siempre con audiencia del Consejo de Estado y dentro de las categorías que para estos casos establezca la referida ley.”

Según algunos autores, entre ellos Blanca Lozano citando al profesor José Ramón Parada Vázquez, es en este momento en que se eleva la Justicia a rango de poder independiente y separado del poder ejecutivo: *“distingue ya perfectamente entre el poder ejecutivo que reside en el Rey y los Ministros y el poder judicial que ejercen los Tribunales”*.¹⁰⁴

En desarrollo de dicha Constitución se aprobó la Ley Provisional Orgánica del Poder Judicial cuya publicación tuvo lugar el 15 de septiembre de 1870, dicha Ley “provisional” tendría una larga vigencia hasta 1985 superando la Primera República, la Restauración, la Dictadura de Primo de Rivera, la Segunda República, el Franquismo y unos años del período constitucional actual.

Dicha constitucionalización y posterior desarrollo normativo “provisional” no determina per se la existencia de un poder judicial ya que la inamovilidad jurisdiccional brillaba por su ausencia (ver ejemplo de la disposición transitoria VIII LOPJ 1870 donde se regulan la existencia del cesante en la carrera judicial) y en realidad operaba la concepción napoleónica así que el poder judicial, como lo entendemos hoy en día, se reducía a Administración de justicia.

Una vez situados en la Restauración, será en la Constitución de 1876 donde el Poder judicial aparece, en rasgos generales, en una posición prácticamente idéntica a su predecesora así como, de nuevo, se deshabilita el título de “Poder judicial” en el encabezamiento del título que lo regula.

En el transcurso de la Dictadura de Primo de Rivera no hubo cambios significativos respecto la regulación anterior del Poder judicial, más allá de modificar la estructura judicial interna.

La Segunda República y su Constitución de 1931 puso sus esfuerzos en modernizar y regenerar el Poder judicial, esfuerzos que cristalizaron en el Título VII encabezado por la denominación “Justicia” y donde en el primer apartado de su artículo 94 establecía que: *“La Justicia se administra en nombre*

¹⁰⁴ LOZANO, Blanca, “Los conflictos entre la Administración y los Tribunales”, RAP número 118, 1989, (página 195): *“Esta atribución de la competencia contencioso-administrativa a los Tribunales no responde ya en nuestro siglo a una simple “decisión del monarca, basada en razones de pura oportunidad”, sino que es consecuencia de un cambio constitucional más profundo: la elevación de la función judicial a rango de poder independiente y separado del poder ejecutivo que se produjo, como ha señalado PARADA “cuando por obra de los demócratas liberales se comienza a hablar de Poder Judicial, lo que tiene lugar en la Constitución de 1869, que liquida y supera la concepción del Rey como superior jerárquico de la Administración de Justicia” y que “distingue ya perfectamente entre el poder ejecutivo que reside en el Rey y los Ministros (art. 35), y el poder judicial que ejercen los Tribunales (art. 36).”*

del Estado” si bien, por lo demás, no se obtuvo avance en la autonomía respecto la organización estatal teniendo en cuenta que el presidente del Tribunal Supremo lo designaba el jefe del Estado (artículo 96) cuyas funciones, entre otras, estaba la de proponer al Ministro de Justicia los ascensos y traslados de jueces y magistrados (artículo 97 b).

El paso hacia el Franquismo supuso la continuación de la intervención del poder legislativo y ejecutivo sobre el poder judicial puesto que, si bien existía un repudio formal del principio de división de poderes (artículo 2 de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967)¹⁰⁵ no se llegó a poner en cuestión la técnica de la separación entre la Administración y la Justicia.¹⁰⁶

Y no solo el Franquismo supuso la continuidad técnica de la separación de poderes, sino que, además, supuso la consolidación y generalización de los principios de ejecutoriedad de los actos administrativos y de acción de oficio.¹⁰⁷

La llegada de la transición hacia una democracia parlamentaria nos conduce hasta el actual marco constitucional de 1978 que se analizará con mayor detalle y que, como veremos, significa un paso adelante respecto a la situación de los poderes ejecutivo y judicial.

5.2 Evolución de la separación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción contencioso-administrativa.

5.2.1 Introducción.

En paralelo a la evolución constitucional de la división de poderes y, en concreto, del poder judicial, hay otra evolución que tiene mucho que ver con el objeto de este trabajo.

En efecto, si en el punto anterior hemos visto de qué modo es tratada la división de poderes en las diferentes constituciones de nuestro ordenamiento

¹⁰⁵ Artículo 2: “I. La soberanía nacional es una e indivisible, sin que sea susceptible de delegación ni cesión. II. El sistema institucional del Estado español responde a los principios de unidad de poder y coordinación de funciones.”

¹⁰⁶ Tal y como explica GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo en “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, Capítulo IX (página 512) el principio de división de poderes se mantuvo como un principio técnico que se definió en Leyes ordinarias (así la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa de 1956).

¹⁰⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, “Curso de Derecho Administrativo” I, decimotercera edición, (página 512).

jurídico ahora debemos tratar su aplicación práctica en el ámbito jurisdiccional y, en concreto, en el ámbito contencioso administrativo.

Resulta importante efectuar dicha distinción por cuanto, en relación a la materia objeto de estudio, es necesario analizar la evolución de la dualidad de jurisdicciones para determinar si estamos ante una dualidad de jurisdicciones estricta o totalmente separadas (sistema francés) o bien ante una unidad de jurisdicción constitucionalmente reconocida (sistema español).

Con el análisis de la evolución de la separación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción contencioso-administrativa en el ordenamiento jurídico español podremos observar los vaivenes de nuestros legisladores y sus semejanzas, en ciertos momentos históricos, con el modelo francés.

Anteriormente, nos hemos referido a la inexistencia de división de poderes en el Antiguo régimen y a la existencia de una jurisdicción ordinaria que aunaba asuntos contenciosos y gubernativos y otra jurisdicción especial o privilegiada con múltiples ramas.

Una vez superado el Antiguo régimen debemos analizar de qué manera evoluciona en la práctica la situación del poder judicial y el poder ejecutivo y, en concreto, de cómo se trataron los asuntos contenciosos que tenían que ver con el poder ejecutivo.

El profesor Alejandro Nieto, analizando los autores de la época, afirma que, una vez superado el Antiguo régimen, el Poder Judicial conocía de los asuntos contenciosos (asuntos civiles y penales), la Administración conocía de los asuntos gubernativos o administrativos y luego surgía el problema de los asuntos mixtos, esto es, aquellos que siendo asuntos contenciosos (o civiles) por su naturaleza o en razón al derecho preexistente en que se fundaban, participaban a la vez de la cualidad de administrativos por el carácter de su objeto o por las circunstancias de los que en ellos tenían interés.¹⁰⁸

¹⁰⁸ En cita de ORTIZ DE ZÚÑIGA, Diego en el artículo de NIETO, Alejandro "Los orígenes del contencioso-administrativo en España" (páginas 31 y 32): *"Este autor, contemplando fenomenológicamente la realidad de su tiempo, aísla tres clases de asuntos perfectamente diferenciados: los contenciosos, cuyo conocimiento corresponde, sin duda, al Poder judicial; los gubernativos o administrativos, que, también sin duda, corresponden a la Administración, y, por último, los contencioso-administrativos, que es donde surge el problema. La determinación de estos asuntos mixtos, contenciosos y administrativos a un tiempo, es relativamente sencilla: se trata de asuntos «que siendo contenciosos (o civiles) por naturaleza, en razón al derecho preexistente en que se fundan, participan a la vez de la cualidad de administrativos por el carácter de su objeto y por las circunstancias de los que en ellos tienen interés. Esta clase de asuntos se denominan contencioso-administrativos, y*

Asimismo, el profesor Lorenzo Martín-Retortillo afirmaba que en el proceso de consolidación de lo contencioso-administrativo existía un problema continuo: la distribución de asuntos entre el germen de los Tribunales contencioso-administrativos y al resto de Tribunales.¹⁰⁹

Para ciertos autores de la época, era evidente que existía un vacío legislativo para el conocimiento de dichos asuntos contencioso-administrativos que, a su vez, suponían conflictos de autoridades y competencias.¹¹⁰

Según el profesor Garrido Falla, se abrió un paréntesis en nuestra historia en el que los españoles no tuvieron acceso a los remedios del régimen absoluto ni a los remedios de los Tribunales administrativos que aún no habían sido creados.¹¹¹

su deslinde ofrece no menos dificultades, porque es casi imposible hacerlo con el auxilio de reglas generales y fijas"

¹⁰⁹ Merece la pena citar el excepcional Trabajo realizado por MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo en el artículo "Unidad de jurisdicción para la administración pública", publicado en la Revista de Administración Pública, número 49 de enero-abril de 1966 (página 146) donde dice: "En el proceso de consolidación de lo contencioso-administrativo hay un problema que aflora continuamente: es el de distribuir los asuntos que se van a encomendar a los entonces en germen Tribunales contencioso-administrativos y los que se van a encomendar a otros Tribunales."

¹¹⁰ Son continuas las referencias de ORTIZ DE ZÚÑIGA, Diego en su obra "Elementos de Derecho Administrativo" III, Granada, 1843, capítulo único: de los límites entre la jurisdicción administrativa y la judicial (páginas 364-379): "Pero por más que se deslinden y clasifiquen las atribuciones de ambos poderes, son siempre inevitables los conflictos ó competencias de facultades, y es preciso que haya un poder supremo que irrevocablemente decida sobre estas cuestiones de jurisdicción." (...) "Mas volviendo á los asuntos civiles; aun deslindados de la manera posible los negocios administrativos y los judiciales, es necesario entrar en la calificación de otros, que siendo contenciosos por su naturaleza, en razón al derecho preexistente en que se fundan, participan ala vez de la cualidad de administrativos por el carácter de su objeto y por las circunstancias de los que en ellos tienen interés. Esta clase de asuntos se denominan contencioso-administrativos, y su deslinde ofrece no menos dificultades, porque es casi imposible hacerlo con el auxilio de reglas generales y fijas." (...) "Pero en todos estos casos ¿qué tribunal deberá conocer de las cuestiones y decidir las? Este es uno de los grandes vacíos que se encuentran en nuestra legislación y que ofrece á cada paso tan empeñados conflictos de autoridades y tan repetidas competencias, en que las mas veces con la mejor buena fe combaten frente á frente la Administración y la Justicia con grave daño de los intereses que se disputan y con mengua del prestigio que han menester todos los poderes del estado. Desgraciadamente no se conocen todavía entre nosotros tribunales que participando á un tiempo de la jurisdicción administrativa y de la contenciosa, tengan la atribución propia y legal de juzgar los negocios de esa clase."

¹¹¹ GARRIDO FALLA, Fernando "Evolución del recurso contencioso administrativo en España", RAP número 55, 1968 (página 14): "Lo cierto es, sin embargo, que la realidad se encargó de demostrar que existían posibles contiendas jurídicas de carácter administrativo que no podían conocer los Tribunales ordinarios ni tampoco los Juzgados y fueros especiales que acababan de ser suprimidos. Se abre así un paréntesis en nuestra Historia, paradójica secuela del constitucionalismo,

El vacío legislativo para el conocimiento de dichos asuntos, en cierto modo, se achacaba a la falta de previsión constitucional.¹¹² Hemos observado como la situación constitucional de la época no reconocía la autonomía constitucional del Poder Judicial (ni la de 1837 ni la de 1845) y como el mismo Poder Judicial era parte integrante del poder ejecutivo que, a su vez, correspondía al Monarca.¹¹³

Aunque existiese un vacío legal para los asuntos contencioso-administrativos, la doctrina se cuidó de decantar la balanza hacia el lado de la Administración y no hacia el lado de los Tribunales.

durante el cual los españoles no tuvieron a su alcance ni los tradicionales y relativos remedios del régimen absolutista, ni los de unos Tribunales administrativos que no habían nacido todavía."

¹¹² NIETO, Alejandro, en "Orígenes de lo contencioso-administrativo en España" (página 33) afirma que en España, a diferencia de Francia, la situación constitucional es en 1845 muy distinta y por ello no surge alternativa entre el poder ejecutivo y el poder judicial y, por lo tanto, el problema constitucional queda así modificado, y va a tratarse solamente de una simple decisión del Monarca, inspirada en razones de pura oportunidad.

En el mismo sentido el profesor TOMÁS Y VALIENTE, Francisco en "Manual de Historial del Derecho", (página 592), al decir: *"En contra de la radical división de poderes contenida en la Constitución de 1812, en las décadas centrales del siglo se impuso la idea de que el poder judicial carecía de autonomía constitucional, siendo tan sólo una rama dentro del ejecutivo. "La autoridad judicial (escribía a este propósito Colmeiro) no es un poder distinto del ejecutivo, sino una parte de él"."*

¹¹³ Cita el profesor NIETO, Alejandro en "Orígenes de lo contencioso-administrativo en España" (página 33) a GIL DE ZÁRATE, SILVELA, COLMEIRO, CABALLERO Y MONTES al decir: GIL DE ZÁRATE: *«El Gobierno de toda la nación en el lugar citado – se divide, como es sabido, en dos grandes ramas: el Poder legislativo y el Poder ejecutivo..., lo que regularmente se llama el Poder judicial no es más que uno de los ramales del Poder ejecutivo, una emanación suya, cuyo objeto es aplicar las Leyes que arreglan los intereses de los particulares entre sí.»* SILVELA en 1839: *"El supremo administrador del Estado debe ser, al propio tiempo, el Juez supremo de las contiendas administrativas, bajo la responsabilidad de sus Ministros. A la verdad, este principio no se halla explícito en nuestra Ley fundamental, como no lo está en ninguna constitución; mas no por eso deja de estar virtualmente comprendido en todas ellas... Además, de tiempo inmemorial en España, el Rey está en posesión de ejercer aquel derecho".* COLMEIRO: *"El Poder político es verdaderamente uno solo..., y si alguna división fundamental cabe, es la que separa la facultad de dictar de la de aplicar las Leyes. La Autoridad judicial no es un Poder distinto del ejecutivo, sino una parte de él... Pues que, según la Constitución, el Rey posee la plenitud del Poder ejecutivo, debe ser considerado superior común de la Administración y de la justicia".* CABALLERO Y MONTES: *"Dos únicamente son los poderes, para los que consideran que la función de todo Gobierno es dictar Leyes y hacerlas ejecutar: Poder legislativo, expresión de la unidad de la vida social, rigiéndose a sí propia, y Poder político, encargado de llevar a la práctica la unidad por medio de la Administración y de la Justicia.»*

En efecto, el resultado de la balanza (como argumenta el profesor Alejandro Nieto) es aplastante a favor del poder ejecutivo.¹¹⁴

5.2.2 *Administración activa y Administración jurisdiccional/ Justicia retenida y justicia delegada.*

La situación existente a mediados del siglo XIX, en el que la balanza estaba de lado de la Administración, generó otra discusión doctrinal: ¿cómo encajaba la Administración jurisdiccional dentro del poder ejecutivo? ¿Cómo se explicaba la potestad jurisdiccional de la Administración? ¿Cómo se llevaba a cabo el ejercicio de dicha jurisdicción?¹¹⁵

Podemos afirmar que existían varios sistemas posibles, siguiendo la diferenciación del profesor Santamaría Paredes que, por su claridad, expondremos a continuación. Según el profesor Santamaría Paredes existían los siguientes sistemas para el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa¹¹⁶:

¹¹⁴ NIETO, Alejandro "Orígenes de lo contencioso-administrativo en España" (página 33): "En 1839 afirma SILVELA que de lo que precede se discute [desde] hace quince años (es decir, desde la muerte de Fernando VII) y cada día con más calor entre los publicistas: quien opina que en toda colisión inter venga el Poder judicial, y quien pretende exigir Tribunales administrativos independientes, soberanos en su línea"; pero, la realidad es que en la literatura el dominio de la última tesis es aplastante. Con la sola excepción de PACHECO – y referida exclusivamente a los contratos administrativos –, los autores se limitan a aludir a la tesis judicialista para refutarla sin compasión. Andando los años, MARTÍNEZ DE ALCUBILLA afirmaría haber sido el primer defensor en España de la tesis judicialista."

¹¹⁵ NIETO, Alejandro "Orígenes de lo contencioso-administrativo en España" (página 37): "Una vez llegados al convencimiento de que la materia de lo contencioso-administrativo no era propia de los Tribunales, sino de la Administración, correspondía a los autores explicar esta «jurisdicción de la Administración», a primera vista un tanto extraña."

¹¹⁶ Discurso ante el Congreso de los Diputados, de fecha 14 de diciembre de 1887 del profesor SANTAMARÍA PAREDES, Vicente en relación a la discusión del dictamen sobre el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa publicado en el Diario de Sesiones de las Cortes número 11: "Yo entiendo que en esto de la organización de los Tribunales Contencioso-administrativos hay dos sistemas radicalmente opuestos, dos sistemas eclécticos y un sistema mixto ó armónico. Son sistemas radicalmente opuestos los que yo llamo sistema administrativo puro y sistema puro judicial; voy a señalar sus caracteres. El sistema administrativo puro se distingue, a mi entender, por estas tres cualidades: lo contencioso-administrativo no es más que una revisión del acto administrativo producido en la vía gubernativa; debe resolverse por la misma Administración, con jurisdicción retenida y mediante el dictamen de Cuerpos consultivos. El sistema judicial puro se distingue por estos otros tres caracteres: lo contencioso administrativo no es una revisión del acto gubernativo, es un verdadero pleito; en este pleito el Estado puede ser demandado como un particular cualquiera, y como consecuencia del pleito el Estado puede ser condenado como un particular cualquiera también. Sin embargo, de uno y de otro caso, de una y de otra tendencia se viene a la solución armónica, y en este camino surgen las soluciones eclécticas. La solución ecléctica, que viene del caso administrativo, es aquella que consiste en decir: lo contencioso-administrativo es una revisión,

- El sistema administrativo puro: lo contencioso-administrativo no es más que una revisión del acto administrativo producido en la vía gubernativa y, por lo tanto, debía resolverse por la misma Administración, con jurisdicción retenida y mediante el dictamen de cuerpos consultivos.
- El sistema puro judicial: lo contencioso administrativo no es una revisión del acto gubernativo, es un verdadero pleito y en este pleito la Administración puede ser demandada como un particular cualquiera, y como consecuencia del pleito la Administración puede ser condenada como un particular cualquiera.
- Las soluciones mixtas o eclécticas:
 - o Solución ecléctica administrativa: lo contencioso-administrativo es una revisión del acto administrativo, pero prescindiendo de la jurisdicción retenida convirtiéndola en jurisdicción delegada con unos funcionarios inamovibles de las Salas de lo Contencioso-administrativo del Consejo de Estado.
 - o Solución ecléctica judicial: lo contencioso-administrativo no es un pleito como otro cualquiera, tiene una especialidad y, como tal, debe constituirse una Sala especial que forma parte de los tribunales de justicia, dentro del Poder judicial, con jurisdicción delegada y con magistrados inamovibles.
- Las soluciones armónicas: lo contencioso administrativo no pertenece al orden judicial ni al orden administrativo y no debe estar supeditado ni al Poder ejecutivo ni al poder judicial.

si, del acto administrativo, pero una revisión que debe hacerse con más formalidades; vamos a prescindir de la jurisdicción retenida y a convertirla en jurisdicción delegada ; vamos de hacer inamovibles los funcionarios de los Cuerpos consultivos, y así se han establecido las Salas de lo Contencioso-administrativo del Consejo de Estado, compuestas de consejeros inamovibles y con jurisdicción delegada. Del camino judicial se ha venido a la solución ecléctica por otros medios; se ha dicho: no; lo contencioso-administrativo no es un pleito como otro cualquiera, tiene una especialidad; vamos a, constituir una Sala especial, pero formando parte de los tribunales de justicia, como un organismo más del Poder judicial, y claro está que con jurisdicción delegada y con magistrados inamovibles. Viene por último la solución armónica, que es la que la Comisión propone, según la cual, lo contencioso administrativo no pertenece al orden judicial ni al orden administrativo; tiene una situación propia; ni es una segunda parte del procedimiento administrativo, ni es un pleito ordinario que exija conocimientos especiales; surge de la reunión de estos términos: lo administrativo y lo contencioso; y no debe estar supeditado ni al Poder ejecutivo ni al judicial. . ."

A mediados del siglo XIX, la respuesta fue fácil a nivel doctrinal, puesto que se concebía a la Administración como un poder gestor de funciones diversas y dotado también de varias potestades con dos esferas administrativas: una Administración directa o activa, que tenía una potestad de mando o imperio, y una Administración pasiva, que tenía una potestad de jurisdicción o de mixto imperio, dentro de la cual se encaja con naturalidad la jurisdicción contenciosa-administrativa.¹¹⁷

Esta teoría doctrinal ampliamente aceptada se concretó en 1845 en un sistema orgánico prácticamente idéntico al sistema francés.¹¹⁸

Fue Silvela, con inspiración e influencia francesa¹¹⁹, quien presentó ante el Congreso de los Diputados, el 12 de noviembre de 1838, una proposición de Ley, que sirvió de base a las realizaciones de 1845.¹²⁰

En ella se propone la creación de un Consejo de Estado (futuro Consejo Real) como órgano asesor que prepara y propone las resoluciones al Rey y a sus Ministros y unos Consejos provinciales inferiores con funciones estrictamente jurisdiccionales y no consultivas.

¹¹⁷ NIETO, Alejandro "Orígenes de lo contencioso-administrativo en España" (página 38): *"El problema, sin embargo, se resolvió con toda facilidad, desde el momento en que se concebía a la Administración como un poder gestor de funciones diversas y dotado también de varias potestades. Así entra en juego la tesis, aceptada durante todo el siglo, de las dos esferas administrativas: Administración directa o activa, que tiene una potestad de mando o imperio, y Administración pasiva, que tiene una potestad de jurisdicción o de mixto imperio, dentro de la cual se encaja con toda naturalidad esta jurisdicción contenciosa."*

¹¹⁸ Según GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, en el "Curso de Derecho Administrativo", Tomo II, (página 574), esta recepción se apunta ya en la Constitución de Bayona y en la Constitución de Cádiz si bien la instauración efectiva del sistema no se produce hasta las Leyes de 2 de abril y de 6 de junio de 1845.

¹¹⁹ Según GARRIDO FALLA, Fernando en "La evolución del recurso contencioso-administrativo en España", RAP número 55, de 1968, (página 15): *"Ciertamente, la doctrina es totalmente favorable a la creación de Tribunales administrativos; pero unos Tribunales no sólo distintos de los ordinarios, sino incluso integrados en el Poder ejecutivo. La influencia francesa se deja sentir, desde luego, en este asunto. SILVELA, que comienza por aceptar su inspiración, propone unos Tribunales administrativos basados «en el dogma constitucional que el Supremo administrador del Estado debe ser, al propio tiempo, el Juez supremo en las contiendas administrativas, bajo la responsabilidad de sus Ministros»: intervención de Cuerpos consultivos, pero decisión final del Rey, refrendada por un Ministro responsable."*

¹²⁰ NIETO, Alejandro "Orígenes de lo contencioso-administrativo en España" (página 40): *"El importador oficial del sistema francés, en cuanto primer teórico que concretó sus ideas en un proyecto legislativo, que en lo sustancial se aceptó, fue SILVELA. Este autor presentó al Congreso, el 12 de noviembre de 1838, una proposición de Ley, que sirvió de base a las realizaciones de 1845 (cfr. ob. cit., págs. 181 y sigs.)."*

Por lo tanto, con la aprobación de las Leyes jurisdiccionales de 1845 y sus reglamentos de 1846 al ciudadano se le abrían tres puertas para poder proteger sus derechos¹²¹:

- Recurso ante el superior jerárquico en la línea administrativa activa.
- Recurso ante los Tribunales ordinarios, por la vía contenciosa.
- Acción ordinaria ante los Tribunales.

Se trataba de un sistema de justicia administrativa retenida, esto es, el Consejo Real emitía una consulta, pero era el Poder ejecutivo quien resolvía y, por lo tanto, retenía para sí mismo la función jurisdiccional.

En definitiva, el abanico de posibilidades ante la Administración activa, la Administración jurisdiccional y los Tribunales ordinarios dio entrada al “pavoroso problema” de las cuestiones de competencia, pesada e inevitable cruz de esta planta jurisdiccional, que casi llegó a paralizarla y que en vano intentan aliviar los esfuerzos de la doctrina y del propio Consejo Real.¹²²

A tal efecto, Alejandro Nieto cita las resoluciones dictadas en las cuestiones de competencias entre la Administración y los Tribunales entre 1846 y 1853.¹²³

¹²¹ NIETO, Alejandro cita la Revista “El Derecho Moderno”, tomo XII, 1852, página 200 y hace expresa referencia a la Ley de 2 de abril de 1845 de organización y atribuciones de los Consejos Provinciales la Ley de 6 de julio de 1845 de organización y atribuciones del Consejo Real así como las normas que los desarrollan: el Real Decreto de 1 de octubre de 1845, aprobando el reglamento sobre el modo de proceder de los Consejos Provinciales como tribunales administrativos, y de su régimen interior, Real Decreto de 30 de diciembre de 1846, aprobando interinamente el reglamento sobre el modo de proceder en los negocios contenciosos de la Administración que se ventilan en el Consejo Real, Real Decreto de 4 de junio de 1847, estableciendo reglas generales y permanentes para sustanciar y dirimir las competencias de jurisdicción entre las autoridades judiciales y administrativas y Real Decreto de 29 de septiembre de 1847, dando nueva organización a los Consejos administrativos y de provincia.

¹²² NIETO, Alejandro “Orígenes de lo contencioso-administrativo en España” (página 42) calificó expresamente de pavoroso problema: “*Pero precisamente esta pluralidad de vías, no obstante las garantías que representaba, daba entrada al pavoroso problema de las cuestiones de competencia, pesada e inevitable cruz de esta planta jurisdiccional, que casi llega a paralizarla y que en vano intentan aliviar los esfuerzos de la doctrina y del propio Consejo Real.*”

¹²³ Para la resolución de dichas cuestiones de competencias, como veremos, se aprobó el Real Decreto de 6 de junio de 1844 por el que se determina las reglas que han de observarse en las contiendas de jurisdicción y atribuciones entre las autoridades administrativas y los jueces y tribunales comunes que dictó unas reglas “sencillas y generales” para dirimir las contiendas de atribución y jurisdiccionales “tan frecuentes e inevitables” mientras se realiza la creación de un alto cuerpo consultivo a quien compete entender en esta clase de asuntos.

AÑO	Decisiones de competencia	A favor de la Administración	A favor de los Tribunales	No ha lugar a decidir
1846	76	53	11	12
1847	103	43	58	12
1848	63	35	24	4
1849	64	32	21	11
1850	55	36	15	5
1851	48	29	16	3
1852	80	49	19	10
1853	57	41	8	8

En definitiva, tras el fin del Antiguo Régimen y hasta mediados del siglo XIX tenemos una jurisdicción administrativa situada dentro del poder ejecutivo si bien con una jurisdicción retenida, esto es, el órgano jurisdiccional (Consejo Real) emitía una consulta, pero era el Poder ejecutivo quien resolvía y, por lo tanto, retenía para sí mismo la función jurisdiccional, esto es, dicha jurisdicción obedecía al sistema administrativo puro.

5.2.3 *El Tribunal contencioso-administrativo y las Diputaciones provinciales (1854-1856).*

Tras la revolución de 1854 se suprimieron el Consejo real y los Consejos provinciales y sus funciones pasaron a manos de un Tribunal contencioso-administrativo de nueva creación y de las Diputaciones provinciales, el sistema no dio buenos resultados.¹²⁴

En dicha época seguía vigente el régimen de jurisdicción retenida y el sistema administrativo puro puesto que dichos Tribunales estaban compuestos por jueces libremente nombrados por la Administración, sin retribución, sin

¹²⁴ NIETO, Alejandro "Orígenes de lo contencioso-administrativo en España" (página 43): "El sistema no dio buen resultado: Las Diputaciones, tal como estaban organizadas, no eran capaces de funcionar como un Tribunal. Y por lo que se refiere al Tribunal contencioso-administrativo, que sucedió al Consejo Real, la crítica posterior le fue siempre adversa. SANTAMARÍA DE PAREDES (testigo de excepción, pero, a decir verdad, muy poco imparcial, lo explica de la siguiente manera: «era un Tribunal compuesto de empleados activos o cesantes, que la Administración nombraba libremente, sin condiciones de ninguna clase; estos funcionarios no tenían retribución alguna por el desempeño de este difícil y trabajoso cargo, eran amovibles y, sobre todo, no ejercían la jurisdicción delegada»; lo que se comprueba al repasar los Decretos de la época, muchos de los cuales acaban con la fórmula significativa de «oído el Tribunal contencioso y de acuerdo con el parecer de mi Consejo de Ministros»."

inamovilidad y dictaban sus resoluciones “de acuerdo con el parecer del Consejo de Ministros.”¹²⁵

5.2.4 El Consejo de Estado (1856-1868).

Acabado el bienio revolucionario progresista, se restablece la situación existente en el año 1845 que se prolongará hasta la nueva Revolución de 1868 y, por lo tanto, continua vigente el régimen de justicia retenida y el sistema administrativo puro.

El Consejo Real pasó a denominarse Consejo de Estado y se dispuso una nueva organización y atribuciones a favor de los Consejos provinciales.

El Consejo de Estado no pudo desligarse de las críticas consistentes en considerarlo un instrumento en manos del partido en el poder y su nombre iba asociado al de una intervención administrativa, en ocasiones no demasiado feliz.¹²⁶

5.5.5 La Sala especial del Tribunal Supremo y Audiencias provinciales (1868-1875).

¹²⁵ Así consta en el discurso que proclamó el profesor y diputado SANTAMARÍA PAREDES, Vicente ante el Congreso de los Diputados, en fecha 14 de diciembre de 1887, en relación a la discusión que se estaba llevando a cabo del dictamen sobre el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa, publicado en el Diario de Sesiones de las Cortes número 11: “*El Tribunal Contencioso-administrativo del año 1854 era un Tribunal compuesto de empleados activos o cesantes que la Administración nombraba libremente, sin condiciones de ninguna clase; estos funcionarios no tenían retribución alguna por el desempeño de este difícil y trabajoso cargo; Eran amovibles, y sobre todo, no ejercían la jurisdicción delegada, por-que aunque algo de fallar se dice en el decreto de Agosto de 1854, que es el decreto de su establecimiento, sin embargo se añade que ha de ser con arreglo a los mismos procedimientos y a los tramites porque resolvía sus asuntos el extinguido Consejo Real. Y el Sr. Cárdenas, que habrá manejado seguramente los tomos de la colección de decretos de aquel mismo año y de siguiente de 1855, habrá encontrado muchos decretos que acaban con la fórmula de «oído el Tribunal Contencioso, y de acuerdo con el parecer de mi Consejo de Ministros,» refrendados por cierto por el Ministro de la Gobernación, lo cual es una demostración perfecta de que aquel Tribunal no tenía jurisdicción delegada, sino que era meramente retenida.*”

En dicho discurso y en este aspecto concreto se refiere tanto a la regulación de 1854 como a la regulación de 1856.

¹²⁶ NIETO, Alejandro “Orígenes de lo contencioso-administrativo en España” (página 44): “*No obstante, el prestigio del Consejo de Estado se vio siempre envuelto por las turbulencias de unas luchas políticas, de las que no pudo librarse. Los partidos progresistas siempre fueron sus enemigos más declarados. Por otro lado, es innegable que fue con frecuencia el instrumento del partido en el poder y que su nombre iba asociado al de una intervención administrativa, en ocasiones no demasiado feliz. La Gloriosa Revolución de 1868 se apresuraría a hacer de él una de sus primeras víctimas.*”

De nuevo nos encontramos ante la supresión del sistema anterior como consecuencia de la unidad de fueros ratificada poco después por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870.

Los asuntos contencioso-administrativos pasan a ser conocidos por los tribunales ordinarios con un procedimiento especial diferente al de los asuntos civiles y, por lo tanto, desaparece la justicia retenida y pasamos a un sistema eclético judicial.

Resulta importante destacar que la Administración deja de ser competente, como lo era antes, para decidir en cada caso si era procedente o no la vía contenciosa y, además, se priva al Gobierno de su antigua facultad de disentir de los acuerdos de los Tribunales contenciosos.¹²⁷

5.2.6 El Consejo de Estado y las Comisiones provinciales (1875-1888).

En el año 1875 se restauró la situación existente con anterioridad a 1868 si bien los Consejos provinciales pasaron a denominarse Comisiones provinciales y, por lo tanto, nos encontramos ante un retroceso hacia un sistema administrativo puro.¹²⁸

¹²⁷ El Decreto de 26 de noviembre de 1868 estableció la desaparición de la justicia retenida por lo que, del mismo modo, desapareció la posibilidad del planteamiento de un estricto conflicto de jurisdicción entre la jurisdicción de los Tribunales y la jurisdicción administrativa (Consejos provinciales y Consejo de Estado) si bien dicho sistema de conflictos se mantuvo intacto a los efectos de dirimir las cuestiones de atribución entre dichas autoridades y preservar la Administración activa frente a las posibles intromisiones de los Tribunales, *“La supresión de la jurisdicción especial contencioso administrativa no ha alcanzado a borrar la diferencia que existe entre lo contencioso-administrativo y lo contencioso judicial. El Gobierno Provisional, sin renunciar al examen y detenido estudio de esta cuestión importantísima, no la ha decidido todavía”*(...) *“No desconoce tampoco el Gobierno que respecto a los negocios que no caen bajo las prescripciones de los Códigos Civiles, sino que son leyes puramente administrativas, es cuestión muy debatida si cuando lastiman derechos, deben éstos ser ventilados en forma contenciosa, o de otra manera, que reuniendo todas las prendas de acierto, no saque de su natural terreno lo que por su índole corresponde a la Administración activa; o si por el contrario debe atribuirse a lo Contencioso-judicial todo lo que perjudique derechos legítimos, cuando estén escritos en una ley o en una disposición de carácter general; de tal modo, que constando los hechos, solo reste que aplicar el texto invocado en apoyo del derecho controvertido. Estos puntos bien merecen ser estudiados antes de adoptar una disposición definitiva que, respetando todos los derechos, concilie con los altos fines de la Administración los principios eternos de justicia. No renuncia el Gobierno Provisional a entrar en este examen, pero hoy se limita a atender a una necesidad perentoria para que no se paralice la administración de justicia en la parte atribuida hasta ahora a la jurisdicción retenida.”* A ello también hacer referencia NIETO, Alejandro en *“Orígenes de lo contencioso-administrativo en España”* (páginas 44 y 45).

¹²⁸ El Decreto-Ley del Ministerio-Regencia de 20 de enero de 1875 restableció la jurisdicción contencioso-administrativa en las condiciones en que existía antes de 1868, sin otra diferencia que la que resultaba de encomendar anteriormente a las Comisiones provinciales, establecidas por la Ley de 29 de agosto de 1870, las atribuciones que en la materia ejercían

5.2.7 Del sistema armónico o mixto (1888-1904) y el Tribunal contencioso-administrativo. De la Sección del Consejo de Estado a la Sala especial del Tribunal Supremo.

En este momento el legislador trató de hallar un punto intermedio entre los diferentes sistemas usados (y estudiados) hasta la fecha llegando a una situación en común en el que lo contencioso y lo administrativo no podían estar supeditados al Poder ejecutivo ni, tampoco, al judicial creándose, a tal efecto, un Tribunal especial contencioso-administrativo constituido por magistrados del Tribunal Supremo y por Consejeros del Estado.

El punto común que se halló fue un sistema armónico o mixto fruto de una comisión redactora donde se encontraron los defensores de ambos modelos y donde Santamaría Paredes supo defenderla ante la misma comisión y ante el Congreso con su discurso memorable de fecha 14 de diciembre de 1887.¹²⁹

El objetivo era acabar con la jurisdicción retenida abriéndose, en el trámite parlamentario de aprobación del proyecto legislativo, un debate en relación a la oportunidad de la jurisdicción retenida y delegada.¹³⁰

Tras múltiples debates se llegó a la solución de la Ley de 13 de septiembre de 1888 en el que el Tribunal de lo contencioso-administrativo formaba parte del

los antiguos Consejos provinciales. En el preámbulo del Decreto-Ley dice textualmente: “Lo contencioso-administrativo es un discreto medio de poner freno a la arbitrariedad ministerial, sin menoscabar los fueros del Gobierno del Estado: su establecimiento produjo sazonados frutos, y fue tan bien acogido por la opinión pública, que aun cuando en 1854 se suprimió el Consejo Real, se reconoció la necesidad de crear un Tribunal especial que conociese en lugar suyo de las demandas contra las providencias gubernativas. Restablecido aquel alto cuerpo en 1856, volvió a entender en los asuntos contencioso-administrativos con tan notorio acierto, que sus decisiones cada día cobraban más autoridad y ejercían más influjo en la interpretación y aplicación de las Leyes que regulan los diversos ramos de los servicios públicos.”

¹²⁹ En relación a dicho discurso, ya citado en notas anteriores, el profesor NIETO, Alejandro en “Orígenes de lo contencioso-administrativo en España” (página 47) comentó lo siguiente: “La gran idea de SANTAMARÍA DE PAREDES -defendida tercamente en la Comisión parlamentaria y frente a la oposición- fue el llamado sistema armónico. Idea que no era original, puesto que siempre había sido tenido en cuenta por los autores anteriores a la hora de valorar las posibles soluciones de esta jurisdicción, pero que nunca había encontrado un defensor tan competente. SANTAMARÍA DE PAREDES aportó a la lucha política el talento de su ciencia universitaria, con la que arrolló a sus adversarios.”.

¹³⁰ En el discurso de Santamaría Paredes de 1887 ya advertimos de esta dicotomía: “Yo entiendo que en esto de la organización de los Tribunales Contencioso-administrativos hay dos sistemas radicalmente opuestos, dos sistemas eclécticos y un sistema mixto o armónico. Son sistemas radicalmente opuestos los que yo llamo sistema administrativo puro y sistema puro judicial”

Consejo de Estado¹³¹ si bien, poco después, mediante Real Decreto de 22 de junio de 1894, la Ley denominada Santamaría Paredes sufrió varias modificaciones.¹³²

Tras la reforma material del Tribunal Contencioso Administrativo del año 1894 llegó la reforma orgánica que se llevó a cabo mediante la Ley de 5 de abril de 1904 en la que se situó al Tribunal contencioso-administrativo en el seno del Tribunal Supremo como una Sala especial de éste.¹³³

Como vemos, el sistema elegido, en pocos años, pasó de un sistema armónico o eclético administrativo (Ley de 1888) a un sistema de solución eclética judicial (Ley de 1894 y 1904).

5.2.8 La Sala especial Tribunal Supremo (1956-actualidad).

Hemos observado como la solución finalmente adoptada para llevar a cabo la jurisdicción administrativa fue la solución eclética judicial y, por lo tanto, finalmente recayó en una Sala especial del Tribunal Supremo y dejó de lado

¹³¹ El artículo 8 de la Ley (Gazeta de Madrid número 258 de 14/12/1887) estableció en su artículo 8: *“La jurisdicción contencioso-administrativa será ejercida en nombre del Rey, y por delegación suya, por el Tribunal de lo contencioso-administrativo, que formará parte del Consejo de Estado, y por Tribunales provinciales.”*

¹³² El Real Decreto de 22 de junio de 1894 explicó los motivos de la modificación por parte de los miembros de la comisión así como publica el texto refundido de la Ley reformada (Gazeta de Madrid número 183 de 02/07/1894, así el presidente de la Comisión dice: *“Acaso haya quien en tal sentido encuentre modesto el trabajo de la Comisión por haber huido de toda reforma radical; y así es, en efecto, en cuanto el debido respeto a una ley que reúne aquellas condiciones, ha reducido el papel de la Comisión, al menos brillante, pero seguramente más útil empeño, de llenar omisiones, suplir deficiencias, dar solución a dificultades que puso de relieve la experiencia, satisfacer necesidades que se imponen, y purgar de contradicciones y anfibologías las reglas por que el procedimiento contencioso-administrativo se rige. Dedúcese de lo expuesto, que la ley de 13 de Septiembre de 1888 no puede propiamente decirse modificada por el trabajo de la Comisión. La Comisión, a lo menos, no ha abrigado ese propósito, antes bien, ha sido su intento respetarla y confirmarla, limitándose en unos casos a desarrollar sus preceptos en puntos en que la experiencia ha demostrado su deficiencia por defecto de expresión; a completar en otros sus disposiciones, deduciendo de ellas sus naturales consecuencias; a separar y distinguir aquello que unido producía confusión y dudas, y a facilitar y simplificar la sustanciación con ciertas adiciones, basadas en los principios universalmente admitidos, y que encarnan, por tanto, sin esfuerzo ni violencia alguna, en todo aquello que la ley de 13 de Septiembre había establecido.”*

¹³³ La Ley se publicó en la Gazeta de Madrid número 131 de 10/05/1904 en el que el su artículo adicional primero dijo: *“La jurisdicción contencioso-administrativa en las dos instancias que atribuye al Tribunal de lo Contencioso la Ley de 13 de Septiembre de 1888, reformada ten 22 de Junio de 1894, se ejercerá por una Sala que se creará en el Tribunal Supremo, y se llamará de lo Contencioso-administrativo, según se dispone en la base segunda del art. 17 de la Ley de Presupuestos de 31 de Marzo de 1900.”*

la solución armónica o eclética administrativa y el intento de estar a cargo del Consejo de Estado con una jurisdicción delegada y con magistrados inamovibles.

La Ley de 27 de diciembre de 1956, de la jurisdicción contencioso-administrativa, nace sin la preocupación de discutir sobre la jurisdicción delegada o retenida, esta última fue enterrada definitivamente por la Ley de 1888 y tampoco había en la época una extensión de la opinión de la atribución de la jurisdicción delegada a favor del Consejo de Estado.¹³⁴

En definitiva, a partir de 1956 podemos afirmar que definitivamente nuestro sistema judicial en lo que atañe a la jurisdicción administrativa se aparta del servilismo hacia el sistema francés.¹³⁵

¹³⁴ Así lo afirma GARRIDO FALLA, Fernando en "Evolución del recurso contencioso administrativo en España", RAP número 55, 1968 (página 22) con referencia expresa a lo publicado en la misma Revista de Administración Pública por parte del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y a la publicación de JORDANA DE POZAS, Luis: "Pues bien, lo que interesa subrayar es que la nueva Ley de 27 de diciembre de 1956 se discute dentro de un clima de preocupaciones bien distinto al de la anterior. Por supuesto que el tema de la jurisdicción retenida está ya definitivamente enterrado; pero tampoco la atribución de la delegada al Consejo de Estado es opinión extendida. En general, se piensa que el contencioso de la Administración Central debe seguir en manos de una (o unas) Sala especial del Tribunal Supremo, y que el meollo de la cuestión está en que los Jueces con destino en ella tengan una auténtica formación jurídico-administrativa."

Asimismo, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, en "Curso de Derecho Administrativo", Tomo II, (páginas 576 a 578) destaca la importancia de la Ley en la historia del Derecho público español y su gran calidad técnica: "jurisdiccionaliza totalmente y de manera definitiva, superando todos los dogmatismos y ambigüedades anteriores, los Tribunales contencioso-administrativos, que pasan a ser un orden especializado dentro del poder judicial, a todos los efectos.

¹³⁵ GARRIDO FALLA, Fernando en "Evolución del recurso contencioso administrativo en España", RAP número 55, 1968 (página 23) cita al profesor GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús al preguntarse si es tan radical la reforma: "Por lo demás, ¿es tan radical la reforma? GONZÁLEZ PÉREZ afirma que «el mérito principal del nuevo texto ha sido el apartarse del servilismo hacia el sistema francés, que caracterizaba a nuestras leyes anteriores»; lo cual es sólo relativamente cierto, ya que, a partir de la reforma de 1904, poco se parecía nuestra organización contencioso-administrativa a la francesa. Por su parte, la propia Ley de 1956 se proclama en su Exposición de Motivos judicialista, «en cuanto confía la jurisdicción contencioso-administrativa a verdaderos Tribunales encuadrados en la común organización judicial e integrados por Magistrados profesionales, con los deberes e incompatibilidades propios de los mismos»; lo cual también impone alguna reserva mental, pues la exigencia de una especialización técnica a los Magistrados adscritos a la jurisdicción contencioso-administrativa y la forma de su reclutamiento determina que también estemos fuera del sistema judicial puro. Por eso puede afirmarse que las innovaciones más esenciales consisten en haber configurado lo contencioso-administrativo como un auténtico proceso entre partes (y no como un «proceso al acto administrativo») en el que la Administración es una de ellas; un esquema formal, sin embargo, que no impide el mantenimiento de la vía gubernativa previa, que ha de ser agotada, y el carácter revisor de la jurisdicción, que no debe confundirla con una segunda instancia. En resumen, puede afirmarse que nuestro sistema de justicia administrativa está, técnicamente hablando, a la cabeza de los Ordenamientos jurídicos más perfectos, y, desde el punto de vista de las

Esto supone, ni más ni menos, que no existe una dualidad de jurisdicciones sino que existe una única jurisdicción si bien, la salida de la Administración del sistema jurisdiccional se cobrará un alto precio.

En efecto, citando al profesor Parada Vázquez, no podemos dejar de advertir que: *“Puede decirse, por ello, que el precio que la Administración ha exigido para dejarse enjuiciar definitivamente por los Tribunales de justicia integrados en el Poder judicial e independientes del Gobierno, será precisamente este de hacerse reconocer a sí misma potestades judiciales. Sale de aquí una nueva versión del principio de división de poderes sobre la idea del reparto de las funciones jurisdiccionales entre la Administración y el Poder judicial, producto de una transacción o equilibrio entre la concepción racional y judicialista de la Constituyente francesa y de las Constituciones españolas, y la versión de justicia administrativa dependiente del Gobierno, a modo de fuero privativo, que introduce NAPOLEÓN y que se consagra en nuestra Constitución de Bayona” (...)* *“A la vista de lo expuesto cabe preguntarse si es posible seguir considerando – como enfáticamente lo afirma la Exposición de Motivos de la Ley jurisdiccional – el proceso contencioso-administrativo como una primera instancia jurisdiccional, supuesto el concepto de jurisdicción que se formula en el artículo 32 de la Ley Orgánica del Estado como facultad de juzgar y ejecutar lo juzgado y la compatibilidad del mismo con la generalización del privilegio de la decisión ejecutoria en manos de la Administración.”(...)* *“Si, pues, función jurisdiccional es «juzgar y ejecutar lo juzgado», conforme a nuestra tradición constitucional, la Administración tiene poderes judiciales superiores a los de los órganos judiciales de primera instancia. Resultan por ello de una gran pobreza argumental las razones de la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción contenciosa, en su intento de demostración de la tesis contraria.”*¹³⁶

Por otro lado, Lorenzo Martín-Retortillo afirma que no se otorgó demasiada importancia a la transformación derivada de la Ley de 1956 si bien dicha norma supuso que ambos órganos (los Tribunales ordinarios y los Tribunales de lo contencioso-administrativo) tuvieran la misma configuración, la misma dependencia estructural y, por lo tanto, tan Tribunales son los de lo contencioso-administrativo como los civiles o penales.¹³⁷

reales garantías que ofrece al administrado, puede afirmarse que sus únicas restricciones no son otras que las que los mismos Jueces consideren prudente u oportuno poner a sus propias atribuciones.”

¹³⁶ PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, en “Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso”, publicado en la Revista de Administración Pública, número 55 de 1966.

¹³⁷ Según MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, en “Unidad de Jurisdicción para la Administración Pública”, RAP número 49, enero-abril 1966 (página 172): *“La regulación de la LJ supone un paso importante desde la perspectiva de la judicialización de lo contencioso-administrativo, de acuerdo con la línea de evolución que señalábamos al principio. La actual regulación no sólo aminora, sino que hace desaparecer prácticamente las grandes diferencias que existen entre los Tribunales ordinarios y los Tribunales de lo contencioso-administrativo. Han desaparecido las*

Por ello, tras más de un siglo, y entre los vaivenes entre los diferentes sistemas (sistema administrativo puro, sistema puro judicial y las diferentes soluciones mixtas y armónicas) nuestro sistema judicial quedó situado dentro del sistema ecléctico judicial donde lo contencioso-administrativo es tratado como una especialidad, dentro del poder judicial, con jurisdicción delegada y con magistrados inamovibles.

diferencias estructurales entre unos y otros. Los Tribunales de lo contencioso-administrativo han pasado a ser, efectivamente, una Sala más de la organización judicial común. Y no sólo en el sentido formal, como lo eran en la legalidad anterior, sino en sentido propio y auténtico, es decir, con todas sus consecuencias. Esta transformación, a la que parece no haberse otorgado demasiada importancia, significa ni más ni menos que han desaparecido las razones que explicaban, y que incluso justificaban, las diferencias entre Tribunales de uno y otro orden. Hoy no tiene sentido desconfiar de unos Órganos para buscar garantías en otros, porque tanto unos como otros tienen la misma configuración, la misma dependencia estructural. Esto es muy significativo en la historia de nuestra organización judicial: decimos en la historia de nuestra organización judicial; porque se trata de algo que trasciende del campo concreto de lo contencioso administrativo para revestir caracteres generales e insertarse, sin ninguna duda, en la problemática estructural de nuestros Tribunales. Tan Tribunales son hoy, valga la expresión, los de lo contencioso-administrativo como los civiles o penales.”.

CAPÍTULO II

Situación actual de los poderes ejecutivo y judicial en nuestro ordenamiento jurídico.

“Debe retenerse también que en el campo del Derecho Administrativo todo problema técnico-jurídico suele tener detrás un problema de poder.”

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo *“Curso de Derecho Administrativo”*, Tomo I, (página 54).

SUMARIO:

1.- INTRODUCCIÓN.

2.- PODER EJECUTIVO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 2.1.- El Poder ejecutivo en la Constitución Española de 1978. 2.2.- El concepto de Administración Pública. 2.3.- Las diferentes tipologías de Administraciones públicas. 2.4.- La posición de la Administración ante el ordenamiento jurídico (principio de legalidad). 2.5.- La posición de la Administración respecto los Tribunales de Justicia (la Autotutela administrativa), las potestades públicas de la Administración. 2.6.- Límites a las potestades públicas o a la aplicación del Derecho Administrativo. 2.6.1.- Actos de autoridad y actos de gestión. 2.6.2.- El servicio público. 2.6.3.- Criterio de la prerrogativa.

3.- EL PODER JUDICIAL (LOS TRIBUNALES). 3.1.- El poder judicial en la Constitución. 3.2.- Noción de potestad jurisdiccional. 3.3.- Ámbito de ejercicio de la potestad jurisdiccional. 3.4.- Los principios políticos de la jurisdicción. El principio de unidad jurisdiccional. 3.5.- La exclusividad jurisdiccional (monopolio judicial) y Autotutela. 3.5.1.- Monopolio estatal. 3.5.2.- Monopolio judicial. 3.5.3.- Sentido negativo de la exclusividad jurisdiccional y su relación con la autotutela administrativa. 3.6.- La organización del poder judicial.

1.- INTRODUCCIÓN.

El actual ordenamiento jurídico y la norma que se sitúa en su cúspide son rotundos al afirmar que la soberanía nacional reside en el pueblo del que emanan los poderes del Estado.

Así, el artículo 1.2 de la Carta Magna plasma por escrito la voluntad inequívoca del constituyente de instaurar una soberanía popular.¹³⁸

Dichos poderes: el poder ejecutivo, el legislativo y el judicial son tratados de diferente manera a lo largo del texto constitucional si bien, como veremos, el poder judicial es el único de ellos que tiene una clara diferenciación respecto al resto.

Como ya hemos manifestado anteriormente, en el presente trabajo hablaremos principalmente del Poder ejecutivo y del Poder judicial, por ser las piezas angulares que conforman los conflictos de jurisdicción objeto de estudio.

No es objeto de este estudio efectuar un análisis pormenorizado del poder ejecutivo y del poder judicial, puesto que existen variadas y completas publicaciones que se ocupan de ello, simplemente efectuaremos una breve introducción y unos apuntes de los elementos básicos de su estructura.

2.- PODER EJECUTIVO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

2.1.- *El Poder ejecutivo en la Constitución Española de 1978.*

Nuestra Constitución no atribuye a un órgano concreto la titularidad del Poder ejecutivo, así como ni tan siquiera menciona específicamente el término "Poder ejecutivo". Si bien no existe en nuestra Constitución vigente una denominación concreta sí que en su Título IV, denominado "del Gobierno y de la Administración", atribuye la función ejecutiva al Gobierno (artículo 97 de la CE) así como enumera los principios de acción de la

¹³⁸ Según APARICIO, Miguel Ángel y BARCELÓ SERRAMALERA, Mercè en "Manual de Derecho Constitucional", Atelier, Barcelona, 2009, (página 117): "Pues bien, la fórmula de la Constitución española, como se acaba de anunciar, es también una fórmula abierta que consagra un ejercicio de la soberanía sin más restricciones que las que ella misma contiene y que no son otra cosa que la determinación de los principales canales de participación del pueblo en los asuntos públicos (sufragio, referéndum y otras modalidades menores de formas de participación) pero que no niegan que los poderes públicos puedan arbitrar otros mecanismos totalmente acordes con los principios de la soberanía popular."

Administración pública en su artículo 103 por lo que podemos entender que existe una configuración tácita de la clásica división de poderes.¹³⁹

En la actualidad, si bien es indiscutible que el Poder ejecutivo está compuesto por el Gobierno y la Administración Pública, cabe mencionar que dicha identificación no fue pacífica y supuso interesantísimos debates teóricos a lo largo del siglo XIX que no vamos a exponer para evitar extendernos en un aspecto que nos alejaría del objeto del presente trabajo.

Aunque no se vayan a exponer dichos debates y las diferentes posturas, sí que es conveniente citar las posturas del profesor Manuel Colmeiro, en términos similares Posada, Herrera y Santamaría Paredes, quien defendió una cuasi completa identificación entre poder administrativo y poder ejecutivo señalando que: *“Administrar, pues, equivale a gobernar; es decir, ejercer el poder ejecutivo.”*¹⁴⁰

En efecto, en la actualidad resulta pacífico el hecho que el Gobierno goza constitucionalmente de una naturaleza doble: como órgano superior de dirección política y como máximo órgano de la Administración General del Estado por lo que Administración Pública y Gobierno tienen un evidente punto de relación y, en cierto modo, confusión.¹⁴¹

¹³⁹ Según el comentario introductorio al Título IV de la Constitución elaborado por SÁNCHEZ AGESTA, Luís y GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel en la obra colectiva coordinada por ALZAGA VILAAMIL, Oscar *“Comentarios a la Constitución Española”*, ed. Edersa, 1998, Tomo VIII (páginas 21 a 40): *“Después del Título III, que estudia bajo el epígrafe “De las Cortes Generales” el órgano y la función legislativa, el Título IV, bajo el enunciado “Del Gobierno y la Administración”, desarrolla lo que tradicionalmente se ha venido definiendo como función ejecutiva que desglosa en dos funciones a las que atienden órganos que parecen insinuarse como diferentes en el mismo título: el Gobierno y la Administración” (...)* *“Hoy, en cambio, aunque todavía se recuerde este sentido, empleamos el término gobierno bien para referirnos a todos los órganos de lo que se llama también con cierta imprecisión “poder ejecutivo”, que comprende la Jefatura del Estado, el Consejo de Ministros y la Administración, bien, más concretamente, para designar al Consejo de Ministros, en general, o, más concretamente, el mismo Consejo de Ministros en cuanto es un órgano de dirección política que asume una función específica en el régimen parlamentario.”*

¹⁴⁰ COLMEIRO, Manuel en *“Elementos de Derecho político y administrativo de España”*, 1858, (páginas 117 y 118)

¹⁴¹ Sobre la posición mixta del Gobierno, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón en *“Curso de Derecho Administrativo”*, Tomo I, capítulo 1º, (páginas 36 y ss.), dicha posición mixta supone que una parte de la actividad de los órganos superiores de tipo político se excluya de la actividad administrativa (actos de carácter internacional, actos constitucionales como interpelaciones, mociones de censura, disolución de las Cámaras, sanción de las Leyes, convocatoria de elecciones o de referéndum...).

En el mismo sentido, el profesor ENTRENA CUESTA, Rafael, en su obra *“Curso de Derecho Administrativo”*, (páginas 32 y 33).

En su labor interpretativa, el Tribunal Constitucional ha establecido que se encuentran perfectamente diferenciados el Gobierno de la Administración Pública (así lo dejó sentado en sus Sentencias de 6 de febrero de 1984¹⁴² y 23 de noviembre de 1992¹⁴³) si bien dicha afirmación puede adoptarse desde un aspecto orgánico y funcional lo cierto es que existe un evidente solapamiento entre ambos a nivel práctico.¹⁴⁴

¹⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional 16/1984 de 6 de febrero (BOE número 59, de 9 de marzo de 1984), fundamento jurídico tercero: *“Las peculiaridades, pues, de la vía por la que Navarra ha configurado su autonomía, dentro del marco constitucional, no excluyen la aplicabilidad, respecto de las resoluciones y disposiciones de los órganos de dicha Comunidad, de lo previsto en los arts. 161.2 de la C.E. y 76 y 77 de la LOTC, como se deriva del mismo art. 69 de la propia LORAFNA citada. Por lo que se refiere a la intervención de la Junta de Cooperación prevista en el mismo artículo, la exigibilidad de tal requisito no puede plantearse como cuestión a resolver en el presente caso, no sólo por no haberse constituido tal organismo en el momento en que se produjo la impugnación gubernamental, sino también porque no estamos ante una discrepancia propiamente dicha entre la Administración del Estado y la Comunidad Foral, pues de una parte, la impugnación ha sido planteada por el Gobierno de la Nación que, según el Título IV de la C.E., aparece diferenciado de la administración propiamente dicha a la que dirige, y de otra, el objeto de la impugnación es un acto que, como veremos, ha de incluirse en la materia constitucional.”*

¹⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1992 de 26 de noviembre (BOE número 307, de 23 de diciembre de 1992), fundamento jurídico segundo: *“Sistemáticamente, no cabe duda de que ésta es la acepción del término "Gobierno" que el art. 107 emplea, pues este precepto se incluye en el Título IV de la Constitución, referido inequívocamente al Gobierno de la Nación y no a otros órganos de naturaleza gubernativa, como los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas. Tampoco cabe entender que, por "Gobierno", el art. 107 comprenda, en general, el llamado Poder Ejecutivo, incluyendo cualquier Administración pública, como hace, en cambio, el art. 103 C.E., pues Gobierno y Administración no son la misma cosa y están perfectamente diferenciados en el propio Título IV en que el art. 107 se inserta. De otro lado, los antecedentes legislativos vienen a confirmar esta tesis, pues precisamente la mención al Consejo de Estado como órgano supremo consultivo "en materias de Gobierno y Administración", que figuraba en el texto del Proyecto de Constitución aprobado por la Comisión Constitucional del Congreso, fue conscientemente sustituido por la definición más estricta de "supremo órgano consultivo del Gobierno". Por tanto, del primer inciso de este artículo no se puede deducir que la Constitución imponga la intervención consultiva del Consejo de Estado en relación con la actuación de los Gobiernos y Administraciones de las Comunidades Autónomas.”*

¹⁴⁴ Así se establece claramente en el comentario al artículo 97 de la Constitución por parte de los autores GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y MENÉNDEZ REXACH, Ángel, en la obra colectiva coordinada por ALZAGA VILAAMIL, Oscar *“Comentarios a la Constitución Española de 1978”*, Tomo VIII., Cortes Generales Editoriales de derecho reunidas, (páginas 99 y 100) al analizar la Ley del Gobierno y la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado: *“ Se observa cómo se solapan orgánicamente Gobierno y Administración, puesto que los Ministros y Secretarios de Estado son regulados tanto en la LdG (arts. 4 y 7) como en la L.O.F.A.G.E. (arts. 12 y 14). Y esto es así porque precisamente el Ministro es el eslabón entre el Gobierno, al ser miembro del órgano colegiado Consejo de Ministros (Gobierno), y la Administración, en su condición de Jefe del Departamento Ministerial correspondiente, dualismo que, muy en segundo plano, también se puede aplicar a los Secretarios de Estado, que desde luego no son miembros del Gobierno. La exposición de motivos de la LdG considera que tanto los Ministros como los Secretarios de Estado son "un engarce fundamental entre el Gobierno y la Administración.”*

En el mismo sentido se expresa Luciano Parejo Alfonso al entender que Gobierno y Administración aparecen en el texto constitucional, “*ciertamente imbricados*”¹⁴⁵ como piezas de una misma y única función con una compleja y específica articulación así como que la ejecución comprende todo aquello no incluido o atribuido a las funciones legislativa y judicial.¹⁴⁶

Sin entrar a fondo entre las diferentes posturas doctrinales entorno a la figura del Gobierno y sus funciones debemos centrar nuestro análisis en uno de los sujetos de los conflictos de jurisdicción, esto es, la Administración Pública (artículo 38.1 LOPJ y 1 LOCJ).

2.2.- El concepto de Administración Pública.

Son muchas las publicaciones que se ocupan de dicho concepto si bien analizaremos algunas de ellas para efectuar una aproximación a su contenido.

Así, según el profesor Entrena Cuesta, las posturas entorno a la identificación de la Administración Pública se pueden dividir en tres: la subjetiva, la objetiva y la formal.

Según la concepción subjetiva, la Administración consiste en una serie de sujetos integrados en el Poder ejecutivo, que se limitan a ejecutar la Ley.

La concepción objetiva establece que la función ejecutiva no es exclusiva de la Administración así como la misma también realiza actividades distintas a la ejecutiva.

La concepción formal dota de importancia al tratamiento jurídico de la actividad desarrollada por los distintos Poderes por lo que será básico determinar el tratamiento que venga determinado por el Derecho al que se someta, posición donde se incluye el propio Entrena Cuesta¹⁴⁷.

¹⁴⁵ PAREJO ALFONSO, Luciano, JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio y ORTEGA ÁLVAREZ, Luís, en “Manual de Derecho Administrativo”, Volumen 1, Ariel Derecho, 5ª edición, 1998, (páginas 69 y 70).

¹⁴⁶ PAREJO ALFONSO, Luciano, JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio y ORTEGA ÁLVAREZ, Luís, en “Manual de Derecho Administrativo”, Volumen 1, Ariel Derecho, 5ª edición, 1998, (página 71).

¹⁴⁷ ENTRENA CUESTA, Rafael, en “Curso de Derecho Administrativo”, Volumen I, 13ª edición, Tecnos, 2003, (página 29 y ss.) define Administración Pública como integrante del poder ejecutivo cuya actividad no se limita al mero ejercicio de la función ejecutiva,

Otros autores, como Santamaría Pastor, defienden la inutilidad práctica de las diferencias conceptuales trazadas en las diferentes obras generales dedicadas al Derecho administrativo.¹⁴⁸

Por otro lado, el profesor García de Enterría defiende que la Administración es una organización instrumental, dotada de personalidad jurídica, la cual actúa siempre ante el Derecho como un sujeto que emana actos, declaraciones, que se vincula por contratos, que responde con su patrimonio de los daños que causa, que es enteramente justiciable ante los Tribunales, hecho que le permite individualizarla de los órganos que actúan otras funciones públicas.¹⁴⁹

Asimismo, otros autores definen a la Administración como una organización pública extensa y compleja, dotada por Ley de personalidad jurídica, que forma parte del poder ejecutivo, dirigida por el Gobierno y que tiene como misión servir con objetividad los intereses generales.¹⁵⁰

Tras la aprobación de la Constitución de 1978, la vigencia de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (vigente hasta el 14 de diciembre de 1998), de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial así como demás derecho positivo, se originó un interesante debate en relación a la necesidad de revisión del propio concepto de Administración pública.¹⁵¹

inexistencia de actividad administrativa desarrollada por otros Poderes y la doble naturaleza del Gobierno.

¹⁴⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso en "Principios de Derecho Administrativo", Volumen 1, 4a edición, Colección Ceura, 2002, critica el esfuerzo reflexivo entorno al concepto de Administración y, por ende, de Derecho Administrativo.

¹⁴⁹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso en "Principios de Derecho Administrativo", Volumen 1, 4a edición, Colección Ceura, 2002 (página 36).

¹⁵⁰ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, en "Derecho Administrativo, parte general", séptima edición, Ed Tecnos, 2011, (páginas 40 y ss.).

¹⁵¹ GARRIDO FALLA, Fernando, en "Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho Administrativo español", INAP, 1982, que se pronunciaron en el acto inaugural del curso de formación para la XX promoción del Cuerpo General Técnico de la Administración Civil del Estado.

En efecto, frente a la concepción general que la Administración pública es una persona jurídica surgió un intento de resurgir la teoría de la Escuela alemana de Derecho Público sobre la personalidad jurídica del Estado.¹⁵²

Una vez superadas las teorías del reconocimiento del Estado como persona jurídica (Albrecht, Gerber, Laband, Jellinek) y reconociéndose el fracaso de los intentos de demostrar que el poder ejecutivo es una función del Estado se llega a la conclusión que la Administración Pública es, para el Derecho Administrativo, una verdadera persona jurídica.¹⁵³

Dicha personalidad jurídica no es única, en nuestro ordenamiento jurídico existen una pluralidad de Administraciones Públicas, todas ellas titulares de personalidad jurídica propia (Administración General del Estado, Comunidades Autónomas, Administraciones locales y supralocales, corporativas, etc...).¹⁵⁴

El hecho de otorgar personalidad jurídica primero al Estado y después a la Administración pública determina su sujeción al Derecho y, por lo tanto, su responsabilidad.¹⁵⁵

¹⁵² Como ya hemos indicado en apartados anteriores, entre los teóricos alemanes (ALBRECHT, GERBER, MEYER, LABAND o JELLINEK) cristaliza la idea de la personificación jurídica del Estado con lo que la Administración Pública pierde el carácter de poder para pasar a ser una función del Estado.

¹⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, en "Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, (página 32) confirman la superación de los intentos para demostrar que el poder ejecutivo es una función del Estado y afirma rotundamente que para el Derecho Administrativo la Administración Pública es una persona jurídica: "La personificación de la Administración Pública es así el dato primario y sine qua non del Derecho Administrativo."

¹⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, en "Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, (página 35): "En efecto, no hay una sola Administración Pública, sino una pluralidad de Administraciones Públicas, titulares todas ellas de relaciones jurídico-administrativas. Junto a la Administración del Estado se alinean las de las Comunidades Autónomas, las Administraciones Locales (Provincias, Municipios, Entidades locales menores), todas y cada una de las cuales cuentan con su propia personalidad jurídica independiente, y una pléyade de entidades institucionales o corporativas igualmente personificadas (toda esta pléyade de personificaciones jurídicas de la Administración están referidas en el art. 2 de la LPC)."

¹⁵⁵ ESTEVE PARDO, Esteve en "Lecciones de Derecho Administrativo", séptima edición, Marcial Pons, 2017, (página 48) concluye que la personalidad de la Administración pública es hoy en día central e imprescindible para la operatividad del Derecho Administrativo.

En el mismo sentido el profesor TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel en "Manual de Derecho Administrativo. Parte general", Atelier, Barcelona, 2019, cuarta edición, (página 203): "A efectos prácticos, el hecho de que cada Administración Pública ostente personalidad jurídica propia conlleva, entre otros efectos, que éstas puedan ser parte de procedimientos judiciales. Así, por ejemplo,

Sin perjuicio de la posterior ampliación, pese a la unidad de concepto de personalidad jurídica, las mismas se separan mediante el principio constitucional de competencia (Estado-Comunidades Autónomas), principio de autonomía constitucional (municipios, provincias o Universidades) y a la vez se deben al principio de coordinación (103.1 CE).

2.3.- Las diferentes tipologías de Administraciones públicas.

Corresponde a este apartado desgranar los diferentes tipos de Administraciones Públicas que conforman nuestro ordenamiento jurídico y que, por lo tanto, pueden ser sujetos activos o pasivos de los conflictos de jurisdicción.

Cuando nos referimos a la Administración Pública como unidad ya advertimos que dicha unidad es ficticia puesto que en nuestro ordenamiento jurídico existe un amplio número de diferentes Administraciones con su personalidad jurídica propia, en este punto veremos su clasificación tradicional.

Por un lado, tenemos una primera diferenciación efectuada por el análisis del derecho objetivo, así de dicho análisis podemos afirmar que:

El punto segundo del artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa establece que se entenderán como Administraciones Públicas las siguientes:

- a) La Administración General del Estado
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas
- c) Las Entidades que integran la Administración local.
- d) Las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales.

Del mismo modo, el artículo 2.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Pública y el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público establece que tienen la consideración de Administraciones Públicas, la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración

cada Administración, individualmente, considerada, se le puede exigir responsabilidad patrimonial derivada de su actuación."

Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de dichas Administraciones Públicas.

Cada una cuenta con su regulación general y, en su caso, específica, así:

- a) La Administración General del Estado está regulada en la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, que deroga la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE)
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos así como la correspondiente normativa de desarrollo.
- c) Las Entidades que integran la Administración local a través de la Ley de Bases de Régimen Local y los reglamentos de desarrollo correspondientes.
- d) Las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales a través de las diferentes normas de carácter general y, en algunos casos, específica.

En definitiva, tenemos una diferenciación teórica que se ha formado a lo largo de los tiempos y por diferentes teorías doctrinales si bien toma como base la legislación administrativa vigente.

En efecto, tradicionalmente se ha efectuado una ordenación de los diferentes tipos de Administraciones públicas atendiendo a diferentes separaciones: así se diferencia entre la Administración territorial y no territorial, Administración institucional, Administraciones independientes, Corporaciones de Derecho público forma pública o privada, pero, en definitiva, obtenemos dicha consideración del derecho positivo vigente en cada momento.¹⁵⁶

¹⁵⁶ Así, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón en “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, (páginas 380 y ss.) separan y juegan entre diferentes distinciones: entes territoriales y no territoriales; corporaciones y entes institucionales; forma pública o probada de personificación; régimen público o privado en las relaciones externas del ente.

Por otro lado, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel en “Derecho Administrativo. Parte general.”, Tecnos, 2010, sexta edición, (páginas 231 y ss.) toma en consideración la clasificación que consta en las leyes generales vigentes y, a tal efecto, diferencia entre: entes territoriales, organismos públicos, corporaciones de Derecho público y entidades privadas del sector público.

Sin ánimo de efectuar un estudio pormenorizado, seguiremos la diferenciación efectuada por el profesor García de Enterría¹⁵⁷, podemos distinguir entre los diferentes tipos:

a) Entes territoriales y no territoriales.

En los entes territoriales juega un papel predominante el territorio que afecta a la naturaleza de su entidad, dicha tipología tiene un componente constitucional al afirmar el artículo 137 de la Constitución que el Estado organiza territorialmente en municipios, en provincias y en Comunidades Autónomas por lo que son denominados entes políticos primarios (término acuñado por el profesor Santamaría Pastor).

Dichos entes territoriales extienden sus potestades a todo aquel que se encuentre en su territorio, sea habitante del mismo o un simple visitante, así como disponen del derecho a intervenir en todos aquellos asuntos que afecten directamente a sus intereses obteniendo, por ello, un número importante de potestades y capacidades de auto organización para llevar a la práctica dicha intervención si llega a ser necesario.¹⁵⁸

Son entes territoriales la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Administraciones Locales (municipios, provincias, comarcas, entidades locales menores, áreas metropolitanas, etc.).

En relación a los entes no territoriales no tienen el eje sobre el territorio sino que giran en torno a las competencias legalmente asignadas que definen su ámbito de aplicación así como entorno a la especialidad de sus fines hecho que supone una diferenciación en cuanto a las potestades de que disponen puesto que tienen un importante carácter ejecutorio.

Asimismo, los entes no territoriales suelen estar relacionados y bajo la tutela de un ente territorial que conduce gran parte de la configuración del servicio concreto que desarrolla.¹⁵⁹

¹⁵⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón en "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, (páginas 382 y ss.).

¹⁵⁸ ESTEVE PARDO, José en "Lecciones de Derecho administrativo", séptima edición, Marcial Pons, 2017, (página 130): *"Estas Administraciones se conocen y caracterizan como las Administraciones territoriales. Con ello quiere destacarse que para ellas el territorio no es un elemento accesorio, una mera demarcación del espacio en el que desarrollan su actividad. El territorio es un componente esencial, constitutivo, de estas Administraciones, pues en principio nada de lo que ocurre en este territorio les resulta ajeno."*

¹⁵⁹ TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel en "Manual de Derecho administrativo. Parte general." Cuarta edición, Atelier, 2019, (página 268): *"Constituye un conjunto de entes públicos*

b) Corporaciones o entes de base corporativa e instituciones o entes de base fundacional o institucional.

Las corporaciones son un conjunto de personas (miembros) titulares de un interés que se ejecutará conjuntamente, que sostienen económicamente al ente y que se auto organizan, así como su voluntad se integra en la propia del ente a través de un proceso participativo. Ejemplo de ello son los colegios profesionales o las cámaras Oficiales.

Por otro lado, las instituciones son creadas por un ente fundador (Administración matriz o fundacional de la que, en cierto modo, dependen) que propone el fin que ésta debe cumplir, así como dispone los medios personales y materiales afectos a la finalidad encomendada (con un interés situado fuera del ente) y constituye de forma derivada la propia voluntad del ente sí como su organización y funcionamiento.

A su vez, dichas instituciones pueden ser públicas o privadas dependiendo de la vinculación o dependencia respecto a su fundador. La denominación institución pública es ampliamente utilizada (Instituto Nacional de Estadística, Institución Nacional de la Seguridad Social, Instituto Nacional de Toxicología, etc...) si bien existen otras instituciones públicas que no contienen la denominación de institución (Renfe, Aena, Adif, etc...)¹⁶⁰

Otra denominación de las instituciones públicas ampliamente reconocida por la doctrina es la de Administración institucional cuyo estudio podría ocupar un amplio número de páginas que nos distraería del objetivo principal del presente trabajo.

En definitiva, y a modo de conclusión, podemos observar como uno de los sujetos de los conflictos jurisdiccionales, esto es, la Administración, tiene diferentes titulares todos ellos positivizados en las respectivas normas generales y sectoriales más allá de las diferenciaciones teóricas formuladas a lo largo de los años y que hemos expuesto de forma breve.

con personalidad jurídica propia, vinculados o dependientes de la Administración territorial que los crea (Administración matriz) para la prestación de fines concretos o determinados de interés general ajenos a las personas que los integran. A ellos se les añaden ciertas entidades privadas vinculadas a las administraciones públicas, como sociedades mercantiles (empresas públicas) y fundaciones públicas."

¹⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón en "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, (página 387).

2.4.- La posición de la Administración ante el ordenamiento jurídico (principio de legalidad).

Es importante fijar qué posición ocupa la Administración dentro del ordenamiento jurídico para poder determinar con posterioridad cuáles son sus límites y entenderlo desde su concepción positiva en base a la concepción constitucional del principio de legalidad.¹⁶¹

En efecto, debemos partir del hecho que el principio de legalidad es un principio consustancial al Estado de Derecho, dicho principio nace como fruto de la legitimidad de la voluntad general (en términos rousseauianos) o expresión popular contrapuesta a la voluntad autoritaria o absolutista por ello, la Ley es su expresión típica.¹⁶²

En este punto, y en aplicación del principio de legalidad, el poder ejecutivo necesita la previa legitimación legislativa que delimita el ejercicio de sus atribuciones, de este modo nace el Derecho Administrativo y florece en el mismo momento que la Administración pública se somete a la Ley y al conjunto del ordenamiento jurídico.¹⁶³

¹⁶¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón en “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, (página 439) sitúan la exigencia de que toda actuación singular del poder tenga que estar cubierta por una Ley como principio técnico de la división de poderes a lo que se llama propiamente principio de legalidad de la Administración: ésta está sometida a la Ley, a cuya ejecución limita sus posibilidades de actuación.

Asimismo, ESTEVE PARDO, José en “Lecciones de Derecho administrativo”, séptima edición, Marcial Pons, 2017, (página 99) expone la determinación del modo en que la Administración queda sometida o vinculada a la Ley y explica las concepciones posibles, constatando que la concepción positiva es la vigente hoy en día, así: “Se ha de entender entonces que el principio de legalidad en su concepción positiva: la Administración sólo puede hacer aquello para lo que está facultada o habilitada por la ley, por el ordenamiento. Es necesario, pues, que la legislación afirme positivamente -diga sí, de ahí la caracterización como vinculación positiva- la capacidad de actuación de la Administración en un frente determinado y en el modo en que la propia ley precise. Ésta es la concepción que se impone en la actualidad y la que, desde luego, resulta más coherente con los postulados constitucionales.”

¹⁶² Artículo 3 de la Constitución francesa de 1791 (Título III, Capítulo II) “Il y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi. Le roi ne règne que par elle, et ce n'est qu'au nom de la loi qu'il peut exiger l'obéissance.” Esto es: no hay en Francia autoridad superior a la de la Ley. El Rey no reina más que por ella y sólo en nombre de la Ley puede exigir obediencia.

¹⁶³ Así es comúnmente aceptado por la doctrina, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, en “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, decimotercera edición, (página 440): “Lo verdaderamente singular del régimen de Derecho Público surgido de la Revolución, que se concreta en cuanto a nosotros interesa, en el Derecho Administrativo,

Si bien dicho principio resulta del todo pacífico y meridianamente claro es en la determinación del objeto de la Ley y en qué modo vincula a la Administración pública donde se hallan los principales problemas teóricos y prácticos.¹⁶⁴

Además, la propia Ley y las diferentes Constituciones reconocieron la potestad de dictar normas al poder ejecutivo, esto es, los Reglamentos, siendo, en un primer momento y en parte, una fuente de Derecho independiente de la Ley hasta llegar al día de hoy donde el Reglamento se halla subordinado a la Ley si bien, con matices que forman parte del estudio de las relaciones entre la Ley y el Reglamento y los límites a la potestad reglamentaria donde no nos extenderemos por centrar otros aspectos que necesitan nuestra mayor atención.¹⁶⁵

y lo que constituye la definitiva originalidad histórica de éste, es justamente ese cambio radical de concepción del sistema jurídico”.

En el mismo sentido, ESTEVE PARDO, José en “Lecciones de Derecho Administrativo”, séptima edición, Marcial Pons, 2017, (páginas 97 y 98) cuando afirma que: “Desde el momento en que la aparición misma del Derecho administrativo se produce con el sometimiento de la Administración pública al Derecho, el principio de legalidad, en cuanto postula el sometimiento a la ley y al conjunto del ordenamiento jurídico, se convierte en su pieza de primer orden”.

164 Según SÁNCHEZ MORÓN, Miguel en “Derecho Administrativo”, parte general, séptima edición, Ed Tecnos, 2011, (página 49) dichos aspectos (objeto de la Ley y vinculación de la misma a la Administración) no han sido lineales en la historia del Derecho administrativo ni existen las mismas respuestas teóricas y prácticas y, todavía hoy, es una de las cuestiones clave del Derecho Administrativo.

En el mismo sentido y, en otras palabras: “Nuestro tema es precisar en qué sentido el ordenamiento opera para determinar la posición jurídica de la Administración y su actuación concreta. O inversamente: qué tipo de vinculación alcanza a la Administración respecto al ordenamiento que la rige.” GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, en “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, decimotercera edición, (página 441.)

165 PARADA VÁZQUEZ, Ramón, en “Derecho Administrativo I. Parte General.” decimoquinta edición, Marcial Pons, 2004, (página 58) recuerda que en los albores del constitucionalismo se prohibió al Rey dictar cualquier tipo de norma, excepto las recordatorias de la aplicación de las leyes si bien, tanto en Francia (el artículo 44 de la Constitución del Consulado de 1799 decía con claridad que “*el Gobierno propone las Leyes y hace los Reglamentos necesarios para asegurar su ejecución*”) como en España (ver el Decreto I de 24/09/1810 de atribución de facultades por parte de las Cortes generales al Consejo de regencia artículo y a través de la atribución al rey del artículo 170 de la Constitución de 1812 se dictaron reglamentos con competencia indirecta) se atribuyó potestad reglamentaria al Poder ejecutivo para la ejecución de las Leyes, límite que no fue respetado. Asimismo, recuerda que estamos ante un crecimiento exponencial de la producción normativa y, citando al profesor SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, afirma que el sistema normativo se asemeja hoy “*a un vasto océano de reglamentos en el que sobresalen, como islotes, un puñado de leyes.*”

Asimismo, otro de los puntos de fricción y uno de los principales problemas del Derecho Administrativo es la relación del principio de legalidad con la discrecionalidad administrativa. En este caso la Ley atribuye a la Administración un poder de decisión propio, más o menos extenso y, en ciertos casos, con condiciones específicas.¹⁶⁶

En el seno de dichos puntos de fricción entran la definición y la diferenciación entre las potestades regladas (aquellas fijada de manera precisa y detallada por la Ley) y las potestades discrecionales (las que atribuyen un poder de decisión a favor de la Administración con un margen amplio para su elección) así como sus límites y, lo que es más importante, su control por parte de los Tribunales.

Debe hacerse notar que este último punto, el control por parte de los Tribunales de los actos administrativos dictados en ejercicio de una potestad discrecional, era inexistente en sus inicios.

En efecto, dicho control no entraba dentro del objeto del recurso contencioso administrativo por lo que estaba fuera del alcance de los Juzgados y Tribunales y, en concreto, de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y esto fue así hasta la aprobación en 1956 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.¹⁶⁷

¹⁶⁶ En relación a las formas de atribución legal de potestades administrativas (regladas y discrecionales) podemos acudir a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, en "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, decimotercera edición, (páginas 458 a 491) o del mismo GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, en el artículo "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)" publicado en RAP, número 38, mayo-agosto 1962.

¹⁶⁷ Es significativo la exposición de motivos de la Ley de 27 de diciembre de 1956 que decía: *"Al relacionar los actos excluidos de fiscalización contencioso-administrativa, la Ley no menciona los actos discrecionales. La razón estriba en que, como la misma jurisprudencia ha proclamado, la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque, ni tiene su origen en la inexistencia de normas aplicables, al supuesto de hecho, ni es un «prius» respecto de la cuestión de fondo de la legitimidad o ilegitimidad del acto. La discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto, con lo que es evidente la admisibilidad de la impugnación jurisdiccional en cuanto a los demás elementos; la determinación de su existencia está vinculada al examen de la cuestión de fondo, de tal modo que únicamente al juzgar acerca de la legitimidad del acto cabe concluir sobre su discrecionalidad; y, en fin, ésta surge cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún Órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público. La discrecionalidad, en suma, justifica la improcedencia, no la inadmisibilidad, de las pretensiones de anulación; y aquélla no en tanto el acto es discrecional, sino en cuanto, por delegar el Ordenamiento jurídico en la Administración la configuración según el interés público del elemento del acto de que se trata y haber actuado el Órgano con arreglo a Derecho, el acto impugnado es legítimo."*

Esto fue así puesto que, hasta dicho momento, imperó la idea de la vinculación negativa de la Administración a la legalidad, esto es, todo aquello que no prohibía la Ley podía hacerlo la Administración en aplicación de su libre autonomía.

Dicha teoría, totalmente dispar con el principio originario de la Revolución francesa, fue rebatida y se forjó en su contra la denominada doctrina de la vinculación positiva de la Administración a la legalidad que es la adoptada por nuestra Constitución y nuestro ordenamiento jurídico, al plasmar el sometimiento pleno de la Administración al Derecho.¹⁶⁸

Una vez sentada la anterior vinculación positiva al Derecho se desarrolló de forma paralela un sistema de control de los actos discrecionales, dicho control históricamente fue iniciado por el Consejo de Estado francés a través del recurso denominado de exceso de poder (*excès de pouvoir*) cuyo desarrollo y generalización supuso una puerta abierta al control por parte de los Tribunales de los hechos y su calificación jurídica por parte de la Administración.¹⁶⁹

En nuestro ordenamiento jurídico, como hemos visto, las puertas no se abren hasta el 28 de junio de 1957 (fecha de la entrada en vigor de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo de 27 de diciembre de 1956) y, para articular dicho control se utilizaron diferentes técnicas: el control de los elementos reglados del acto discrecional (existencia potestad, competencia del órgano, forma, procedimiento seguido, etc...), el control de su finalidad

¹⁶⁸ La terminología es originaria de WINKLER, Günther al ser el primero en denominarlo como *negative Bindung* en su obra "Ein Beitrag zur Lehre vom Verwaltungsakt", Viena, 1956, en nuestra Constitución podemos hallar dicha vinculación en los artículos 9.1, 97, 103.1, 105 c) de la CE.

¹⁶⁹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo en el artículo "El exceso de poder como vicio del acto administrativo" publicado en RAP número 23, mayo/agosto de 1957 (página 90) dice: "Estos dos aspectos que hemos recogido --construcción de la doctrina del acto administrativo desde la perspectiva jurisdiccional, y planteamiento de la justicia administrativa como cristalización jurídica de un derecho de reacción frente al Estado, se manifiestan hondamente en la figura que estudiamos. El exceso de poder ha supuesto, por una parte, el planteamiento virtual de uno de los propios elementos del acto administrativo, la causa: por otra, la consagración en su máxima intensidad de la exigencia de una posible reacción frente a las determinaciones de la Administración pública. En su origen es una creación legislativa francesa. Su virtualidad y eficacia, sin embargo, las adquirirá posteriormente merced a la jurisprudencia del Consejo de Estado. Su nacimiento no es sino producto de la aplicación de aquel primer postulado de la separación de poderes, estructurado como garantía de la tripartición de Montesquieu, cuando ésta, incólume todavía doctrinalmente, existía en todo su vigor aplicativo: no se busca, pues, sino el mantener determinados los límites y definido el ámbito de cada uno de los poderes del Estado. La consagración legal del exceso de poder surge, por lo tanto, como propia y verdadera sanción jurídica de la división de aquéllos, y como violación de la norma constitucional que tal división reconoce y afirma."

mediante la desviación de poder, el control de los hechos determinantes y el control por los principios generales del Derecho.¹⁷⁰

Debemos mencionar que todas las formas de control de la Administración pública tienen hoy en día un mismo paraguas, esto es, el artículo 9.3 de la Constitución de 1978 en donde se garantiza el principio de legalidad así como la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos como concepto antagónico a la discrecionalidad.¹⁷¹

2.5.- La posición de la Administración respecto los Tribunales de Justicia (la Autotutela administrativa), las potestades públicas de la Administración.

En este apartado fijamos otro punto de relación, y de fricción, respecto a los Juzgados y Tribunales.

En el punto anterior hemos analizado la posición de la Administración pública en relación al poder legislativo y, en concreto, a su producto, la Ley. Ahora de lo que se trata es de analizar la posición de la Administración pública respecto a los Tribunales.

Como hemos visto, es en el marco del pensamiento de la división de poderes donde nace y se desarrolla el concepto actual de Administración y el Derecho Administrativo que, a fecha de hoy, se plasma desde un punto de vista constitucional, en el título IV de la Constitución donde se regula el Gobierno y la Administración, en el que el primero ejerce la función ejecutiva (artículo

¹⁷⁰ Debemos clarificar que existen diversos autores que difieren de la teoría general, algunos niegan que exista tal control sino que simplemente aceptan la técnica de la reducción del margen de discrecionalidad. Así lo manifiesta ESTEVE PARDO, José en "Lecciones de Derecho administrativo", séptima edición, editorial Marcial Pons, (página 104) y otros, como SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, "Derecho Administrativo, parte general", editorial Tecnos, 2011, (páginas 94 y ss.) limitan el control a determinados actos como las decisiones discrecionales políticas.

¹⁷¹ Como recuerdan GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, en su "Curso de Derecho Administrativo", dicho artículo 9.3 de la CE obedece a la inclusión de una enmienda por parte del profesor MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, por aquél entonces Senador electo por Zaragoza bajo la coalición de la Candidatura Aragonesa de Unidad Democrática que se inspira, a su vez, por el trabajo del mismo.

Así lo recuerda el mismo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo en su libro "Materiales para una Constitución (los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado)" editorial Alkal, Madrid 1984: "Como pequeño homenaje a mi maestro el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA y sabedor de las posibilidades de control y fiscalización de los poderes públicos que abría, me pareció oportuno seguir su sugerencia y enmendar al ya de por sí farragoso párrafo tercero del artículo 9, con la finalidad de dar cabida al que se ha llamado principio de interdicción de la arbitrariedad."

97 CE) con pleno sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho (artículo 103.1 CE) así como con pleno control de su actuación por parte de la jurisdicción (artículo 106.1 CE).

Según el profesor García de Enterría, todas las instituciones del Derecho Administrativo están marcadas por la regulación básica del poder y de la libertad que se contienen en la Constitución y, por ello, define el Derecho Administrativo como aquél que no es el Derecho propio de unos órganos o de un poder, ni tampoco el Derecho propio de una función, sino un *“Derecho de naturaleza estatutaria, en cuanto se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administraciones Públicas, sustrayendo a estos sujetos singulares del Derecho común.”*¹⁷²

En consecuencia, tal y como advertimos en el apartado introductorio, la Administración Pública dispone, en aplicación del principio de eficacia que le atribuye la Constitución para atender el servicio objetivo de los intereses generales (artículo 103.1 CE), de un elenco de potestades exorbitantes del Derecho común tal y como se encargó de clarificar el Tribunal Constitucional en su sentencia 22/1984 al decir:

*“Es verdad que el art. 117.3 de la Constitución atribuye al monopolio de la potestad jurisdiccional consistente en ejecutar lo decidido a los Jueces y Tribunales establecidos en las Leyes, pero no es menos cierto que el art. 103 reconoce como uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse, el de eficacia «con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho». Significa ello una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia. Entre ellas, no cabe duda de que se puede encontrar la potestad de Autotutela o de autoejecución practicable genéricamente por cualquier Administración Pública con arreglo al art. 103 de la Constitución y por ende puede ser ejercida por las autoridades municipales, pues, aun cuando el art. 140 de la Constitución establece la autonomía de los municipios, la administración municipal es una administración pública en el sentido del antes referido art. 103”*¹⁷³

Los efectos de dichas potestades se llevan a cabo sin la intervención de un tercero (Juzgado o Tribunal) por lo que la Administración dispone de medios propios de ejecución (privilegio de Autotutela) y el control jurisdiccional de

¹⁷² En la obra de referencia de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *“Curso de Derecho Administrativo”*, Tomo I, decimotercera edición, (páginas 44 y 45) encontramos la definición de Derecho administrativo y el análisis de la superioridad normativa de la Constitución que no supone un postulado abstracto sino que penetra en todas y cada una de las demás normas, específicamente de las administrativas.

¹⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 de febrero de 1984 (BOE 59 de 09/03/1984), dictada en el recurso de amparo 59/1983.

dichos actos se lleva a cabo *a posteriori* o *ex post facto* a través de una orden jurisdiccional especializada.

El profesor García de Enterría concluye que *“la actividad de la Administración en el ejercicio de sus propios poderes, cuando se ejercita a través del procedimiento legalmente establecido, no puede ser turbado ni obstaculizado por los Tribunales fuera del ámbito de la justicia administrativa o de las formas procesales de los demás procesos cuando resulten procedentes contra la Administración. Un tribunal de Conflictos resuelve los problemas que puedan suscitarse al respecto.”*¹⁷⁴

Y además, añade, que la Administración Pública goza de un formidable privilegio posicional respecto a la Justicia que marca el conjunto entero del Derecho Administrativo, por encima de su múltiple contenido material.¹⁷⁵

Dicha opinión es ampliamente compartida por diferentes sectores de la doctrina que asumen dicha teoría y la misma se extiende a lo largo de nuestra doctrina y jurisprudencia.¹⁷⁶

¹⁷⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, decimotercera edición, (página 52).

¹⁷⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, op. cit, (página 498).

¹⁷⁶ Así, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel en “Derecho Administrativo, parte general.”, séptima edición, Ed. Tecnos, 2011, (páginas 105 y ss.) si bien matiza los poderes de la autotutela al decir: *“Dicho lo anterior, hay que precisar que la autotutela administrativa no debe entenderse, lógicamente, como tutela de intereses propios de la Administración -como a veces se viene a indicar, manteniendo la confusión con los esquemas privatistas-, sino como tutela administrativa de los intereses generales a los que la Administración sirve por definición. Es esta finalidad, la tutela de los intereses generales, que debe realizarse con eficacia y presteza, lo que explica y justifica la atribución a la Administración de una posición semejante en sus relaciones con la Justicia. No se trata, pues, de un privilegio odioso ni de una simple reminiscencia del pasado. Se trata de impedir que la simple resistencia individual a un mandato obligue a la Administración a recabar de antemano el auxilio judicial y perjudique el interés común.”*

En el mismo sentido ESTEVE PARDO, José, en “Lecciones de Derecho Administrativo”, séptima edición. Ed. Marcial Pons, 2017, (páginas 215 y ss.).

También DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás, VIDA, José y PEÑARANDA, José Luis, en “Instituciones Básicas de Derecho Administrativo”, disponible en: ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/instituciones-basicas-derecho-administrativo/lecciones-1/lección6.pdf dicen: *“Hablamos de la Autotutela como institución -también podría hablarse como principio- pero, en realidad, estamos ante un término construido por la doctrina, y más concretamente por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, que ha hecho fortuna por su capacidad explicativa de unas características propias de la actuación administrativa. También por su capacidad para explicar de forma unitaria una serie de rasgos de dicha actuación de la Administración que, antes, sólo se podían captar de forma dispersa y sin el grado de conexión que guardan todos esos rasgos. Merced a esa construcción doctrinal se pueden comprender y explicar de forma unitaria y conjunta dichos fenómenos y marcar las diferencias que hay entre la Administración-persona jurídica y las demás personas físicas y jurídicas que no son Administración pública. Señalar aquí el carácter doctrinal de la construcción, a la vez que*

Dicha potestad de Autotutela se utiliza, a su vez, como explicación dogmática y unitaria de la relación entre la Administración y los Tribunales y como explicación al mecanismo específico desarrollado a su servicio para asegurar su eficacia, esto es, el sistema de conflictos jurisdiccionales, cuyos pormenores veremos más adelante al analizar con mayor detenimiento las relaciones entre la Administración y los Tribunales.¹⁷⁷

Asimismo, dicha amplia y poderosa potestad de Autotutela de la que dispone la Administración Pública tiene un necesario contrapeso con la aplicación de la plenitud de la competencia jurisdiccional que gozan los Juzgados y Tribunales sobre la Administración Pública.¹⁷⁸

En efecto, si bien es cierto que el Tribunal Constitucional admite expresamente la existencia de la potestad de Autotutela administrativa y su encaje constitucional de la mano del principio de eficacia del artículo 103 CE no es menos cierto que también reconoce la atribución en monopolio de la potestad jurisdiccional a los Juzgado y Tribunales y, en aplicación de dicho monopolio judicial y del derecho a la tutela judicial efectiva, se materializa la necesidad de articular un sistema de medidas cautelares que asistan a quién

destaca el mérito del citado profesor en su construcción, nos debe poner sobre aviso de que no encontraremos ni en la Constitución, ni en la normativa administrativa esencial (LRJPAC y LJCA) un precepto que utilice la expresión. Por otra parte, debe advertirnos de no llevar las cosas más allá del alcance que debe tener el principio de acuerdo con lo que se recoge en los textos legales, así como tampoco puede hacernos perder el sentido crítico en relación con los límites de la Autotutela y su justificación."

¹⁷⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, decimotercera edición, (página 538): "El principio de autotutela administrativa, que comienza afirmándose, como hemos visto, sobre la base de una prohibición tradicional a los Jueces y Tribunales de mezclarse, directa o indirectamente, en los asuntos privativos de la Administración (hoy recogida en los arts. 117.4 de la Constitución, 2.2 LOPJ y 507 CP) y que se traduce positivamente en la formidable serie de privilegios seculares que acabamos de analizar, ha contado con un mecanismo a su servicio específicamente montado para asegurar su eficacia: el sistema llamado de "conflictos jurisdiccionales", a través del cual se resuelven las contiendas que pueden surgir entre la Administración y los Tribunales, ordinarios y especiales, por conocer (conflictos positivos) o no conocer (conflictos negativos) de un mismo asunto."

¹⁷⁸ La plenitud de la competencia jurisdiccional sobre la Administración no ofrece ninguna duda teórica: así consta expresamente recogido en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, decimotercera edición, (página 535); SÁNCHEZ MORÓN, Miguel en "Derecho Administrativo, parte general.", séptima edición, Ed. Tecnos, 2011, (páginas 850 y 851) o PARADA VÁZQUEZ, Ramón en "Derecho Administrativo I. Parte general.", (página 23).

pretende salvaguardar sus derechos e intereses legítimos frente a la Administración que ha utilizado su potestad de Autotutela.¹⁷⁹

2.6.- Límites a las potestades públicas o a la aplicación del Derecho Administrativo.

En este apartado, una vez ha quedado clara la definición y los poderes que ostenta la Administración Pública, se tratará de cuando se aplica el Derecho Administrativo, citando a García de Enterría: *en el campo del Derecho Administrativo todo problema técnico-jurídico suele tener detrás un problema de poder.*¹⁸⁰

Dichos límites se refieren a cuando se aplica del Derecho Administrativo, como Derecho de naturaleza estatutaria, propio de la Administración Pública, y cuando se aplican otros derechos.

Debemos recordar que, en su concepción mayoritaria, el Derecho Administrativo es el derecho propio y específico de las Administraciones Públicas en cuanto sujetos y, por lo tanto, tiene un carácter estatutario.¹⁸¹

Debemos especificar que existen tres tipos de límites del Derecho Administrativo: los que se refieren a los demás poderes, los que se refieren a la propia Administración Pública y a los que se refieren a entes jurídico-privados o a particulares que ejercen funciones públicas.¹⁸²

¹⁷⁹ Así, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, decimotercera edición, (páginas 535 a 538), citan diferentes sentencias constitucionales y analiza el contrapeso que suponen las medidas cautelares a la potestad de Autotutela.

¹⁸⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, decimotercera edición, (página 54).

¹⁸¹ Siguiendo la definición que encontramos en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, decimotercera edición, (página 43): *"Hay otros Derechos, en cambio que sólo regulan las relaciones de cierta clase de sujetos, en cuanto sujetos singulares o específicos, sustrayéndolos en ciertos aspectos al imperio del Derecho común. A estos Derechos se les puede denominar Derechos estatutarios."*

¹⁸² Recogemos la diferenciación efectuada por TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel en su "Manual de Derecho administrativo. Parte general." (páginas 65 a 70) debido a la claridad de sus términos y al analizar las diferentes escuelas del pensamiento del Derecho Administrativo.

En efecto, en relación a los límites respecto a los demás poderes del Estado es evidente que dichos poderes (legislativo y judicial) ejercen funciones administrativas (contratan obras, servicios, arrendamientos...) por lo que nuestro ordenamiento jurídico y el propio legislador ha optado por unificar dichos actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial o de actividad administrativa bajo el paraguas de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa.¹⁸³

En lo que atañe a los límites referidos a la propia Administración Pública ésta, en ciertas ocasiones, actúa como un particular, despojándose de sus privilegios y prerrogativas.¹⁸⁴

¹⁸³ Así se establece meridianamente en el artículo 1.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa:

“3. Conocerán también de las pretensiones que se deduzcan en relación con:

a) Los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo.

b) Los actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial y la actividad administrativa de los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales, en los términos de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

c) La actuación de la Administración electoral, en los términos previstos en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.”

En el mismo sentido el artículo 58.1 de la LOPJ: *“La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo conocerá: Primero. En única instancia, de los recursos contencioso-administrativos contra actos y disposiciones del Consejo de Ministros, de las Comisiones Delegadas del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial y contra los actos y disposiciones de los órganos competentes del Congreso de los Diputados y del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo en los términos y materias que la Ley establezca y de aquellos otros recursos que excepcionalmente le atribuya la Ley.”*

¹⁸⁴ Un ejemplo es el artículo 9.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014:

“2. Quedan, asimismo, excluidos de la presente Ley los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial.”

En el mismo sentido, el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público en relación al personal laboral de las Administraciones públicas.

Si bien, en estos casos, donde la Administración actúa como un sujeto privado, existe una parte que se somete al Derecho Administrativo y otra sometida al derecho privado.¹⁸⁵

Finalmente, existe otro límite referido a la aplicación del Derecho Administrativo a entes con forma jurídica privada y a particulares que ejercen funciones públicas.

En este supuesto nos referimos a la aplicación del Derecho Administrativo a entes privados que, debido a su creación o participación mayoritaria por parte de una Administración pública, se le aplica el Derecho Administrativo.¹⁸⁶

En ocasiones, a dichos sujetos se les aplica el Derecho Administrativo por imposición de normativa comunitaria.

¹⁸⁵ Siguiendo con el ejemplo de los contratos públicos, el artículo 26.2 de la Ley 9/2017:

“2. Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En lo que respecta a su efectos, modificación y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.”

¹⁸⁶ Nos referimos al sector público institucional regulado en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Públicos (artículo 84 y siguientes) y en concreto a la previsión de su artículo 104 al decir:

“Las entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en su Ley de creación, sus estatutos, la Ley de Procedimiento Administrativo Común, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y el resto de normas de derecho administrativo general y especial que le sean de aplicación.”

En la misma Ley se regulan las sociedades mercantiles estatales (artículo 111) cuyo régimen jurídico (artículo 113) es el siguiente:

“Las sociedades mercantiles estatales se regirán por lo previsto en esta Ley, por lo previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas.”

Del mismo modo, el artículo 3 (ámbito subjetivo de la Ley) y 26 (consideración de contratos privados) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

En este sentido, el propio legislador estatal reconoce abiertamente la influencia de la legislación comunitaria en su propia regulación interna.¹⁸⁷

Por otro lado, podemos seguir otras distinciones que tradicionalmente se han efectuado entorno a numerosas teorías y soluciones a los límites de aplicación del Derecho Administrativo y que, por ende, influyen en el reparto de ambas jurisdicciones, las más significativas son las que a continuación referenciamos.

2.6.1.- Actos de autoridad y actos de gestión.

Dicha diferenciación se atribuye históricamente a los juristas León Aucoc y su desarrollo a Édouard Lafarrière. Estas dos categorías obedecen a la clásica diferenciación entre los actos dotados de poder “imperium” (públicos) y los simples actos de gestión (privados) que pervive hoy en día y se refleja en diferentes normas de régimen jurídico administrativo.¹⁸⁸

En esta diferenciación los actos realizados con autoridad o imperium se someten al Derecho Administrativo y, por otro lado, los actos de simple gestión serían sometidos al Derecho privado.¹⁸⁹

¹⁸⁷ Así, en el preámbulo a la Ley 9/2017 el legislador indica que:

“La legislación de contratos públicos, de marcado carácter nacional, encuentra, no obstante, el fundamento de muchas de sus instituciones más allá de nuestras fronteras, en concreto, dentro de la actividad normativa de instituciones de carácter internacional, como es el caso de la OCDE, de UNCITRAL –en el ámbito de la ONU–, o, especialmente, de la Unión Europea. La exigencia de la adaptación de nuestro derecho nacional a esta normativa ha dado lugar, en los últimos treinta años, a la mayor parte de las reformas que se han ido haciendo en los textos legales españoles.”

¹⁸⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, decimotercera edición, (página 54) cita el ejemplo de la derogada Ley 30/1992 que en su artículo 2.2 decía: “2. Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación.” Si actualizamos dichas referencias podemos poner como ejemplo los artículos 2.1.b de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículos 2.2.b, 89, 103.1, 104, 105, 108bis, 113 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

¹⁸⁹ Según expone MUÑOZ MACHADO, Santiago, en su “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”, Tomo I, 4ª ed., 2015, BOE (páginas 44 a 49):

“La primera elaboración importante a tales efectos es la que distingue entre actes de puissance publique y actes de gestion, que expone primero León Aucoc y desarrolla Edouard Lafarrière. Tal y como acaba siendo precisado por este último autor, para que una acción de la Administración pueda ser excluida de la competencia de los tribunales ordinarios no basta con evocar un interés público, sino que «es

2.6.2.- El servicio público.

Dicho criterio se relaciona con la denominada escuela de Burdeos (Duguit, Jèze, etc.). En el momento que la sociedad evoluciona y la Administración Pública asume la gestión de determinados servicios públicos se difumina la clásica diferenciación entre actos de autoridad y actos de gestión puesto que surgen actos no necesariamente autoritarios, pero con un evidente servicio público por lo que el centro de atención se halla en el objeto u actividad desarrollada.¹⁹⁰

Más tarde, las nacionalizaciones de determinados servicios públicos y la gestión de actividades privadas por entidades públicas, supuso la complicación de la separación de dichos ámbitos por lo que parece imposible separar claramente dichas actividades y servicios.¹⁹¹

necesario que el carácter administrativo resulte de la naturaleza misma del acto y no únicamente de la cualidad de su autor o del fin que se propone» (...) “La teoría de Laferrière explica sobre todo que cuando la Administración utiliza al actuar técnicas e instrumentos jurídicos singulares es cuando manda y se impone, no cuando se comporta como un gerente, porque, en este caso, sus decisiones pueden ser enjuiciadas por los tribunales ordinarios lo mismo que las de cualquier sujeto privado.”

¹⁹⁰ Siguiendo la exposición del profesor MUÑOZ MACHADO, Santiago, en su “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”, Tomo I, 4ª ed., 2015, BOE (página 47):

“La idea de servicio público (largamente usada por la legislación y la jurisprudencia antes y después de la obra de Duguit) alcanza magnitudes teóricas decisivas y capacidad de explicación de todas las relaciones del Estado con la sociedad, a partir de las exposiciones de Duguit, creador de la Escuela que, justamente, se denominó del servicio público.” (...) “Como Duguit lo concibe, el servicio público es «toda actividad cuya realización debe ser regulada, asegurada o controlada por los gobernantes, porque es indispensable para la realización o el desenvolvimiento de la interdependencia social y que es de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente sino mediante la intervención de la fuerza gobernante».”

¹⁹¹ En palabras del profesor MUÑOZ MACHADO, Santiago, en “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”, Tomo I, 4ª ed., 2015, BOE (página 48):

“Aunque la esencia de la teoría es que cuando la Administración gestiona servicios públicos está, sin más, sometida al Derecho Administrativo, el desarrollo de servicios de carácter industrial o comercial, tanto a cargo directo de la misma como de sus concesionarios, harán perder fuerza explicativa a esta doctrina.”

En el mismo sentido el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, en “Curso de Derecho Administrativo I”, decimotercera edición, (página 55):

“Este nuevo criterio, sobre el que se desarrolló la llamada Escuela de Burdeos (DIGUIT, JÈZE, BONNARD), entró, a su vez, en crisis en el segundo tercio del pasado siglo como consecuencia, fundamentalmente, de la ola de nacionalizaciones (la primera en 1936 por obra del gobierno frentepopulista de León BLUM, y la segunda en 1945, una vez terminada la segunda Gran Guerra).”

2.6.3.- Criterio de la prerrogativa.

El mayor defensor de dicho criterio es otro reputado jurista francés, Maurice Hauriou, quien defiende que lo característico de la singular posición de la Administración ante el derecho son sus prerrogativas de poder público, su poder de decidir ejecutivamente e imponerse.¹⁹²

De hecho, se trata de una reformulación de la teoría de los actos de autoridad y de gestión que evolucionó con la afirmación que el Derecho Administrativo se aplicaba en la medida que los actos estaban dotados de prerrogativas, dicha teoría fallaba en el momento en que determinados actos claramente administrativos no tienen más poder que otros claramente privados (ejemplo de los incentivos fiscales, becas o subvenciones).¹⁹³

¹⁹² MUÑOZ MACHADO, Santiago, en "Tratado de Derecho Administrativo...", *op. cit.* (página 48):

"M. Hauriou, frente a la doctrina del servicio público, trató de mantenerse casi toda su vida fiel a posiciones marcadamente subjetivistas. Hauriou sitúa en la peculiar posición que tiene la Administración ante el Derecho, en sus prerrogativas de poder público, la principal característica jurídica y, por tanto, también el signo identificativo del Derecho Administrativo que la rige."

En el mismo sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, en "Curso...", *op. cit.*, (página 55):

"La polémica con la Escuela de Burdeos llevó a HARIOU a formular un nuevo criterio que, en cierto modo, significa una revalorización de la vieja distinción entre actos de autoridad y actos de gestión. Según este autor, lo que provoca la aplicación del Derecho Administrativo es la actuación dotada de prerrogativa, entendiendo por tal la realizada con medios jurídicos excepcionales o exorbitantes respecto de los propios del Derecho Civil."

¹⁹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, en "Curso...", *op. cit.*, (página 55):

"Sin embargo, la tesis en cuestión es susceptible de graves reparos. Por lo pronto, todo un gran sector de la actividad administrativa, la llamada actividad de fomento - que, junto con la de policía y la de servicio público, forma el tríptico clásico de formas de acción de la Administración-, se realiza sin que, al menos formalmente, aparezca el menor indicio de poder."

MUÑOZ MACHADO, Santiago, en "Tratado de Derecho Administrativo...", *op. cit.* (página 49):

"El propio Hauriou será consciente, no obstante, de las debilidades de su visión subjetiva del Derecho Administrativo y de su elevación de las prerrogativas a criterio explicativo central de todo su sistema. La evolución de las prácticas administrativas enseñará al autor que es posible actuar para atender los intereses generales sin manejar prerrogativa alguna de poder público. También se verá que la Administración sustituirá en ocasiones las formas coactivas de imponerse por el consenso y la participación. Pero donde Hauriou nota más las insuficiencias de su criterio subjetivista es al comprender que tal concepción deja al margen nada menos que el universo objetivo de las reglas que constituyen y delimitan el poder de las personas públicas. Tratará de paliar este déficit, al final de su obra científica, con la teoría de la institución que revela la importancia de ese otro elemento de Derecho"

A los anteriores criterios de corte objetivo se le une otro criterio subjetivo seguido a la cabeza por el profesor García de Enterría en el que determina que se aplica el Derecho administrativo en la medida que su actividad se desarrolle en el giro o tráfico administrativo propio de las actividades de la Administración Pública.¹⁹⁴

Actualmente podemos afirmar que en todos los casos en que exista la actuación de una Administración Pública hay una manifestación de Derecho Administrativo y, en algunos casos, se aplicaran las tesis objetivas y, en otros casos, la tesis subjetiva hecho que da un amplio margen a la posibilidad de conflictos entre los límites de aplicación del Derecho Administrativo y del Derecho Privado.

Pero más allá de la aplicación del Derecho Administrativo existe el problema de sus exorbitantes poderes y de su relación con el poder judicial motivo por el que debemos analizar ambos poderes.

3.- EL PODER JUDICIAL (LOS JUZGADOS Y LOS TRIBUNALES).

3.1.- El Poder Judicial en la Constitución.

En este punto entramos en el análisis del otro sujeto y parte en los conflictos jurisdiccionales, esto es, los Juzgados y Tribunales o, en otra de sus denominaciones, el Poder Judicial.

No es objeto de este trabajo realizar un análisis global del derecho procesal o derecho jurisdiccional y, en concreto, de todos los principios jurisdiccionales (independencia, imparcialidad, exclusividad, unidad jurisdiccional, etc.) pero, debido a su íntima conexión con la materia objeto de estudio creemos necesario detenernos en la noción de potestad jurisdiccional, la unidad jurisdiccional, la exclusividad jurisdiccional y su organización puesto que dichos puntos son en los que radican una mayor fricción con el otro sujeto de estudio, esto es, la Administración.

Más allá de analizar la denominación de la rúbrica del Título VI de la Constitución debemos analizar su contenido.¹⁹⁵

¹⁹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, en “Curso...”, *op. cit.*, (páginas 60 y 61)

¹⁹⁵ En cuanto a su denominación ver PEDRAZ PENALVA, Ernesto en “Reflexiones sobre el Poder Judicial y el PLOPJ”, *La Ley*, 2-1985, páginas 1119 y siguientes enumera las diversas

Hemos visto como uno de los sujetos, la Administración Pública, está dotada de personalidad jurídica propia con unas enormes potestades (principio de Autotutela) y, a diferencia de ésta, el Juez o Tribunal es un órgano del Derecho, así como la relación del Derecho con el Juez es directa por lo que los Tribunales carecen de personalidad jurídica propia.¹⁹⁶

connotaciones de los diferentes conceptos como “Poder Judicial”, “potestad jurisdiccional”, “función jurisdiccional”, “competencia”, etc.

En sentido similar, el profesor DE OTTO, Ignacio, en “Estudios sobre el Poder Judicial”, Ministerio de Justicia, 1989, al decir (página 53 y 54): *“Sin embargo, la expresión poder judicial es al mismo tiempo fuente de confusiones y, lo que es más grave, ha servido como base de postulados relativos a la posición constitucional del conjunto orgánico de los Jueces y Magistrados que son incompatibles con los principios básicos sobre los que reposa la organización constitucional en su conjunto.”*

Asimismo, RUIZ VADILLO, Enrique, en la obra colectiva dirigida por ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, “Comentarios a la Constitución Española de 1978”, Cortes Generales Editoriales de derecho reunidas, Tomo IX, (página 292), dice:

“La Constitución española de 1978 ha situado al Poder Judicial en un lugar de preeminencia, expresándose así la voluntad legislativa de dotarla de especial relieve. En definitiva, como las leyes todas, y las Constituciones tal vez con mayor motivo, no pueden, ni deben, prescindir de la realidad social en la que nacen, incluso cuando se piensa que esta realidad puede ser coyuntural; el legislador constituyente dejó, al rubricar este Título, testimonio expresivo de que en lo sucesivo no podrá entenderse el Poder Judicial como supeditado del Legislativo, que dicta la norma, ni del Ejecutivo, que habrá de ejecutar las correspondientes decisiones, sino como absolutamente independiente, aun aceptada la unión sustancial que deriva de ser todos ellos emanación de la soberanía, que es única, con un papel a realizar que, en cierta manera, trasciende de las viejas y superadas concepciones de la Administración de Justicia, introduciéndola en una tarea integradora y creativa del ordenamiento, contribuyendo así, poderosa y activamente, a la construcción del Estado social y democrático de Derecho que propugna la Constitución.”

¹⁹⁶ En relación a la falta de personalidad jurídica de los órganos jurisdiccionales, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime en “Derecho Procesal, Introducción”, 3ª edición, 2008, (página 29), al decir: *“Ya se ha dicho que la Jurisdicción o función jurisdiccional del Estado se realiza (salvo la autorizada delegación en árbitros personales o institucionales) mediante órganos públicos. Como es sabido, los órganos públicos no son realidades jurídicas personificadas, personas jurídicas, sino más bien una forma mentis, una construcción jurídica ideada para explicar la fusión de dos elementos: oficio y funcionario.”*

En el mismo sentido el ORTELLS RAMOS, Manuel (director) en “Derecho Procesal”, ed. Punto y coma, Valencia, 2000, (página 34), al decir: *“Habrá que advertir, por fin, que, de acuerdo con una interpretación sistemática, no son los jueces y magistrados como personas individuales los llamados a administrar justicia, sino que la potestad correspondiente se les atribuye en cuanto encarnan -y sólo ellos puedan encarnarlos- los órganos jurisdiccionales determinados por las leyes (los juzgados y los tribunales).”*

Por otro lado, respecto al Poder judicial, una vez hemos analizado su transformación histórica partiendo del Antiguo Régimen hasta nuestros días, exige definir lo que le es característico, esto es, la función jurisdiccional y su organización, así como analizar sus principios constitucionales.

El Poder judicial, instituido como una derivación de la soberanía popular plasmada en el artículo 1.2 de la Constitución, es aquél cuya potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado se atribuye en exclusiva a los Juzgados y Tribunales según lo establecido en el artículo 117 de la CE.¹⁹⁷

Por ello y, en consecuencia, el poder judicial participa del poder político como poder constituido cuya potestad cualificada se le atribuye constitucionalmente.¹⁹⁸

3.2.- Noción de potestad jurisdiccional.

Necesariamente al hablar del poder judicial debemos definir qué significado tiene la potestad que se le atribuye por parte del poder público de resolver los conflictos entre sus miembros.

¹⁹⁷ Así, MONTERO AROCA, Juan, ORTELLS RAMOS, Manuel y GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, en "Derecho Jurisdiccional. Parte General", JM Bosch editores, 1996, (páginas 33 y 34):

"Cuando el artículo 1.2 de la Constitución de 1978 dice que "la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado", está institucionalizando el poder..." (...) "A jueces y magistrados se atribuye, pues, una potestad de derecho público, caracterizada por el imperium derivado de la soberanía, lo que los coloca en situación de superioridad, y ello respecto de todos. Hasta aquí en la atribución de potestad son iguales los diversos poderes constituidos por cuanto la noción genérica de potestad es válida para todos."

El profesor HUERTAS CONTRERAS, Marcelo, en "El Poder Judicial en la Constitución Española", Universidad de Granada, 1995, (página 28) afirma: *"Cuando se habla entonces de "Pueblo", se hace referencia a una categoría jurídico-política (no demográfica, como sería el caso de "población"), como también se refiere al elemento personal del Estado en su calificación de soberano, que junto con el poder y el territorio, configuran aquél. En suma, el pueblo del artículo 117.1 no es sino la mayoría soberana del Estado español legitimada para participar en las decisiones políticas de especial trascendencia puesto que, aunque la soberanía corresponda originariamente según la Constitución a la Nación española, aquél es el titular de la misma."*

Por otro lado, el profesor PEDRAZ PENALVA, Ernesto, en su artículo "Reflexiones sobre el poder judicial y el PLOPJ" (página 1137 y 1138) mantiene que los órganos jurisdiccionales son titulares de una potestad y no de un poder por lo que carece de significado pretender encontrar legitimidad a los órganos jurisdiccionales puesto que el artículo 1.2 de la Constitución sirve para legitimar al Estado titular del poder judicial.

¹⁹⁸ Así se afirma por MONTERO AROCA, Juan, ORTELLS RAMOS, Manuel y GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, en "Derecho Jurisdiccional", op. cit.

Asimismo, con carácter previo debemos especificar que el concepto de jurisdicción puede tener una doble vertiente: una determinada actividad o función del Estado –la función jurisdiccional- y los órganos que la ejercen, esto es, la jurisdicción como poder.¹⁹⁹

En este punto nos referimos a la potestad jurisdiccional como actividad o función jurisdiccional del Estado, dicha potestad se asume por parte del poder público una vez que la comunidad política supera la fase de Autotutela o autoayuda.²⁰⁰

En relación a la definición de la potestad jurisdiccional, por su claridad de exposición, estimamos necesario citar textualmente al profesor Juan Montero Aroca cuando dice:

“Tradicionalmente se ha venido sosteniendo que el concepto de jurisdicción no es absoluto, válido para todos los tiempos y para todos los pueblos, sino relativo, con relación a un pueblo y a un cierto momento histórico. Esa denominada relatividad de la jurisdicción tiene que cuestionarse en un doble alcance:

¹⁹⁹ Esta doble vertiente es mencionada, entre otros, por DE OTTO, Ignacio, en “Estudios sobre el Poder Judicial”, Ministerio de Justicia, 1989, (página 17) o por MONTERO AROCA, Juan, ORTELLS RAMOS, Manuel y GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, en “Derecho Jurisdiccional”, op. cit. (página 38) y en el trabajo de MONTERO AROCA, Juan: “Independencia y responsabilidad del Juez”, Cuadernos Civitas, 1990, (página 114), que diferencia entre órganos dotados de potestad jurisdiccional en general, que denomina poder judicial político, y dentro de los mismos, unos órganos concretos con potestad jurisdiccional, que sería el poder judicial organización.

²⁰⁰ Tal y como nos explica ESCUDERO, José Antonio Escudero en “Curso de Historia del Derecho”, (página 581): *“En el período altomedieval predominó un sistema de justicia privada, según el cual los propios particulares velaban por el mantenimiento del orden jurídico y, caso de ser quebrantado, procedían a su reparación. Hasta el siglo XI fue así frecuente que la persona ofendida o la familia tomaran la justicia por su mano, retoñando la práctica germánica de la “venganza de la sangre”; o que los órganos jurisdiccionales de la comunidad política no actuasen por sí mismos, sino sólo a instancias de la parte perjudicada.*

Junto a esa primitiva concepción de la justicia como algo que corresponde a los particulares, se abre camino la justicia pública a modo de objetivo del propio Estado. A partir del siglo XI la realización de la justicia aparece como tarea principal del monarca, quien debe mantener en paz y sosiego el reino.”

Así mismo, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, en su artículo “Jurisdicción: Unidad Jurisdiccional y conflictos jurisdiccionales” publicado en el libro colectivo “El Poder Judicial” del Instituto de Estudios Fiscales, 1983, (página 49), dice: *“La historia de la sustitución de la autodefensa por el proceso ha sido, en definitiva, la historia de la sustitución de la ley de la selva por la civilización. Y como la historia de la humanidad no ha sido en modo alguna un progresivo y constante aumento de las virtudes morales del hombre, tampoco ha sido una progresiva reducción de la autodefensa en favor del proceso. Sino que, a períodos en que así ha sido, han sucedido otros en que han reaparecido manifestaciones de la autodefensa que parecían definitivamente desaparecidas.”*

1.º) *Puede partirse de afirmar que la jurisdicción existe independientemente del Estado y que son sólo circunstancias históricas las que han hecho que en el momento actual el Estado haya recabado para sí el monopolio de la jurisdicción, con lo que el asumirla presupone una existencia anterior e independiente. Desde esta perspectiva se pretende dar un concepto absoluto y se define la jurisdicción como la “determinación irrevocable del derecho en el caso concreto, seguida, en su caso, por su actuación práctica” (Serra).*

Se está aquí prescindiendo de la consideración de la jurisdicción como potestad del Estado y se está llegando a un concepto cierto, pero muy poco preciso jurídicamente y muy poco concreto políticamente. El no referir hoy la jurisdicción al Estado supone negar la realidad hasta el extremo de llegar a una noción inútil prácticamente.

2.º) *Admitido que la jurisdicción se resuelve hoy en una potestad del Estado la consecuencia ineludible es que el concepto de la misma ha de referirse a cada sistema político y a cada ordenamiento jurídico. El punto de partida común es la atribución de la jurisdicción a la soberanía, pero a partir de ahí en cada sistema y ordenamiento puede llegarse a conclusiones matizadamente distintas.*

Naturalmente las diferencias serán más acentuadas cuanto más distintos sean los sistemas políticos, y por lo mismo en los Estados que se conforman como democráticos de derecho no puede haber diferencias esenciales, aunque siempre existirán aquéllas que se derivan de las plasmaciones concretas de cada ordenamiento jurídico.”²⁰¹

Cuando el profesor Montero Aroca se refiere a que se ha venido sosteniendo que el concepto de jurisdicción no es absoluto, válido para todos los tiempos y para todos los pueblos, sino relativo, con relación a un pueblo y a un cierto momento histórico se refiere al método de trabajo utilizado por diversos autores que sitúa la definición de jurisdicción como un producto histórico que debe comprenderse a través de sus coordenadas históricas y que ha sido utilizado por Pedraz Penalva y, como cita el propio profesor Pedraz Penalva, entre otros por: J. Goldschmidt, E. Schmidt, E. Couture, N. Alcalá-Zamora, P. Calamandrei, V. Fairen, M. Cappelletti, etc.²⁰²

²⁰¹ MONTERO AROCA, Juan, ORTELLS RAMOS, Manuel y GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, en “Derecho Jurisdiccional. Parte General”, JM Bosch editores, 1996, (página 35).

²⁰² PEDRAZ PENALVA, Ernesto, “De la jurisdicción como competencia a la jurisdicción como órgano” RAP, 1976, enero-abril, número 79, (páginas 146 y 147): “La Jurisdicción es un producto histórico que hemos de contemplar, a la hora de su comprensión – y aunque consideremos tan sólo una de sus facetas –, desde unas coordenadas históricas configuradoras y mediadoras de su formulación teórica y desenvolvimiento real. Sólo desde la contraposición entre lo institucional y lo social podremos descubrir en cada momento su contenido e intentar esclarecer qué es y qué función cumple en la actualidad la Jurisdicción. Renunciar a este análisis supondría, en nuestra opinión, al desvincularla de su historia y de su naturaleza, quedar anclados en el ámbito de una exégesis particularista adscrita a su actualidad, absolutizando ideológicamente su consideración vigente y obstaculizando en consecuencia el conocimiento de su objetivo y función.

Este método de trabajo dentro del campo procesal ha sido ya utilizado por eminentes procesalistas como E. SCHMIDT, J. GOLDSCHMIDT, E. COUTURE, N. ALCALÁ-ZAMORA, P. CALAMADREI, V. FAIREN, CAPPELLETTI..., quienes adoptando una visión y métodos históricos han verificado el

Del mismo modo, el profesor Juan Antonio Robles, que también suscribe dicho método de trabajo, incluye a Fenech junto a P. Calamandrei y al resto de autores citados.²⁰³

Así, citando a Calamandrei:

*“Del concepto de Jurisdicción no se puede dar una definición absoluta, válida para todos los tiempos, para todos los pueblos. No solo las formas externas, a través de las cuales se desarrolla la administración de justicia, sino también los métodos lógicos de juzgar, tienen un valor contingente que no puede ser determinado sino en relación a un cierto momento histórico.. Hoy, en las principales legislaciones de la Europa continental, el contenido de la función jurisdiccional no puede ser comprendido sino en relación con el sistema de la legalidad; y el nuevo código quiere ser precisamente una reafirmación de la Jurisdicción como complemento y como instrumento de la legalidad.”*²⁰⁴

Otros, como el profesor Andrés De La Oliva, definen la función jurisdiccional como la tutela y realización del Derecho objetivo situándose en la esfera de las denominadas teorías objetivas.²⁰⁵

Asimismo, existen otros autores, como Gimeno Sendra, que opinan que la actuación del Derecho no realizada por jueces y tribunales independientes no merece ser denominada jurisdicción.²⁰⁶

estudio de institutos procesales básicos y fundamentales, no sólo desde esta dimensión histórica sino asimismo en conexión con determinados institutos constitucionales, como exigida necesidad – según dichos autores – tanto para la formulación de los conceptos como asimismo para su comprensión de una forma inteligible.”

²⁰³ ROBLES, Juan Antonio, “Conceptos de Derecho procesal civil”, Tecnos, 2017.

²⁰⁴ CALAMANDREI, Piero, “Instituciones de Derecho procesal civil”, Buenos Aires, traducción de SENTÍS MELENDO, Santiago, 1962, tomo I, (páginas 114 y 115).

²⁰⁵ DE LA OLIVA, Andrés, DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, “Derecho procesal: introducción”, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, (página 22): *“En términos doctrinales, lo anterior quiere decir que nos adscribimos decididamente a la denominada teoría objetiva de la Jurisdicción. No se trata de teorías sin trascendencia práctica. Si se entiende que a la Jurisdicción o función jurisdiccional le incumbe resolver controversias, no habría actividad jurisdiccional donde no hubiera controversia verdadera y sería irrelevante resolverla conforme a Derecho, guiándose por la equidad e incluso, si bien se mira, según un arbitrio caprichoso. Además, carecería de sentido exigir resoluciones jurisdiccionales fundadas en Derecho y de buena calidad jurídica.”*

²⁰⁶ GIMENO SENDRA, Vicente, CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín y MORENO CATENA, Víctor, “Introducción al Derecho procesal”, Editorial Colex, 2ª edición, 1997, (página 33): *“La independencia judicial constituye, por consiguiente, una nota esencial de la Jurisdicción, sin la cual no podrían los Juzgados y Tribunales aplicar correctamente el Derecho a los casos concretos, ya que la Ley, en tanto que manifestación de la voluntad general, precisa que la actividad judicial de*

El profesor Ormazábal defiende, por un lado, la evidencia de la concepción social actual de una jurisdicción no sometida al poder ejecutivo y legislativo, así como la suficiencia y neutralidad del significado terminológico del *ius dicere* a los efectos de la innecesariedad de valorar las características de los órganos a los que se confía dicha tarea (la actuación del Derecho en un caso concreto) en un ámbito social e histórico determinado. Por otro lado, argumenta que no debe exagerarse el protagonismo conceptual de la independencia en la definición de la potestad jurisdiccional debido al escepticismo que puede crear la comprobación del grado real o efectivo alcanzado en un país concreto, aún de los llamados occidentales; finalmente, conviene con el profesor Montero Aroca en que resulta mucho más provechoso tratar sobre la potestad jurisdiccional tal y como esté configurada o diseñada en un ordenamiento jurídico concreto, debido a la dificultad y poca utilidad que presentaría una reflexión en abstracto sobre la jurisdicción, atendiendo a la diversidad de configuraciones y características que ha presentado la jurisdicción a lo largo de los tiempos y en los diferentes regímenes y sistemas políticos.²⁰⁷

Podemos concluir, como lo hace Ernesto Pedraz en su trabajo de la jurisdicción como competencia a la jurisdicción como órgano citando las conclusiones adoptadas en las VIII Jornadas de Profesores de Derecho Procesal celebradas en Valencia en 1972 que posiblemente la mejor definición sea la recogida en nuestras leyes, según las cuales sería: *“La ejercida con carácter exclusivo por los jueces y tribunales, aplicando las normas jurídicas en los juicios civiles, penales y contencioso administrativos, juzgando de modo inmutable y ejecutando lo juzgado.”*²⁰⁸

Actualizando dicha definición, según el profesor Juan Montero Aroca, debe definirse potestad jurisdiccional como la potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por los juzgados y tribunales, integrados por jueces y magistrados independientes, de realizar el derecho en el caso concreto juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado.²⁰⁹

individualización no pueda efectuarse, tomando en consideración situaciones hegemónicas de las partes o privilegio material alguno.”

²⁰⁷ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, “Introducción al derecho procesal”, Marcial Pons, Barcelona, 2019, (página 15).

²⁰⁸ PEDRAZ PENALVA, Ernesto, “De la jurisdicción como competencia a la jurisdicción como órgano” RAP, 1976, enero-abril, número 79, (páginas 145 y ss.).

²⁰⁹ MONTERO AROCA, Juan, ORTELLS RAMOS, Manuel y GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, en “Derecho Jurisdiccional. Parte General”, JM Bosch editores, 1996, (página 36).

3.3.- *Ámbito de ejercicio de la potestad jurisdiccional.*

Una vez definido el poder judicial y la potestad jurisdiccional o jurisdicción debemos acotar su ámbito de actuación.

En este punto, debemos partir de la base que el Poder judicial, tal y como se ha mostrado en su transformación tras el Antiguo Régimen, ha sufrido una evolución en cuanto a su limitación por parte del poder legislativo y, en su mayor parte, del poder ejecutivo.

En efecto, la potestad jurisdiccional ha sido tradicionalmente apartada de los supuestos de control de la actuación política o de gobierno, no faltan ejemplos en tiempos pasados próximos donde existía un claro rechazo a la posibilidad de que los Juzgados y Tribunales se inmiscuyeran en los asuntos del poder ejecutivo (*"juger c'est encore administrer"*), por otro lado, dicho rechazo resulta lógico si observamos la situación desde la posición del poder ejecutivo que observa como se le arrebatara una parcela de poder (el ejecutivo) a favor de otro (el judicial).²¹⁰

En la actualidad, el ámbito de actuación de la función jurisdiccional es el fijado por la Constitución Española y, en su desarrollo, por las determinaciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuyo articulado obtenemos la respuesta a dicha actuación del poder judicial²¹¹, así:

²¹⁰ Tal y como argumenta MONTERO AROCA, Juan, ORTELLS RAMOS, Manuel y GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, en "Derecho...", op. cit. (página 37): *"La potestad jurisdiccional quedó apartada de todos aquellos supuestos en los que incide directamente la actuación política o el gobierno de la nación. Ni siquiera se le confiaba la tutela de los derechos y libertades fundamentales proclamados por la Constitución; se partía aquí de la idea, falsa como tantas otras de la Revolución Burguesa, de que su proclamación era suficiente para lograr la efectividad práctica."*

²¹¹ PEDRAZ PENALVA, Ernesto, en su artículo "Reflexiones sobre el poder judicial y el PLOPJ", (páginas 1135 y 1136), concluye que: *"1) Que en España no puede hablarse de un ámbito tradicionalmente establecido. 2) Que constituye el campo de actuación jurisdiccional aquél que le venga asignado por la Constitución y demás leyes (arts. 117, núm. 3 y 4 CE y 2.2, 9 y 32 PLOPJ). 3) Que no obstante tal concepto funcional de jurisdicción, existe un núcleo de atribuciones constitucionalmente fijado, que constituye un límite para el poder legislativo ordinario –y consecuentemente para el ejecutivo en todo caso–, integrándose tal núcleo por las materias relativas a la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 24 y 7 PLOPJ), control de la potestad reglamentaria y legalidad de la actuación administrativa (arts. 106 CE y 8 PLOPJ), y protección de derechos e intereses legítimos (arts. 24 CE y 7.3 PLOPJ), explicitándose en este último tanto individuales como colectivos."*

A dichas atribuciones constitucionalmente fijadas MONTERO AROCA, Juan, ORTELLS RAMOS, Manuel y GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, en "Derecho...", op. cit. (página 38) añaden el monopolio de la imposición de las penas (artículo 25 CE) y el control de la

1.-) Al poder judicial le corresponde la tutela de los derechos subjetivos y de los intereses legítimos de los ciudadanos (artículo 24 CE y 7.3 LOPJ).

2.-) Se le atribuye el monopolio de la imposición de las penas (artículo 25 CE).

3.-) Ofrece a los ciudadanos la posibilidad de instar ante los Tribunales un procedimiento preferente y sumario para defender sus derechos y libertades fundamentales o, en su caso, un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (artículo 53.2 CE y 7.1 y 2 LOPJ).

4.-) Los Tribunales ejercen el control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de la Administración Pública a los fines que la justifican (artículo 106.1 CE y 8 LOPJ).

5.-) El control de la constitucionalidad de las leyes (artículo 161 CE y 2 LOTC).

3.4.- Los principios políticos de la jurisdicción. El principio de unidad jurisdiccional.

En este punto debemos referirnos a uno de los principios constitucionalizados en relación a la potestad jurisdiccional, esto es, el principio de unidad jurisdiccional.²¹²

Debemos especificar que dicho principio se explica como reacción a la situación existente en el régimen anterior, así como que supone una garantía

constitucionalidad de las leyes (161CE y 2 LOTC), en el mismo sentido, ORMÁZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, en "Introducción al Derecho Procesal", séptima edición, "páginas 16 y 17). Por otro lado, GIMENO SENDRA, Vicente, CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín y MORENO CATENA, Víctor, "Introducción al Derecho procesal", Editorial Colex, 2ª edición, 1997, (páginas 49 a 52), adiciona la función de complementar el ordenamiento jurídico por la vía del artículo 1.6 del Código Civil.

²¹² Según MONTERO AROCA, Juan, ORTELLS RAMOS, Manuel y GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, en "Derecho...", op. cit. (página 75): "La jurisdicción no sólo es única, es también indivisible y, por tanto, todos los órganos jurisdiccionales la poseen en su totalidad. No se tiene parte de la potestad jurisdiccional, sino que ésta o se tiene o no se tiene. Cuando a un órgano del Estado se atribuye jurisdicción, se le atribuye toda la jurisdicción. Lo que puede distribuirse es la competencia."

de la independencia judicial que no tiene comparación en las constituciones de los países próximos.²¹³

En la actualidad, el principio de unidad jurisdiccional se halla plasmado en la constitución española, en concreto, en su artículo 117.5, al decir: *“El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.”*

Asimismo, el artículo 3 de la LOPJ dispone: *“La jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos.”*

Del propio redactado de la norma constitucional se extrae que dicho principio presenta una doble vertiente: una vertiente interna o como exclusión de jurisdicciones o tribunales especiales no previstos en la Constitución y otra vertiente territorial o de unidad territorial de la jurisdicción.²¹⁴

Aun así, del principio de unidad jurisdiccional puede diferenciarse dos esferas en su proyección: una organizativa, y otra funcional, si bien en dialéctica concurrencia por lo que destaca inicialmente por la diversidad de perspectivas que ofrece y desde las que abordarse.²¹⁵

a.-) Principio de unidad como exclusión de jurisdicciones especiales no previstas en la Constitución.

²¹³ Dicho motivo obedece a las específicas circunstancias históricas de nuestro país, según el MONTERO AROCA, Juan, en *“Independencia y responsabilidad del Juez”*, Cuadernos Civitas, 1990.

En el mismo sentido el profesor VALENCIA MIRÓN, Antonio José, en *“Introducción al Derecho procesal”*, ed. Comares, 10ª edición, 2006, (página 131) y GIMENO SENDRA, Vicente, CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín y MORENO CATENA, Víctor, *“Introducción al Derecho procesal”*, Editorial Colex, 2ª edición, 1997, (páginas 71 a 73).

²¹⁴ Dicha distinción es la adoptada, entre otros por ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo Ormazábal, en *“Introducción al Derecho procesal”*, séptima edición, Marcial Pons, 2019, (páginas 57 a 69) o por DE LA OLIVA, Andrés, DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *“Derecho procesal: introducción”*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, (páginas 167 a 174).

²¹⁵ En cuanto a la variedad de perspectivas y dimensiones del principio de unidad, resulta interesante el trabajo de SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco: *“Poder judicial y Unidad jurisdiccional en España”* publicado en la obra colectiva *“Poder judicial y Unidad jurisdiccional en el estado autonómico”*, Estudios de Derecho judicial 90-2006, CGPJ centro de documentación judicial, (páginas 95 y siguientes).

Es tajante el artículo 3.1 de la LOPJ cuando establece que no puede haber otras jurisdicciones que las expresamente previstas en la Constitución.²¹⁶

Por su parte, el artículo 4 de la LOPJ dispone que *la jurisdicción se extiende a todas las personas, a todo el territorio español, en la forma establecida en la Constitución y en las leyes*. Por ello, sólo existe una jurisdicción que, a su vez, se divide en jurisdicción ordinaria y en jurisdicción especial.

La jurisdicción ordinaria es aquella que:

- Está regulada por la LOPJ.²¹⁷
- Está compuesta por jueces y magistrados que cumplan los requisitos que se derivan de la Constitución (con estatuto personal único, reserva de Ley orgánica para su estatuto, de carrera, cuerpo único y gestionado por el Consejo General del Poder Judicial).
- Es compatible con la especialización que se exige en determinados órdenes jurisdiccionales.

Asimismo, la jurisdicción especial está compuesta por aquellos tribunales admitidos por la Constitución siendo todos los demás prohibidos, no siendo posible constituir ningún otro tribunal especial.²¹⁸

²¹⁶ Según GIMENO SENDRA, Vicente, CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín y MORENO CATENA, Víctor, "Introducción al Derecho procesal", Editorial Colex, 2ª edición, 1997, (página 73), de la lectura del artículo 117.5 CE y 3 LOPJ resulta claro que, pese a la claridad de la norma legal, no se ha querido efectuar una consagración rotunda y radical del principio de unidad, puesto que la propia Constitución anunció la constitución de nuevos órganos jurisdiccionales, no encuadrables en el Poder Judicial.

²¹⁷ DE OTTO, Ignacio en "Estudios sobre el Poder Judicial", Ministerio de Justicia, 1989, (página 101), afirma que *"la ilicitud de la constitución de Tribunales distintos de los regulados en la LOPJ no deriva de ésta -que como ley orgánica no podría impedir que otra de la misma naturaleza constituyera Tribunales distintos- sino que deriva del arts. 122.1 de la Constitución, según el cual "La Ley Orgánica del Poder Judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales" y habrá de hacerlo integrándolos en una organización única, porque así lo exige el principio de unidad jurisdiccional, que "es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales" (art. 117.5 CE)."*

²¹⁸ Según MONTERO AROCA, Juan, ORTELLS RAMOS, Manuel y GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, en "Derecho...", op. cit. (página 81), puede haber dos clases de tribunales especiales, los admitidos por la Constitución que son aquellos expresamente mencionados por el texto constitucional y todos los demás que son los prohibidos por la Constitución, de tal modo que desde la organización sólo pueden existir los tribunales ordinarios y los especiales constitucionales, no siendo posible constituir ningún otro tribunal especial.

En el mismo sentido DE LA OLIVA, Andrés, DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, "Derecho procesal...", op. cit., (página 172): *"Lo que el principio de unidad jurisdiccional prohíbe es que haya tribunales organizados al margen de la jurisdicción ordinaria o, por*

Los Tribunales en los que la Constitución les atribuye potestad jurisdiccional pero que no forman parte del Poder Judicial son el Tribunal de Cuentas (artículo 136 CE), el Tribunal Constitucional (artículos 159 a 165 CE), los tribunales militares (artículo 117.5 CE) y los tribunales consuetudinarios (artículo 125 CE).

Por otro lado, respecto a la unidad jurisdiccional, como afirma Montero Aroca: *“la aspiración a la unidad jurisdiccional es en el fondo la aspiración a la independencia judicial como máxima garantía del justiciable”*.²¹⁹

Al mismo tiempo, tal y como apunta Gimeno Sendra, la unidad de jurisdicción debe ser contemplada también desde el punto de vista organizativo, puesto que los órganos judiciales componen una organización única, sometidos a un régimen único a este aspecto se refiere De Otto al decir que todos los Juzgados y Tribunales estarán sujetos al gobierno del Consejo General del Poder Judicial.²²⁰

Debemos hacer especial mención a que en ningún apartado de la Constitución Española se hace referencia expresa a la jurisdicción del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales, por lo que viene a ser una *rara avis* dentro de la organización judicial y, en concreto, de la atribución constitucional de potestades jurisdiccionales a un órgano jurisdiccional.

ser más precis, que existan tribunales integrados por jueces que no formen parte de la jurisdicción ordinaria, es decir, que sean jueces que no hayan sido reclutados por los mismos métodos que los jueces ordinarios y que no estén sometidos en todos los aspectos de su relación de servicios con el Estado (ascensos, responsabilidad disciplinaria, etc.) al mismo régimen jurídico que los jueces ordinarios.”

También DE OTTO, Ignacio en “Estudios...”, op. cit. (páginas 102 y 103) cuando dice: *“Por ello habrá que considerar que los Tribunales constituidos al margen de la organización judicial son siempre Tribunales especiales contrarios a la Constitución –salvo la jurisdicción militar, que la Constitución permite, y el Tribunal Constitucional y el de Cuentas, que establece por sí misma–”*.

²¹⁹ MONTERO AROCA, Juan, en “Trabajos de derecho procesal”, Barcelona, 1988, (página 137).

²²⁰ GIMENO SENDA, José Vicente, en “Fundamentos del derecho procesal”, Madrid, 1981, (páginas 85 y 86): *“De nada serviría proclamar la sumisión del Estado del derecho, el principio de que la aplicación de las Leyes a los casos controvertidos se realizará a través de unos procesos con plenas garantías para las partes y por jueces y magistrados independientes, si dicha facultad puede ser sustraída de la jurisdicción y conferida a órdenes de funcionarios o de particulares que, aun cuando puedan tener los aspectos funcionales de la jurisdicción (conocer, decidir y ejecutar), no posean los orgánicos (independencia e imparcialidad) y DE OTTO, Ignacio, en “Estudios sobre el Poder Judicial”, Ministerio de Justicia, 1989, (página 101): “Todos los Juzgados y Tribunales han de pertenecer a una única organización y estar sujetos a una normativa común.”*

b.-) El principio de unidad territorial.

En el modelo territorial instaurado por la Constitución de 1978 surge un Estado español integrado por Comunidades Autónomas que carecen de Poder Judicial propio en aplicación de lo señalado en el artículo 149.1.5ª CE entendida la Administración de Justicia como sinónimo de potestad jurisdiccional.²²¹

Por ello, pese al modelo territorial del estado autonómico, resulta imposible admitir la existencia de un Poder Judicial autonómico, por mucho que las Comunidades Autónomas participen, en mayor o menor medida, en la administración de justicia por lo que puede afirmarse que el *Estado de las autonomías acaba allí donde empieza el Poder Judicial*.²²²

Dicha unidad territorial de la jurisdicción se refrendó por el Tribunal Constitucional con ocasión de la sentencia que resolvió el recurso contra la

²²¹ En este sentido citamos, entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 56/1990, de 29 de marzo (BOE 107 de 04/05/1990), que resuelve los recursos de inconstitucionalidad 859, 861, 864 y 870/1985 (acumulados), promovidos por el Parlamento de la Generalidad de Catalunya, el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Catalunya, la Junta de Galicia y el Gobierno Vasco, respectivamente, contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y que, en su fundamento jurídico sexto, dice:

“Partiendo del anterior dato, la construcción realizada por las Comunidades Autónomas recurrentes adquiere pleno sentido. El art. 149.1.5 de la Constitución reserva al Estado como competencia exclusiva la «Administración de Justicia»; ello supone, en primer lugar, extremo éste por nadie cuestionado, que el Poder Judicial es único y a él le corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y así se desprende del art. 117.5 de la Constitución; en segundo lugar, el gobierno de ese Poder Judicial es también único, y corresponde al Consejo General del Poder Judicial (art. 122.2 de la Constitución). La competencia estatal reservada como exclusiva por el art. 149.1.5 termina precisamente allí. Pero no puede negarse que, frente a ese núcleo esencial de lo que debe entenderse por Administración de Justicia, existen un conjunto de medios personales y materiales que, ciertamente, no se integran en ese núcleo, sino que se colocan, como dice expresamente el art. 122.1, al referirse al personal, «al servicio de la Administración de Justicia», esto es, no estrictamente integrados en ella. En cuanto no resultan elemento esencial de la función jurisdiccional y del autogobierno del Poder Judicial, cabe aceptar que las Comunidades Autónomas asuman competencias sobre esos medios personales y materiales. Ciertamente, deslindar los elementos básicos del autogobierno era una tarea difícil de realizar en el momento en que se aprobaron los Estatutos de Autonomía y eso explica que se dejara ese deslinde al legislador orgánico, sin perjuicio del hipotético control de constitucionalidad de este Tribunal. Lo que la cláusula subrogatoria supone es aceptar el deslinde que el Estado realiza entre Administración de Justicia en sentido estricto y «administración de la Administración de Justicia»; las Comunidades Autónomas asumen así una competencia por remisión a ese deslinde, respetando como núcleo inaccesible el art. 149.1.5 de la Constitución, con la excepción de lo dispuesto en el art. 152.1, segundo párrafo.”

²²² Según acertadas palabras de ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo Ormazábal Sánchez en “Introducción...”, op. cit., (página 61).

Ley orgánica que aprobó el Estatuto de Autonomía de Catalunya²²³, así en su fundamento jurídico 42 dice:

“Procede, pues, examinar en particular cada uno de los preceptos recurridos para determinar si, como sostienen los recurrentes, el nuevo Estatuto catalán se ha extendido sobre materia reservada a la competencia estatal. Examen que, como es evidente, no puede sino partir del principio de que una de las características definidoras del Estado autonómico, por contraste con el federal, es que su diversidad funcional y orgánica no alcanza en ningún caso a la jurisdicción. En el Estado autonómico, en efecto, la diversificación del ordenamiento en una pluralidad de sistemas normativos autónomos no se verifica ya en el nivel de la constitucionalidad con la existencia de una pluralidad de Constituciones (federal y federadas), sino que, a partir de una única Constitución nacional, sólo comienza en el nivel de la legalidad. Los sistemas normativos que en ese punto se configuran producen normas propias, a partir del ejercicio de unas potestades legislativa y ejecutiva también propias. Sin embargo, la función jurisdiccional, mediante la que tales normas adquieren forma y contenido definitivos, es siempre, y sólo, una función del Estado. En definitiva, si el Estado autonómico arranca con una Constitución única, concluye con una jurisdicción también única, conteniéndose la diversidad de órganos y funciones en las fases del proceso normativo que media entre ambos extremos. La unidad de la jurisdicción y del Poder Judicial es así, en el ámbito de la concreción normativa, el equivalente de la unidad de la voluntad constituyente en el nivel de la abstracción.

La estructura territorial del Estado es indiferente, por principio, para el Judicial como Poder del Estado. La Constitución limita la relevancia del principio autonómico en el ámbito de la jurisdicción a términos muy concretos, que hacen del territorio de la Comunidad Autónoma una de las unidades vertebradoras de la articulación del Poder Judicial en el conjunto del territorio nacional. Vale, pues, como criterio de ordenación territorial de los órganos de la jurisdicción y de las instancias procesales, pero sin perjuicio alguno de la integración de aquéllos en un Poder del Estado. Unidad orgánica y funcional que, asegurada en su sustancia con la atribución al Estado de la competencia exclusiva en materia de Administración de Justicia, es perfectamente compatible con el reconocimiento a las Comunidades Autónomas de determinadas competencias en el ámbito de la «administración de la Administración de Justicia», cuando así resulta de su titularidad sobre competencias propias de la vertiente puramente administrativa al servicio de la función jurisdiccional del Estado.”

No nos extenderemos en este punto a exponer la doctrina constitucional relativa a la asunción de competencias de las Comunidades Autónomas en materia de medios personales o materiales, relación con los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, participación en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio, agotamiento de las instancias procesales en los órganos judiciales radicados en las

²²³ Sentencia del Tribunal Constitucional número 31/2010, de 28 de junio de 2010 (BOE 172 de 16/07/2010) que resolvió el recurso de inconstitucionalidad número 8045-2006 interpuesto por noventa y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Catalunya.

Comunidades Autónomas o en los Consejos de Justicia de Andalucía, Aragón y Catalunya puesto que nos alejaría de la materia objeto de estudio.

3.5.- La exclusividad jurisdiccional (monopolio judicial) y Autotutela.

El principio de exclusividad es uno de los principios básicos de la potestad jurisdiccional así, según el artículo 117.3 de la Constitución Española y 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes y en los tratados internacionales lo que supone un monopolio judicial o reserva de jurisdicción.

El Tribunal Constitucional ha tenido varias ocasiones para interpretar el sentido del principio de exclusividad o reserva de jurisdicción dejando claro, en todo momento, que los Jueces y Tribunales no están subordinados en el ejercicio de su función jurisdiccional a ningún otro poder público, sino sometidos única y exclusivamente “al imperio de la ley”, esto es, sujetos al Derecho.²²⁴

3.5.1.- Monopolio estatal.

²²⁴ En concreto, el Tribunal Constitucional en su sentencia número 58/2016, fundamento jurídico 4: “Es, en efecto, a los Jueces y Magistrados, individualmente o integrados en Salas o Secciones de Justicia, a quienes corresponde dispensar la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, cuyo contenido se extiende a «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» (art. 117.3 CE); potestad exclusiva «justamente derivada del principio de independencia judicial que garantiza el art. 117.1 CE» (STC 231/2005, FJ 7), que es «consustancial a todo Estado democrático» (STC 37/2012, FJ 5).

Como este Tribunal ha señalado, «el Poder Judicial consiste en la potestad de ejercer la jurisdicción, y su independencia se predica de todos y cada uno de los Jueces en cuanto ejercen tal función, quienes precisamente integran el poder judicial o son miembros de él porque son los encargados de ejercerla. Así resulta claramente del artículo 117.1 de la Constitución» (STC 108/1986, FJ 6). «La independencia es atributo consustancial a la función de juzgar, en cuanto implica que Jueces y Tribunales no están subordinados en el ejercicio de su función jurisdiccional a ningún otro poder público, sino sometidos única y exclusivamente “al imperio de la ley”, esto es, sujetos al Derecho ... Por eso la legitimación democrática del Poder Judicial deriva directamente de la Constitución, que configura a la justicia como independiente, sometida únicamente al Derecho y no a opciones políticas. Es más, si en un Estado no existe un poder judicial independiente (independencia que se predica de todos y cada uno de los jueces y magistrados integrantes del poder judicial) entonces lo que no hay es Estado de Derecho, pieza esencial, como es sabido, de un Estado auténticamente constitucional» (STC 37/2012, FJ 5). Justamente por ello, la proclamación constitucional de la independencia del Poder Judicial va acompañada del establecimiento de diversas garantías adecuadas a asegurar su efectividad, como son, entre otras, la inamovilidad, la imparcialidad, el estatuto jurídico de Jueces y Magistrados, y el régimen de responsabilidad (SSTC 108/1986, FJ 6, y 37/2012, FJ 6).”

Dicho monopolio tiene una doble vertiente, así como un sentido negativo, una de las vertientes se refiere al monopolio estatal, esto es, la exclusión de la validez en el Estado español de las resoluciones judiciales dictadas por tribunales extranjeros, a no ser que se las reconozca valor en el territorio español mediante una ley o tratado internacional, que no desarrollaremos por no ser objeto del presente estudio.

Podemos afirmar, aunque no nos detengamos en ello, que en lo que se refiere al monopolio estatal existe un ámbito internacional matizado por el artículo 93 de la CE y la subscripción de numerosos tratados internacionales, así como, por otro lado, existe un ámbito interno en el que la soberanía estatal impide cualquier atisbo de jurisdicciones de ámbito inferior al del Estado.

Por ello, el artículo 93 CE permite, mediante ley orgánica, autorizar la suscripción de tratados internacionales por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, entre ellas, las jurisdiccionales, como especifica el artículo 2.1 LOPJ.

En este sentido, forman parte de nuestra organización judicial y, por lo tanto, con potestad jurisdiccional, los siguientes tribunales internacionales:

- a) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos.²²⁵
- b) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea.²²⁶

²²⁵ España se adhirió en 1979 al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) de 4 de noviembre de 1950 y se comprometió a acatar las sentencias definitivas dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los litigios en que sea parte. Por otro lado la LO 7/2015, de 21 de julio introdujo el artículo 5 bis de la LOPJ en el que dispone: *“Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión.”*

²²⁶ España entró a formar parte de la Unión Europea el 12 de junio de 1985 por lo que también asumió la función jurisdiccional del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asimismo, también mediante la LO 7/2015, de 21 de junio, introdujo el artículo 4 bis 1 LOPJ que dice: *“1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2. Cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes.”*

3.5.2.- Monopolio judicial.

La otra vertiente, esto es, el monopolio judicial o reserva de jurisdicción, que no es otra cosa que afirmar que la Constitución atribuye en exclusiva a los Juzgados y Tribunales la potestad jurisdiccional de juzgar y ejecutar lo juzgado.

Dicho monopolio o reserva de jurisdicción supone una opción política de las Cortes constituyentes puesto que, en determinados ordenamientos próximos al nuestro, dicho principio no rige o conoce importantes excepciones.

En efecto, en ciertos países europeos la justicia administrativa es ejercida por órganos que, aunque dotados de independencia, forman parte del poder ejecutivo, un ejemplo claro y próximo es el ordenamiento jurídico francés y su dicotomía jurisdiccional administrativa y ordinaria o en los Estados Unidos en los que su cámara parlamentaria puede realizar funciones jurisdiccionales (como el impeachment para juzgar a su Presidente).

Como afirma el profesor Ignacio Díez-Picazo Giménez: *“Sin el principio de reserva jurisdiccional, todo el edificio constitucional de garantías de Justicia podría llegar a ser demolido con el sencillo expediente de atribuir funciones jurisdiccionales a órganos carentes de esas garantías constitucionales.”* Por lo que resulta difícil determinar si, o en qué medida, la denominada autotutela de las Administraciones públicas supone una quiebra del principio de reserva jurisdiccional.²²⁷

La única excepción a dicha atribución es la institución del arbitraje donde los particulares mediante un acuerdo previo asumen la intervención de un tercero en la resolución de sus conflictos.

El Tribunal Constitucional ha validado y declarado la constitucionalidad de dicha excepción y permite que los ciudadanos puedan renunciar de forma voluntaria y transitoria al ejercicio de sus acciones en aras a obtener unos mayores beneficios que el que pudieran obtener de su ejercicio.²²⁸

²²⁷ DE LA OLIVA, Andrés, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, “Derecho procesal. Introducción”, Biblioteca universitaria Ramón Areces, tercera edición, 2008, (página 166).

²²⁸ Un ejemplo reciente es la Sentencia del Tribunal Constitucional número 1/2018, (BOE número 34 de 7 de febrero de 2018), donde en su fundamento jurídico tercero se resume la doctrina constitucional, al decir: *“Ha de partirse de la idea de que la configuración del arbitraje como vía extrajudicial de resolución de las controversias existentes entre las partes es un “equivalente jurisdiccional”, dado que las partes obtienen los mismos resultados que accediendo a la jurisdicción civil, es decir, una decisión al conflicto con efectos de cosa juzgada (por todas, SSTC 15/1987, de 6 de febrero, y 62/1991, de 22 de marzo). La exclusividad jurisdiccional a que alude el artículo 117.3 CE*

En lo que se refiere al monopolio judicial también implica que no puede haber otros órganos que ejerzan tal potestad jurisdiccional hecho que, en cierto modo, se ha consolidado hace pocas décadas.

En efecto, en el régimen político anterior, con un marcado carácter dictatorial, surgieron numerosos órganos de naturaleza administrativa con funciones claramente jurisdiccionales, hablamos de los Tribunales de Honor, Tribunales Sindicales de Amparo, Tribunales de Prensa, Tribunales de Ética Profesional o Tribunal de Defensa de la Competencia que, si bien la mayoría de ellos desaparecieron ante la llegada de la etapa constitucional, aún perviven en algunos de sus sucesores cierto carácter jurisdiccional.²²⁹

3.5.3.- Sentido negativo de la exclusividad jurisdiccional y su relación con la autotutela administrativa.

A modo de cierre del círculo del estudio del principio de exclusividad jurisdiccional existe un ámbito de exclusión o sentido negativo de la exclusividad.

Dicha vertiente negativa se halla plasmada constitucionalmente en el artículo 117.4 CE y en el artículo 2.2 LOPJ donde se pretende que los Juzgados y Tribunales no traspasen la línea de la función jurisdiccional a los efectos de evitar que invadan esferas propias de los otros poderes del Estado.

La Constitución, asimismo, permite que el legislador pueda atribuir a los Juzgados y Tribunales ciertas funciones fuera de la esfera jurisdiccional,

no afecta a la validez constitucional del arbitraje, ni vulnera el artículo 24 CE. En relación con el sometimiento de controversias al arbitraje, este Tribunal ha reiterado que, si bien el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio. A esos efectos, se ha incidido en que dicha renuncia debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca y si bien, por la protección que se debe dispensar a la buena fe, se ha declarado que la renuncia puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho, no es lícito deducirla de una conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar (por todas, STC 65/2009, de 9 de marzo, FJ 4). Esta circunstancia es lo que ha determinado que se haya considerado contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) la imposición obligatoria e imperativa del sometimiento a arbitraje (por todas, STC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3)."

²²⁹ MONTERO AROCA, Juan, ORTELLS RAMOS, Manuel y GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, en "Derecho...", op. cit. (página 93), afirma que ciertas potestades y privilegios de la Administración son un ataque al monopolio judicial de la jurisdicción puesto que, aunque la Constitución no llegue a decir que el poder ejecutivo tenga potestad jurisdiccional, consiente dichas potestades.

siempre que éstas sean expresamente atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho.

El legislador, en aplicación de dicha habilitación, atribuye a los Juzgados y Tribunales funciones fuera del ámbito jurisdiccional como la denominada Jurisdicción Voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio) que atribuye a los Jueces y Tribunales funciones relativas a la persona (adopción, patria potestad, capacidad) o bien la participación de órganos jurisdiccionales en diferentes ámbitos como el del régimen electoral (artículos 9.1, 10.1 y 11 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General)

Merece especial atención la relación del sentido negativo del principio de exclusividad jurisdiccional con el principio de Autotutela administrativa que hemos analizado en el punto anterior y que, del mismo modo, hemos hecho referencia a las palabras del profesor Ignacio Díez-Picazo Giménez y sus dudas sobre en qué medida la denominada autotutela de las Administraciones públicas supone una quiebra del principio de reserva jurisdiccional.

Así, según el profesor García de Enterría, es sobre la misma base de la prohibición recogida en el artículo 117.4 CE y 2.2 LOPJ que empieza la afirmación de dicho principio de Autotutela y que *“ha contado a su servicio con un mecanismo a su servicio específicamente montado para asegurar su eficacia: el sistema llamado de ‘conflictos jurisdiccionales’, a través del cual se resuelven las contiendas que pueden surgir entre la Administración y los Tribunales, ordinarios y especiales, por conocer (conflictos positivos) o no conocer (conflictos negativos) de un mismo asunto.”*²³⁰

Asimismo, el Tribunal Constitucional en su día propugnó la conformidad de la exclusividad jurisdiccional con la institución de la autotutela administrativa.²³¹

²³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, en “Curso de Derecho Administrativo”, volumen I, decimotercera edición, (página 538), en un sentido similar SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, en “Derecho Administrativo, parte general”, séptima edición, Ed Tecnos, 2011, páginas 107 a 110.

²³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional número 22/1984, (BOE número 59 de 9 de marzo de 1984), fundamento jurídico cuarto: *“La potestad de la Administración de autoejecución de las resoluciones y actos dictados por ella, se encuentra en nuestro Derecho positivo vigente legalmente reconocida y no puede considerarse que sea contraria a la Constitución. Es verdad que el art. 117.3 de la Constitución atribuye al monopolio de la potestad jurisdiccional consistente en ejecutar lo decidido a los Jueces y Tribunales establecidos en las Leyes, pero no es menos cierto que el art. 103 reconoce como uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse, el de eficacia «con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho».*

Aun así, han transcurrido más de 30 años desde el pronunciamiento constitucional y siguen vigentes las advertencias del profesor Montero Aroca al decir: *“teóricamente la exclusividad expresa algo de tal modo arraigado en la esencia del estado moderno que las Constituciones no podrían negarlo, pero prácticamente las negaciones han sido constantes.”*²³²

Aun así, el profesor Ignacio De Otto afirma rotundamente que el reconocimiento del poder de declaración y de ejecución del propio derecho no es reconocer jurisdicción, porque falta la nota de irrevocabilidad que caracteriza a esta última.

Por ello, el profesor De Otto afirma que no hay violación del monopolio de la jurisdicción en el reconocimiento de la autotutela administrativa.²³³

3.6.- La organización del poder judicial.

La potestad jurisdiccional que hemos analizado en los apartados anteriores se ejerce única y exclusivamente por ciertos órganos, los Juzgados y los Tribunales que, a su vez, actúan en sus funciones con independencia de los otros poderes del Estado.

A diferencia del Poder ejecutivo, el Poder judicial y, en concreto, su función jurisdiccional, no se ejerce bajo una jerarquía, sino que dicho poder radica en los mismos órganos jurisdiccionales que, aunque no podamos hablar de unidad de acción, sí que podemos hablar de poder judicial como organización judicial y como gobierno propio.

En efecto, dentro del Poder judicial existe un cierto orden u organización que se encarga del buen funcionamiento de los órganos jurisdiccionales que, en

²³² MONTERO AROCA, Juan, ORTELLS RAMOS, Manuel y GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, en *“Derecho...”*, op. cit. (página 92) afirma que pese a que se suprimieron los tribunales administrativos con funciones jurisdiccionales (tribunales de honor, sindicales de amparo, de prensa, de ética profesional, de publicidad, de defensa de la competencia, de contrabando, etc.) todavía queda alguno contrario a este principio fundamental.

Según DE OTTO, Ignacio, en *“Estudios...”*, op. cit (páginas 88 y 89), el principal terreno de lucha del principio del monopolio jurisdiccional ha sido siempre la Administración pública y la existencia de las jurisdicciones administrativas y, aunque hoy no tiene la importancia que tuvo puesto que todas sus resoluciones son impugnables antes los Jueces, aun cuando sigan existiendo ya no podrían calificarse como jurisdiccionales.

²³³ DE OTTO, Ignacio, *“Estudios...”*, op. cit. (página 95) aun así reconoce que si dichos actos no fuesen controlados ex post por los jueces el poder que ello conllevaría sería del todo similar al que tienen los Juzgados y Tribunales.

cierto modo, ordena y organiza todos los órganos dotados de potestad jurisdiccional.

Por otro lado, el ejercicio de la potestad jurisdiccional precisa de un gobierno propio que se encargue de los aspectos “administrativos”, dichos aspectos quedan fuera de la independencia puesto que ésta se limita al ejercicio de la potestad jurisdiccional, esto es, a juzgar y ejecutar lo juzgado.²³⁴

Es preciso recordar que la Constitución Española en su artículo 122.1 impone una garantía formal de la independencia del poder judicial para regular las principales cuestiones relativa a los Juzgados y Tribunales precisando una reserva de ley orgánica para dichas cuestiones (constitución, funcionamiento y gobierno de los juzgados y tribunales, así como el estatuto jurídico de los jueces y magistrados de carrera, que formarán un cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia).

En ciertos países dichos aspectos administrativos se llevan a cabo por el correspondiente Ministerio de Justicia (como así se ha efectuado en épocas anteriores) o bien por un órgano de gobierno propio, que es el camino seguido por la Constitución Española y por la Ley Orgánica del Poder Judicial al crear el Consejo General del Poder Judicial y el resto de órganos de gobierno de los órganos jurisdiccionales.

Huelga decir que dicho órgano, el Consejo General del Poder Judicial, carece de cualquier función jurisdiccional y que, únicamente, se le atribuyen poderes y facultades para el cumplimiento de sus funciones.²³⁵

²³⁴ Según afirma MONTERO AROCA, Juan, ORTELLS RAMOS, Manuel y GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, en “Derecho...”, op. cit., la Constitución no pretendió establecer un sistema de autogobierno en sentido estricto pero sí pretendió establecer un sistema de gobierno autónomo, separado de los otros poderes y no condicionados por ellos, hecho que, según el mismo establece, no se ha conseguido y, según el profesor, políticamente el Consejo está muerto y el desapoderamiento del poder ejecutivo no se ha conseguido por lo que no cabe hablar de gobierno autónomo del poder judicial sino de pseudogobierno mínimo que está más cerca de la vieja administración de justicia que del nuevo poder judicial a que aspira la Constitución.

²³⁵ La misma exposición de motivos de la LOPJ se encarga de definir claramente el carácter organizativo y las atribuciones del CGPJ al decir: “Para garantizar la independencia del Poder Judicial, la Constitución crea el Consejo General del Poder Judicial, al que encomienda el gobierno del mismo, y remite a la Ley Orgánica el desarrollo de las normas contenidas en su artículo 122.2 y 3. En cumplimiento de tales mandatos, la presente Ley Orgánica reconoce al Consejo General todas las atribuciones necesarias para la aplicación del estatuto orgánico de los Jueces y Magistrados, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario. La Ley concibe las facultades de inspección de Juzgados y Tribunales, no como una mera actividad represiva, sino, más bien, como una potestad que incorpora elementos de perfeccionamiento de la organización que se inspecciona.”

CAPÍTULO III

Delimitación de los conflictos de jurisdicción respecto de otros sistemas conflictuales.

“En cualquier caso, parece evidente que esta doble incertidumbre que se cierne sobre nuestro sistema de conflictos quedaría eliminada si la competencia resolutoria se atribuyera constitucionalmente a un Tribunal de Conflictos, de composición paritaria de jueces y administradores, o bien se incluyeran entre las que corresponden al Tribunal Constitucional.”

Prof. José Ramón Parada Vázquez.

SUMARIO:

1.- LA POSICIÓN JURÍDICA DE LA ADMINISTRACIÓN COMO PUNTO DE PARTIDA DE LA REGULACIÓN DE LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN.

2.- PROBLEMAS TERMINOLÓGICOS ENTORNO A LA EXPRESIÓN “CONFLICTO DE JURISDICCIÓN”.

3.- OTROS SISTEMAS CONFLICTUALES ENTRE ÓRGANOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DIFERENTES DEL CONFLICTO DE JURISDICCIÓN.

3.1.- Conflictos de atribución entre órganos del Estado. Breve referencia al Derecho comparado. 3.1.1.- Los conflictos de atribución en el sistema jurídico español. 3.1.2.- Breve referencia a los conflictos de atribución en otros ordenamientos jurídicos: el caso de Alemania e Italia. 3.2.- Los conflictos de competencia. 3.3.- El tratamiento procesal y administrativo de la falta de competencia. 3.3.1.- El tratamiento de la falta de competencia en la Ley Orgánica del Poder Judicial. 3.3.2.- El tratamiento de la falta de competencia en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. 3.3.3.- El tratamiento de la falta de competencia en el orden jurisdiccional civil. 3.3.4.- El tratamiento de la falta de competencia en el orden jurisdiccional penal. 3.3.5.- El tratamiento de la falta de competencia en el orden jurisdiccional social. 3.3.6.- El tratamiento de competencia entre órganos del mismo orden jurisdiccional. 3.3.7.- La competencia en el ámbito administrativo.

1.- LA POSICIÓN JURÍDICA DE LA ADMINISTRACIÓN COMO PUNTO DE PARTIDA DE LA REGULACIÓN DE LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN.

Hemos visto como gran parte de la doctrina administrativa plantea y sostiene que existe una diferencia evidente entre la posición jurídica de los privados y de la Administración ante el Juez que justifica que dicha Administración no necesita someter sus pretensiones ante los Tribunales para que éstas sean ejecutivas y, como hemos visto, se traduce en el principio denominado de Autotutela administrativa.²³⁶

Asimismo, por parte de dicha doctrina se afirma que existe una regla general que prohíbe la interferencia judicial en el desarrollo de las funciones de la Administración.²³⁷

Dichos autores citan expresamente el artículo 4 LOPJ de 1870 donde se establecía que: *“no podrán los jueces y tribunales mezclarse directa ni indirectamente en asuntos peculiares a la Administración del Estado”*. Dicho parecer se recoge con menor grado en el artículo 117.4 CE al establecer que *“Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho”*, finalmente el artículo 507 del Código Penal (aún vigente) sanciona al juez que ser arrogare atribuciones propias de las autoridades administrativas o les impidiese el ejercicio legítimo de las mismas.²³⁸

Como hemos manifestado en apartados anteriores, dicha doctrina afirma que el actual sistema de conflictos de jurisdicción es el garante de dicha prohibición, sistema que no se puede imaginar entre un sujeto ordinario y la Justicia hecho que explica el privilegio que ostenta la Administración

²³⁶ Debemos recordar que su principal valedor fue el profesor Eduardo García de Enterría como así es públicamente reconocido por la doctrina y la jurisprudencia.

²³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *“Curso de Derecho Administrativo”*, tomo I, 13a edición, Ed. Thomson Civitas, 2006, (página 497): *“Por último, la Administración no está sometida a los Tribunales en cualquier momento u oportunidad. Por de pronto, existe una regla general que prohíbe la interferencia judicial en el desarrollo de las funciones administrativas.”*

²³⁸ **Artículo 507.** *El Juez o Magistrado que se arrogare atribuciones administrativas de las que careciere, o impidiere su legítimo ejercicio por quien las ostentare, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año, multa de tres a seis meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.*

respecto a la Justicia que, según dichos autores, marca el conjunto entero del Derecho Administrativo.²³⁹

Debemos recordar aquí las palabras del profesor Ignacio de Otto cuando afirma rotundamente que el reconocimiento del poder de declaración y de ejecución del propio derecho no es reconocer jurisdicción, porque falta la nota de irrevocabilidad que caracteriza a esta última y que, por ello, afirma que no hay violación del monopolio de la jurisdicción en el reconocimiento de la autotutela administrativa.²⁴⁰

2.- PROBLEMAS TERMINOLÓGICOS ENTORNA A LA EXPRESIÓN “CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN”.

Con carácter previo a abordar los diferentes tipos de sistemas de conflictos entre órganos constitucionales del Estado es necesario poner en evidencia la falta de precisión terminológica de su dominación.

En efecto, la profesora Blanca Lozano da buena fe de ello tras poner de relieve todos los antecedentes históricos de los conflictos entre la Administración y los Tribunales así como su incorrección lingüística²⁴¹, del mismo modo el profesor García de Enterría ya advirtió del nombre poco apropiado del Tribunal así como lo definió de la siguiente manera: *“Es una especie de “guardagujas”, que hace circular el vagón administrativo y el judicial por la vía que les corresponde, pero su decisión se limita a ello, sin que pueda tener la menor influencia sobre la decisión de fondo que luego en los correspondientes procedimientos administrativos o judiciales en presencia correspondan.”*²⁴²

Hemos visto como la Ley Orgánica del Poder Judicial define las controversias entre la Administración y los Tribunales como conflictos de jurisdicción si

²³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, “Curso...”, op. cit., (página 498).

²⁴⁰ DE OTTO, Ignacio, “Estudio...”, op. cit. (página 95) aun así reconoce que si dichos actos no fuesen controlados ex post por los jueces el poder que ello conllevaría sería del todo similar al que tienen los Juzgados y Tribunales.

²⁴¹ LOZANO, Blanca, en “Los conflictos entre Administración y los Tribunales: perspectiva histórica y nueva configuración” publicado en la Revista de Administración Pública número 118 enero-abril 1989 (páginas 203 y 204) y de la misma autora “El sistema de conflictos jurisdiccionales, las materias clasificadas y el control judicial de la Administración” REDA número 91 de 1996.

²⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, “Curso...”, op. cit., (página 540).

bien, como se ha puesto de relieve en el presente trabajo, la Administración carece de jurisdicción ya sea en su sentido amplio o en su sentido estricto.²⁴³

Es necesario recordar que, como veremos en los puntos posteriores, la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 1948 reguló los conflictos de atribución o cuestiones de competencia en consonancia con la diferenciación efectuada por Zanobini donde los conflictos de atribución son los que tienen lugar entre autoridades de distintos órdenes y con distintas funciones (tribunales y administración activa) así como los conflictos de jurisdicción o también llamados cuestiones de competencia son los que surgen entre autoridades de distintos órdenes pero que ejercitan una misma función (función jurisdiccional).²⁴⁴

En el mismo sentido que Zanobini se pronunció el profesor Maurice Hauriou donde especificaba que, en el caso francés, se denominan conflictos de atribución a la lucha de competencias entre dos autoridades diferentes de dos órdenes diferentes: el orden ejecutivo y el orden judicial.

Por otro lado, según Hauriou, hay conflicto de jurisdicción cuando la diferencia en la competencia se establece entre dos autoridades de un mismo orden (judicial o administrativo).²⁴⁵

Asimismo, Jean-Baptiste Sirey escribió que un conflicto, en el sentido más general, es una lucha de pretensiones. Cuando dicha lucha se da entre magistrados o funcionarios, que se quieren entre sí para ordenar y decidir se trata de un conflicto positivo y cuando se niegan a ordenar y decidir se trata de un conflicto negativo. Cuando dicho conflicto se da entre tribunales es un conflicto de jurisdicción, cuando se da entre autoridades administrativas se trata de un conflicto de atribuciones y cuando se da entre un juez y unos administradores se trata de un conflicto de autoridades, así como: *“La matière des conflits se rattache à l'histoire de la révolution et à l'esprit des chefs qui l'ont dirigée : elle suppose la connaissance des règles du droit, en matière de compétence ou de juri diction; elle nécessite même la connaissance de ce système d'ordre très-élève, qui, après avoir divisé toutes les branches du pouvoir , les rattache à un tronc*

²⁴³ Debemos poner de manifiesto que la LOPJ de 1985 también cambió la denominación de “cuestiones de competencia” que se mantenía en su proyecto inicial por la de “conflictos de jurisdicción” así como las afirmaciones del profesor de Otto citadas anteriormente.

²⁴⁴ ZANOBINI, Guido, “Corso di Diritto Administrativo”, 8ª edición, Milán, vol. II, (página 427).

²⁴⁵ HAURIOU, Maurice, “Précis de Droit Administratif.” Dixieme edition, Paris 1921, (página 879).

commun , à un centre d'action ; qui les dirige, les surveille et les maintient, au besoin, dans le cercle de leurs attributions constitutives."²⁴⁶

También el profesor Montero Aroca pone de manifiesto la confusión terminológica de nuestro ordenamiento jurídico.²⁴⁷

3. OTROS SISTEMAS CONFLICTUALES ENTRE ÓRGANOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DIFERENTES DEL CONFLICTO DE JURISDICCIÓN.

En el preámbulo de la Ley orgánica de conflictos de jurisdicción el legislador trata de clarificar la separación entre la regulación de 1948 y la que surgió como consecuencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En efecto, en lo que atañe a las competencias y atribuciones el preámbulo de la Ley orgánica de conflictos jurisdiccionales dice lo siguiente: *"La Ley no contiene norma alguna sobre las llamadas «competencias» como conflictos intrajurisdiccionales que son, ni sobre los «conflictos de atribuciones». Las «competencias» están hoy reguladas bajo el nombre de «conflictos de competencia» en el capítulo II del título III del libro I de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Los conflictos de atribuciones, en todo aquello que no son conflictos sometidos a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, han de ser objeto de una norma distinta. La exclusión de esta materia hace imposible proceder a la derogación total e incondicionada de la Ley de 17 de julio de 1948."*

Entendemos que, debido a la evidente problemática de la definición y denominación de los conflictos jurisdiccionales, procede efectuar una breve explicación de los diferentes conflictos existentes entre diferentes órganos constitucionales del Estado.

²⁴⁶ SIREY, Jean-Baptiste, "Le Conseil d'État selon la Charte Constitutionnelle, Ou: Notions Sur La Justice D'ordre Politique Et Administratif.", 1818, (página 142 a 145), traducción: *"El tema de los conflictos está relacionado con la historia de la revolución y con el espíritu de los líderes que la dirigieron: presupone el conocimiento de las reglas del derecho, en materia de jurisdicción o jurisdicción; incluso requiere el conocimiento de este sistema de muy alto orden, que, después de haber dividido todas las ramas del poder, los vincula a un tronco común, a un centro de acción; quién los dirige, supervisa y mantiene, si es necesario, en el círculo de sus atribuciones constitutivas."*

²⁴⁷ MONTERO AROCA, Juan, ORTELLS RAMOS, Manuel y GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, en "Derecho...", op. cit., (página 215): *"Nuestro Ordenamiento se mueve con gran confusión terminológica respecto de las expresiones "conflictos de jurisdicción", "conflictos de competencia" y "cuestiones de competencia", por lo que es preciso aclarar de entrada el significado de cada una de ellas."*

3.1. Conflictos de atribución entre órganos del Estado. Breve referencia al Derecho comparado.

El desarrollo del constitucionalismo moderno, entendido éste como el producido en la segunda mitad del siglo XIX, consolida un sistema de garantías que supone un aumento de las competencias de los órganos de control constitucional que afecta a un amplio conjunto de poderes públicos y funciones del Estado.²⁴⁸

Dicho sistema se configura de diferente manera atendiendo a las peculiaridades históricas de la estructura de los diversos Estados y sus sistemas políticos diferenciados por lo que su configuración no es unitaria ni homogénea, veremos en los apartados siguientes la diferente configuración en nuestro Estado, así como en Alemania e Italia.

Sin embargo, los referidos sistemas, a diferencia del control de la actividad normativa que actúa en un plano de jerarquía o de sistema de fuentes, se estructura sobre un plano horizontal encontrándonos con la división clásica de poderes del Estado así como sitúa en una posición subordinada a los poderes del Estado frente a un órgano que resuelve los conflictos generados entre ellos (teoría del poder moderador de Benjamin Constant).²⁴⁹

3.1.1. Los conflictos de atribución en el sistema jurídico español.

En nuestro ordenamiento constitucional, la resolución por parte del Tribunal Constitucional de conflictos de competencia o atribuciones entre órganos constitucionales del Estado aparece como un supuesto marginal frente a sistemas directos de control de constitucionalidad previstos en la norma suprema.

²⁴⁸ PORRAS NADALES, Antonio Joaquín, en su artículo "Conflictos entre órganos constitucionales del Estado y principio de división de poderes" Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) número 52, julio-agosto de 1986, realiza un excelente análisis de los diferentes sistemas de conflictos entre órganos constitucionales del Estado y, en especial, en Alemania, Italia y el sistema español.

²⁴⁹ Según DE LA VEGA, Pedro en su artículo "El poder moderador" publicado en la Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) número 116 abril-junio 2002 "Corresponde a Benjamín Constant el indiscutible mérito de haber sabido comprender, al elaborar la doctrina del poder moderador, el auténtico alcance y significado de ese poder real que, como manifestación de la auctoritas, se había venido configurando en la evolución de la historia política inglesa, hasta terminar convertido, al margen del ejercicio de potestades concretas, en un poder simbólico cuyas facultades sintetizó Bagehot en la clásica trilogía de «the right to be consulted, the right to encourage, the right to warn».

En efecto, el artículo 161 de la Constitución establece:

“1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.

b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.

c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.

d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.

2. El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses.”

Debido al sistema marginal que se optó supuso que, entre otras cosas, no se permitiera al Poder judicial el acceso al conflicto de atribuciones (fundamento jurídico quinto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 45/1986, de 17 de abril).²⁵⁰

Por ello, se dice que la característica esencial del sistema español de conflictos de atribuciones es el silencio de la norma constitucional. Silencio voluntario puesto que el anteproyecto llegó a contener un apartado en el artículo 161 que atribuía al Tribunal Constitucional el conocimiento de conflictos jurisdiccionales y de competencia que afectaran a materias definidas por la Constitución, dicha previsión fue eliminada por la Comisión Mixta.²⁵¹

²⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional número 45/1986, de 17 de abril (BOE número 102, de 29 de abril de 1986), fundamento jurídico quinto: *“Los órganos en que se expresa el Poder Judicial (que es un poder de configuración plural, para ejercer la función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado «en nombre del Rey»), no tienen acceso al conflicto de atribuciones, pues los órganos judiciales en sí mismos considerados no son «órganos constitucionales» a los efectos de plantear conflicto de atribuciones según el art. 59.3 LOTC, y los conflictos posibles entre Juzgados y Tribunales y otros órganos del Estado tienen previstos otros cauces procedimentales en los que no tiene cabida el propio Consejo”.*

²⁵¹ PORRAS NADALES, Antonio Joaquín, en su *“Conflictos entre órganos constitucionales del Estado y principio de división de poderes”* Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) número 52, julio-agosto de 1986, (página 33) y en el mismo sentido GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús en su artículo *“La Jurisdicción: unidad jurisdiccional y conflictos jurisdiccionales”* en el libro *“El Poder Judicial”* del Instituto Estudios Fiscales, Madrid, 1983, (página 74): *“Al discutirse en las Cortes el texto de la Constitución, llegó a pensarse en la posibilidad de atribuir su decisión al Tribunal Constitucional. En el dictamen de la Comisión constitucional del Congreso se*

En relación a dicho punto hay quien podría sostener que el artículo 161.1.d) de la CE cuando hace referencia a *las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas* podría abrir las puertas al conocimiento por parte del Tribunal Constitucional de los conflictos jurisdiccionales si bien dicha posibilidad se ha descartado debido a la interpretación restrictiva de dicho precepto como nos recuerda la doctrina.²⁵²

incluyó entre las facultades del Tribunal la decisión “de conflictos jurisdiccionales y de competencia” (letra c) del apartado 1 del artículo 155). Pero, sin duda por considerar que había que defender al Tribunal Constitucional de cometidos sin excesiva trascendencia, no pasó al texto definitivamente sancionado.”

Del mismo modo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo en “Bajo el signo de la Constitución (Estudios de Derecho Público)” Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1983 (página 210): *“En estos malabarismos de meter y sacar palomas, y aun conejos, del sombrero, la Comisión Mixta que perfiló el texto definitivo de la Constitución, modificó, sin saberse bien por qué -aunque ello fue tónica harto generalizada- el precepto que ahora nos interesa. ¿Quién sabe -¿se llegará a saber alguna vez?- qué tensiones subyacían a todos estos altibajos!”* y página 214: *“Cuando se discutía en el Parlamento el texto constitucional, alguna de las versiones aprobadas hizo pensar si estos conflictos no se encomendarían al Tribunal Constitucional. Así el Congreso de los Diputados daría por bueno el dictamen de su Comisión Constitucional que, al enumerar las facultades del Tribunal Constitucional, le consideraba competente para conocer “de conflictos jurisdiccionales y de competencia” -letra c) del párrafo primero, del entonces artículo 155-.”*

²⁵² DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luís María, en el artículo “El poder judicial (breves reflexiones sobre 25 años de experiencia)”, publicado en Revista Española de Derecho Constitucional, número 71, mayo-agosto 2004: *“La Constitución no ofrece una solución clara a los roces y colisiones del Poder Judicial -es decir, de todos y cada uno de los órganos judiciales- con los demás poderes públicos. El único procedimiento de conflicto expresamente contemplado en el texto constitucional es el que enfrenta al Estado con las Comunidades Autónomas, o a éstas entre sí, cuyo conocimiento se encomienda en el art. 161.1.c de la Constitución al Tribunal Constitucional. Ni siquiera el conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales del Estado es una creación directa de la Constitución, pues su existencia deriva sólo de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 161.1.d) de la Constitución, puede otorgar al Tribunal nuevas competencias que -estando relacionadas con la idea de «garantías constitucionales» (art. 123.1 in fine de la Constitución)- vayan más allá de las constitucionalmente previstas. Por lo que aquí interesa, además, la regulación legal del conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales del Estado es marcadamente limitativa, ya que sólo pueden ser parte en el mismo el Congreso de los Diputados, el Senado, el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial (arts. 59 y 73 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional); y a ello hay que añadir que esta regulación legal ha sido objeto, a su vez, de una interpretación restrictiva por parte del Tribunal Constitucional: la STC 45/1986 excluyó que, en conflicto de atribuciones, el Consejo General del Poder Judicial pueda vindicar frente a otros órganos constitucionales competencias de los juzgados y tribunales. Así, la idea, en sí misma irreprochable, de que el Consejo General del Poder Judicial no es Poder Judicial se lleva hasta sus últimas consecuencias, impidiendo que dicha institución pueda ni siquiera cumplir una misión de sustitución procesal de los órganos judiciales en aquellos supuestos en que éstos no pueden defender sus atribuciones por sí solos. No existen, en suma, instrumentos adecuados para resolver las disputas competenciales entre el Poder Judicial y otros poderes públicos.”*

3.1.2. Breve referencia a los conflictos de atribución en otros ordenamientos jurídico: el caso de Alemania e Italia.

a) Los conflictos de atribución en Alemania.

En la teoría alemana del Derecho Público se entiende al Estado como un organismo de carácter unitario por lo que, aplicando la teoría orgánica de los poderes y las teorías de los derechos subjetivos, aparece la posibilidad de un control jurisdiccional de conflictos que unido a la articulación federal que asegure tanto las garantías competenciales de órganos territoriales como la cooperación armónica de todos los órganos en la formación e integración de una voluntad estatal unitaria.

Así, los poderes del Estado pasan a ser concebidos como órganos titulares de derechos y obligaciones en virtud de la norma constitucional y que no representan instituciones con esferas de competencia funcional autónoma, sino simples elementos de un estatuto organizativo del Estado en su conjunto (Estado como organismo de carácter unitario) por lo que la resolución de conflictos entre dichos órganos queda bajo la tutela del Tribunal Constitucional Federal que conoce de la interpretación de la propia Ley Fundamental interpretando y aplicando normas específicas.²⁵³

Por ello, la esfera material del conflicto entre poderes del estado es muy amplia solapándose con los conflictos de competencias y de jurisdicción, así como la alegación de las partes deberá ser siempre en base a efectivas normas atributivas de competencia y específicos derechos y obligaciones, no cabiendo alegaciones genéricas y globales de funciones atribuidas a cada poder del Estado por la Constitución sino alegaciones concretas y específicas.²⁵⁴

²⁵³ La Ley Fundamental para la República Federal Alemana, de 23 de mayo de 1949 (Ley Fundamental de Bonn) en su artículo 93 establece: "1. El tribunal Constitucional Federal decidirá: 1) sobre la interpretación (die Auslegung) de la presente Ley Fundamental con motivo de conflictos sobre el alcance de los derechos y obligaciones de un órgano federal supremo o de otras partes que tengan derecho propio por esta Ley Fundamental o por el Reglamento de un órgano federal supremo."

²⁵⁴ PORRAS NADALES, Antonio Joaquín en su artículo "Conflictos....", op. cit., (página 27) detalla la amplitud del sistema alemán: "Así pues, esta primera posibilidad de concebir los conflictos entre órganos a partir de una superación radical del principio de división de poderes permite configurar su resolución a través de un efectivo proceso jurisdiccional ante un Tribunal que actúa como tal, interpretando y aplicando normas específicas, declarativas de ámbitos competenciales y atributivas de derechos y obligaciones. En este modelo, la esfera material del conflicto tiende, pues, a ser indefinidamente expandible, con lo cual se solapa con las figuras administrativas y procesales de los conflictos de competencias y los conflictos de jurisdicción, sucediendo lo mismo lógicamente en su ámbito subjetivo. En consecuencia, la alegación de las partes en la demanda deberá siempre realizarse sobre la base de efectivas normas atributivas de competencias y de específicos derechos y obligaciones,

Como conclusión, podemos afirmar que la resolución jurisdiccional de conflictos entre órganos supremos del Estado alemán se integra dentro del sistema global de control de constitucionalidad y, por lo tanto, prescinde para ello del principio de división de poderes y, lo que es importante a efectos del presente estudio, se solapa con los conflictos de competencia y de jurisdicción.

b) Los conflictos de atribución en Italia.

Es en la constitución italiana de 1947 donde se consagra el principio de división de poderes al establecer que los poderes del Estado esencialmente serán el legislativo, ejecutivo y judicial cuya titularidad de esferas competenciales funcionales en el ámbito constitucional.

El sistema italiano de resolución de conflictos entre órganos constitucionales del Estado no difiere del alemán respecto al contenido material de la función de interpretación constitucional.

Por el contrario, sí que difiere respecto su posición frente a los poderes así como el propio contenido de su función.

En efecto, a diferencia del modelo alemán donde el Tribunal Constitucional Federal actúa como un instrumento en el esquema vertical de creación y aplicación del Derecho del Estado asegurándose de que los diferentes órganos del Estado cumplan los respectivos derechos y obligaciones atribuidos por el ordenamiento jurídico, en el modelo italiano el Tribunal Constitucional (*Corte Costituzionale*) actúa como un instrumento de mediación o de arbitraje entre esferas competenciales de poderes independientes y horizontalmente equilibrados.²⁵⁵

3.2.- Los conflictos de competencia.

no cabiendo una alegación genérica y global al ámbito funcional abstractamente previsto en la Constitución para cada poder. La actuación general del tribunal se adaptaría, finalmente, a una efectiva vía procesal, donde los órganos constitucionales son partes o sujetos del mismo."

²⁵⁵ El artículo 134 de la Constitución italiana dice: "El Tribunal Constitucional juzgará: sobre las controversias de legitimidad constitucional de las leyes y de los actos, con fuerza de Ley, del Estado y de las Regiones; sobre los conflictos de competencia entre los poderes del Estado y sobre los que surjan entre el Estado y las Regiones y los de las Regiones entre sí; sobre las acusaciones promovidas contra el Presidente de la República, conforme a las normas de la Constitución."

Por un lado, podemos afirmar, según establece el Tribunal Constitucional en su sentencia 56/1990, que tanto la jurisdicción que corresponde a los Tribunales de Justicia como la competencia propia de la Administración son irrenunciables (arts. 9 LOPJ y 4 LPA), no existiendo sobre ellas facultad alguna de disposición o de transacción.

Asimismo, el Alto Tribunal en dicha resolución, afirmaba que la decisión del Tribunal de Conflictos ha de declarar a quién corresponde la jurisdicción controvertida de acuerdo con el diseño constitucional y legal de las correspondientes funciones judiciales y administrativas.²⁵⁶

Por otro lado, disponemos de la prescripción constitucional que asegura que todos los órganos jurisdiccionales tienen atribuida constitucionalmente la potestad jurisdiccional en su totalidad y con exclusividad (117.3 CE), así como será el legislador quien debe proceder a clasificar o repartir la función de juzgar en función de la extensión territorial del Estado.²⁵⁷

En dicho reparto, en aplicación del principio de unidad jurisdiccional, no se reparte la potestad jurisdiccional, sino que se reparten las materias, el territorio y la actividad jurisdiccional por lo que tiene pleno sentido la diferenciación que el artículo 117.3 de la Constitución Española efectúa entre jurisdicción y competencia.

Así las cosas, nuestro legislador estableció la competencia por órdenes (civil, penal, contencioso-administrativo y social) así como su improrrogabilidad en su artículo 9.6 LOPJ posibilitando a los órganos jurisdiccionales su apreciación de oficio si bien, en supuestos de inactividad del órgano jurisdiccional, el legislador articula un sistema alternativo para llegar al mismo fin con intervención de las partes y del Ministerio Fiscal.

²⁵⁶ Fundamento jurídico 37 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 56/1990 de 29 de marzo (BOE número 107 de 4 de mayo de 1990): *“Por otra parte, tanto la jurisdicción que corresponde a los Tribunales de Justicia como la competencia propia de la Administración son irrenunciables (arts. 9 LOPJ y 4 L.P.A.), no existiendo sobre ellas facultad alguna de disposición o de transacción. La decisión del conflicto por sentencia (arts. 17 y 19 L.C.J.) ha de declarar a quién corresponde la jurisdicción controvertida de acuerdo con el diseño constitucional y legal de las correspondientes funciones judiciales y administrativas.”*

²⁵⁷ Fundamento jurídico 4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 58/2016, de 17 de marzo (BOE número 97 de 22 de abril de 2016: *“Es, en efecto, a los Jueces y Magistrados, individualmente o integrados en Salas o Secciones de Justicia, a quienes corresponde dispensar la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, cuyo contenido se extiende a «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» (art. 117.3 CE); potestad exclusiva «justamente derivada del principio de independencia judicial que garantiza el art. 117.1 CE» (STC 231/2005, FJ 7), que es «consustancial a todo Estado democrático» (STC 37/2012, FJ 5).”*

Los conflictos de competencia tienen su regulación en la Ley Orgánica del Poder Judicial y, en concreto, en sus artículos 42 a 50 que regulan aquellos conflictos, tanto positivos como negativos, así como su promoción de oficio o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, mientras el proceso no haya concluido por sentencia firme o que dicho conflicto surja como consecuencia de la ejecución del fallo.

Dichos conflictos de competencia pueden surgir entre órganos jurisdiccionales de diferente orden jurisdiccional y son resueltos por una Sala especial del Tribunal Supremo que preside su Presidente e integrada por dos magistrados, uno por cada orden jurisdiccional en conflicto, que se designan con carácter anual por parte de la Sala de Gobierno del propio Tribunal Supremo.

Se trata de unos conflictos que afectan única y exclusivamente a las atribuciones propias de los órganos jurisdiccionales por lo que se diferencian perfectamente de los Conflictos de Jurisdicción puesto que, como se ha dicho, uno de los actores no dispone de la correspondiente potestad jurisdiccional.

Finalmente, el Tribunal Supremo dejó constancia de que no debe confundirse la jurisdicción con la competencia: *“Entrando ya en el único motivo de recurso ha de recalcarse que no hay que confundir la jurisdicción con la competencia. Suele calificarse a la jurisdicción cómo el género mientras la competencia es considerada la especie. Así la competencia supone la aptitud del juez como titular de un órgano jurisdiccional para conocer de un caso determinado en razón de las potestades atribuidas por las normas legales para conocer de concretos asuntos. Por su parte la jurisdicción es la potestad que otorga el Estado a un órgano jurisdiccional para administrar justicia. En tal sentido resulta clara la regulación que hace la LOPJ. Por un lado los arts. 38 a 41 se refieren a los conflictos de jurisdicción que se resuelven conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales; los art. 42 a 50 a los conflictos de competencia entre juzgados y tribunales de distinto orden jurisdiccional, y finalmente, los arts. 51 y 52 a las cuestiones de competencia entre juzgados y tribunales del mismo orden jurisdiccional”*.²⁵⁸

Asimismo, aunque dicha resolución no se cita expresamente el ámbito competencial, debemos traer a colación el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en relación a la conformidad del principio de Autotutela administrativa y el principio de exclusividad jurisdiccional.²⁵⁹

²⁵⁸ Sentencia número 7878/2011 de la Sala tercera del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2011 (recurso de casación 6126/2009).

²⁵⁹ Fundamento jurídico 4º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 de febrero (BOE número 59 de 9 de marzo de 1984): *“La potestad de la Administración de*

Sentada la anterior dicotomía entre lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en relación a irrenunciabilidad de la competencia judicial y administrativa así como lo dispuesto por el mismo Tribunal en relación a la exclusividad de la potestad jurisdiccional y su conformidad con el principio de Autotutela, debemos analizar el distinto tratamiento de la falta de competencia en el ámbito jurisdiccional y en el ámbito administrativo.

3.3.- El tratamiento procesal y administrativo de la falta de competencia.

Hemos visto como en ambos casos, Juzgados y Tribunales y Administración, la competencia es irrenunciable, veamos a continuación su tratamiento procesal y/o administrativo en cada supuesto.

3.3.1.- El tratamiento de la falta de competencia en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Tal y como hemos anunciado, el artículo 9.6 LOPJ establece que *“La jurisdicción es improrrogable. Los órganos judiciales apreciarán de oficio la falta de jurisdicción y resolverán sobre la misma con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal. En todo caso, esta resolución será fundada y se efectuará indicando siempre el orden jurisdiccional que se estime competente.*

La falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional es vigilable de oficio a lo largo de todo el procedimiento y su inobservancia acarrea una nulidad radical (art. 238.1 LOPJ).

Asimismo, a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de los asuntos que no le estén atribuidos privativamente excepto en materia penal.²⁶⁰

autoejecución de las resoluciones y actos dictados por ella, se encuentra en nuestro Derecho positivo vigente legalmente reconocida y no puede considerarse que sea contraria a la Constitución. Es verdad que el art. 117.3 de la Constitución atribuye al monopolio de la potestad jurisdiccional consistente en ejecutar lo decidido a los Jueces y Tribunales establecidos en las Leyes, pero no es menos cierto que el art. 103 reconoce como uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse, el de eficacia «con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho».

²⁶⁰ El artículo 10 de la LOPJ establece que: *“1. A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. 2. No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca.”*

3.3.2.- El tratamiento de la falta de competencia en el orden jurisdiccional contencioso administrativo.

Establece el artículo 9.4 de la LOPJ que los Juzgados y Tribunal del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con toda actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los reales decretos legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, también conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho.

Únicamente se establece la exclusión del conocimiento de los asuntos contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional, en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de la LOTC.

En concordancia con el artículo 9.4 de la LOPJ, el artículo 4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa prevé el conocimiento de cuestiones prejudiciales diferentes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal y lo dispuesto en los Tratados internacionales.

A continuación se establece en el artículo 5 y 7 de la LRJCA, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 9.6 de la LOPJ, que la jurisdicción Contencioso-administrativa es improrrogable así como que los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo apreciarán de oficio la falta de jurisdicción y resolverán sobre la misma, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal.

En el orden contencioso-administrativo, la falta de jurisdicción puede declararse en el momento de la admisión del recurso (artículo 51.1 LRJCA), en la fase de alegaciones previas a la contestación a la demanda (58 y 59 LRJCA), en la tramitación del procedimiento abreviado (78.3 y 78.8 LRJCA), o en la sentencia (68 y 69 LRJCA).

3.3.3.- El tratamiento de la falta de competencia en el orden jurisdiccional civil.

El artículo 9.2 de la LOPJ establece que: *“Los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional.*

En este orden civil, corresponderá a la jurisdicción militar la prevención de los juicios de testamentaría y de abintestato de los miembros de las Fuerzas Armadas que, en tiempo de guerra, fallecieren en campaña o navegación, limitándose a la práctica de la asistencia imprescindible para disponer el sepelio del difunto y la formación del inventario y aseguramiento provisorio de sus bienes, dando siempre cuenta a la Autoridad judicial civil competente.”

Existen varios artículos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil relativos al tratamiento de la falta de competencia de los órganos jurisdiccionales del orden civil.

En primer lugar, el artículo 37 de la LEC establece la norma general de que, cuando un tribunal de la jurisdicción civil estime que el asunto que se le plantee corresponde a la jurisdicción militar, a la Administración pública o al Tribunal de Cuentas cuando actúe en sus funciones contables, habrá de abstenerse de conocer, del mismo modo se abstendrán cuando se les sometan asuntos que correspondan a tribunales de otro orden jurisdiccional de la jurisdicción ordinaria.

La falta de jurisdicción se acordará de oficio (artículo 38 de la LEC) o a instancia de parte mediante declinatoria (artículo 39 de la LEC).

Otra cosa, en concordancia con lo establecido por el Tribunal Supremo, es la competencia de los Tribunales del orden civil cuyas competencias les son atribuidas por las Leyes (artículo 44 de la LEC) que, en caso de falta de la misma, puede ser apreciada de oficio (artículo 48 de la LEC) o a instancia de parte mediante declinatoria (artículo 49 de la LEC).

La declinatoria (tanto la de falta de jurisdicción como la de falta de competencia) se regula en los artículos 63 a 65 de la LEC. Su resolución puede ser objeto de recurso, si bien existe diferenciación entre los diferentes supuestos: cuando se resuelva sobre la falta de competencia internacional, por pertenecer el asunto a tribunal de otro orden jurisdiccional, por haberse sometido el asunto a arbitraje o a mediación o por falta de competencia objetiva, cabrá recurso de apelación y si se resuelve sobre la falta de competencia internacional, de jurisdicción o de competencia objetiva, sólo cabrá recurso de reposición, sin perjuicio de alegar la falta de esos presupuestos procesales en la apelación contra la sentencia definitiva (artículo 66.1 de la LEC).

También establece el artículo 225.1º de la LEC la nulidad de toda actuación producida por el Juzgado o Tribunal con falta de jurisdicción o competencia objetiva o funcional.

3.3.4.- El tratamiento de la falta de competencia en el orden jurisdiccional penal.

Según el artículo 9.3 de la LOPJ: *“Los del orden jurisdiccional penal tendrán atribuido el conocimiento de las causas y juicios criminales, con excepción de los que correspondan a la jurisdicción militar.”*

El tratamiento de la falta de competencia en el orden jurisdiccional penal se regula en los artículos 25 y 26 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal proveyéndose, en primer lugar, la promoción de oficio la falta de competencia, facultando, a su vez, al Ministerio Fiscal y a las partes para que puedan promover la falta de jurisdicción y competencia por medio de la inhibitoria o la declinatoria.

El uso de uno de los medios excluye absolutamente el del otro, así la inhibitoria se propondrá ante el Juez o Tribunal que se repute competente y la declinatoria, ante el Juez o Tribunal que se repute incompetente (artículo 26.2 de la LECrim).

3.3.5.- El tratamiento de la falta de competencia en el orden jurisdiccional social.

El artículo 9.5 de la LOPJ establece que los tribunales del orden jurisdiccional social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral.

Asimismo, el artículo 5 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social establece que la falta de jurisdicción puede apreciarse de oficio por los órganos jurisdiccionales de lo social, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal.

Por otro lado, el artículo 14 de la LRJS regula las cuestiones de competencia que deberán sustanciarse y decidirse con sujeción a lo dispuesto en la LEC con la excepción que las declinatorias se propondrán como excepciones y serán resueltas previamente en la sentencia, sin suspender el curso de los autos y que si se estimase la declinatoria, el demandante podrá deducir su

demanda ante el órgano territorialmente competente, y si la acción estuviese sometida a plazo de caducidad se entenderá suspendida desde la presentación de la demanda hasta que la sentencia que estime la declinatoria quede firme.

3.3.6.- Las cuestiones de competencia entre órganos del mismo orden jurisdiccional.

Las cuestiones de competencia que afecten a órganos del mismo orden jurisdiccional se regulan en el Capítulo III de la LOPJ (artículo 51 y 52) y se resolverán por el órgano inmediato superior común, conforme a las normas establecidas en las leyes procesales, así como que en la resolución en que se declare la falta de competencia se expresará el órgano que se considere competente.

Asimismo, se establece que no podrán suscitarse cuestiones de competencia entre Jueces y Tribunales subordinados entre sí, así como el Juez o Tribunal Superior fijará su propia competencia, oídas las partes y el Ministerio Fiscal (artículo 52 LOPJ).

3.3.7.- La competencia en el ámbito administrativo.

El Tribunal Constitucional citó expresamente el artículo 4 de la anterior Ley de Procedimiento Administrativo para fundamentar el carácter irrenunciable de la competencia administrativa equiparándolo a lo establecido en el artículo 9 de la LOPJ.²⁶¹

En primer lugar, el artículo 4 de la Ley de 19 de octubre de 1889 establecía: *“La competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación previstos por las leyes.”*

En posterioridad a la Ley de 19 de octubre de 1889 se aprobó la Ley 30/1992, del Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común que en su

²⁶¹ El Tribunal Constitucional, en su Sentencia número 56/1990, de 29 de marzo (BOE número 107, de 4 de mayo de 1990) en su fundamento jurídico 37 in fine, aplica el artículo 4 de la Ley de 19 de octubre de 1889 que refunde la Ley Santamaría Paredes de 1888: *“Por otra parte, tanto la jurisdicción que corresponde a los Tribunales de Justicia como la competencia propia de la Administración son irrenunciables (arts. 9 LOPJ y 4 L.P.A.), no existiendo sobre ellas facultad alguna de disposición o de transacción. La decisión del conflicto por sentencia (arts. 17 y 19 L.C.J.) ha de declarar a quién corresponde la jurisdicción controvertida de acuerdo con el diseño constitucional y legal de las correspondientes funciones judiciales y administrativas.”*

artículo 12 regulaba la competencia de las Administraciones en los mismos términos que la Ley de 1889, al decir:

"1. La competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en ésta u otras leyes.

La encomienda de gestión, la delegación de firma y la suplencia no suponen alteración de la titularidad de la competencia, aunque sí de los elementos determinantes de su ejercicio que en cada caso se prevén.

2. La titularidad y el ejercicio de las competencias atribuidas a los órganos administrativos podrán ser desconcentradas en otros jerárquicamente dependientes de aquéllos en los términos y con los requisitos que prevean las propias normas de atribución de competencias.

3. Si alguna disposición atribuye competencia a una Administración, sin especificar el órgano que debe ejercerla, se entenderá que la facultad de instruir y resolver los expedientes corresponde a los órganos inferiores competentes por razón de la materia y del territorio, y, de existir varios de éstos, al superior jerárquico común."

Asimismo, el artículo 18 de la Ley 30/1992 reitera el principio de coordinación administrativa del artículo 3 de la Ley 30/1992 si bien, no existe ninguna referencia más allá de la coordinación de competencias entre órganos administrativos:

"1. Los órganos administrativos en el ejercicio de sus competencias propias ajustarán su actividad en sus relaciones con otros órganos de la misma o de otras administraciones a los principios establecidos en el artículo 4.1 de la Ley, y la coordinarán con la que pudiera corresponder legítimamente a éstos, pudiendo recabar para ello la información que precisen.

2. Las normas y actos dictados por los órganos de las Administraciones Públicas en el ejercicio de su propia competencia deberán ser observadas por el resto de los órganos administrativos, aunque no dependan jerárquicamente entre sí o pertenezcan a otra Administración."

Por otro lado, el artículo 20 de la Ley 30/1992, en lo que se refiere a decisiones sobre competencia ya no habla única y exclusivamente de órganos administrativos (a diferencia del artículo 18) sino que habla simplemente de órganos y de asuntos.²⁶²

²⁶² GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, en "Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)", Tomo I, Cuarta edición, Thomson-Civitas, 2007, al comentar el artículo 20 de la Ley 30/1992 analiza su contenido, los distintos conflictos de competencia en nuestro ordenamiento jurídico, su regulación y, al respecto, dice: "La competencia, en cuanto facultad irrenunciable de emanar actos jurídicos atribuida por una norma jurídica, es un concepto aplicable no sólo a los órganos administrativos sino a los órganos de cualquier poder público.

Inevitable resulta que, en el desempeño normal de sus funciones, los órganos de un poder público se vean en la necesidad de tener que defender sus competencias frente a otros órganos, del mismo o de distinto poder, que se las discuten. Puede ocurrir en efecto, que un determinado órgano pretenda apartar a otro del conocimiento de un asunto del que está conociendo, con lo cual podría estar mermándole facultades que tiene atribuidas.

Y puede ocurrir también que un órgano, teniendo que intervenir o estando interviniendo en un asunto, pretenda quedar al margen del mismo por entender que no le corresponde a él sino a otro distinto, y

“1. El órgano administrativo que se estime incompetente para la resolución de un asunto remitirá directamente las actuaciones al órgano que considere competente, si éste pertenece a la misma Administración Pública.

2. Los interesados que sean parte en el procedimiento podrán dirigirse al órgano que se encuentre conociendo de un asunto para que decline su competencia y remita las actuaciones al órgano competente.

Asimismo, podrán dirigirse al órgano que estimen competente para que requiera de inhibición al que esté conociendo del asunto.

3. Los conflictos de atribuciones sólo podrán suscitarse entre órganos de una misma Administración no relacionados jerárquicamente, y respecto a asuntos sobre los que no haya finalizado el procedimiento administrativo.”

Los preceptos de la Ley 30/1992 fueron substituidos, entre otras, por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público. Dicha norma en su artículo 8 y 14 reitera, sin cambios significativos, el contenido de los artículos 12 y 20 de la Ley 30/1992.

que éste no comparte ese criterio por creer que no es así como la legislación tiene distribuida la competencia.

En estos casos –que el ordenamiento jurídico español ha designado, a veces, de un modo genérico con el nombre de “conflictos de jurisdicción” y también con el de “competencias”, sin más- lo que se plantea es: una lucha –que el derecho ha formalizado- para defender la propia competencia. Lo que se discute, y lo que hay que resolver es a cuál de los órganos enfrentados corresponde conocer del asunto.”(...) “Y con esto el legislador entiende que ha hablado ya bastante, y –no sé si calándose el chapeo y requiriendo la espada para evitar que le arrastre-, después de esto, “fuese, y no hubo nada”. Que nada es, en efecto, lo que hay en el artículo 20.”

CAPÍTULO IV

Los conflictos de jurisdicción: análisis histórico y de derecho comparado.

SUMARIO:

1.- PROBLEMÁTICA ENTORNO A SU DENOMINACIÓN. EL NOMBRE NO HACE LA COSA.

2.- LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO FRANCÉS. 2.1.- *Introducción.* 2.2.- *Antecedentes de los conflictos de jurisdicción en el sistema jurídico francés.* 2.3.- *Situación actual en el ordenamiento jurídico francés.*

3.- LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO.

4.- EL SISTEMA DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PORTUGUÉS.

5.- DESARROLLO HISTÓRICO DE LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: DE LAS JUNTAS DE COMPETENCIAS A LA LOPJ Y A LA LEY ORGÁNICA 2/1987, DE 18 DE MAYO, DE CONFLICTOS JURISDICCIONALES. 5.1.- *La solución de conflictos entre Consejos, las Juntas de Competencias y la Junta General de Competencias (de 1625 a 1844).* 5.2.- *Del Real Decreto de 6 de junio de 1844 a la Ley de 17 de julio de 1948.* 5.3.- *La Ley de 17 de julio de 1948.*

6.- LA REGULACIÓN EN LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL. TRAMITACIÓN Y APROBACIÓN.

7.- LA LEY ORGÁNICA 2/1987 DE 18 DE MAYO, DE CONFLICTOS JURISDICCIONALES. TRAMITACIÓN Y APROBACIÓN.

1.- PROBLEMÁTICA DE SU DENOMINACIÓN. EL NOMBRE NO HACE LA COSA.

Tal y como hemos advertido, si analizamos desde una vertiente semántica la definición del significado de qué podemos entender como “Conflictos de Jurisdicción” nos ofrece dudas razonables en relación a los órganos que tienen atribuida jurisdicción por el ordenamiento jurídico en vigor.

En efecto, si, tal y como hemos analizado en los puntos anteriores, se define la jurisdicción como la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado y dicha jurisdicción única y exclusivamente se atribuye a los Juzgados y Tribunales previstos en la Constitución Española y, tal y como hemos analizado, el poder ejecutivo no realiza tareas jurisdiccionales, ¿de qué tipo de conflictos hablamos y cuál es el origen de su denominación? ²⁶³

La respuesta debemos obtenerla del análisis de los orígenes de los conflictos jurisdiccionales y su evolución histórica hasta el día de hoy si bien el resultado actual entendemos, al igual que otros autores, que no es el más adecuado.²⁶⁴

En los puntos siguientes podremos dar respuesta a dicha denominación que, como hemos visto, no casa con uno de los poderes en conflicto.

Aun así, nos permitimos avanzar que tampoco en dicho análisis encontraremos solución a la diferente denominación puesto que, como veremos, dependerá de la opción del legislador en cada momento concreto.

En efecto, si tomamos el ejemplo del caso francés, veremos como se denomina conflictos de atribución a la lucha de competencias entre dos autoridades diferentes de dos órdenes diferentes: el orden ejecutivo y el orden judicial.

²⁶³ Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española en su vigésima segunda edición, 2001 la voz “jurisdicción” es el poder que tienen los juzgados para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

²⁶⁴ Considera LOZANO, Blanca Lozano en “Los conflictos entre la Administración y los Tribunales” en RAP número 118, enero-abril 1989, (página 203) que resultaba más apropiada la expresión “cuestiones de competencia” que utilizaba la Ley de 1948 o “conflictos de atribuciones” empleada por la legislación decimonónica y en el Derecho italiano.

Por otro lado, hay conflicto de jurisdicción cuando la diferencia en la competencia se establece entre dos autoridades de un mismo orden (judicial o administrativo).²⁶⁵

2.- LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO FRANCÉS.

2.1. Introducción.

Como hemos apuntado en el punto anterior debemos acudir al origen de los conflictos jurisdiccionales y a su evolución histórica para poder dar respuesta a la problemática sobre su definición y su evolución.

Es en el sistema de división de poderes donde nace y se desarrolla la Administración y el Derecho Administrativo como los conocemos hoy en día²⁶⁶ y el Derecho Administrativo español se configura sobre la estructura básica del sistema francés que incluye el sistema de conflictos.²⁶⁷

Por ello, antes de entrar en el estudio del sistema de conflictos en nuestro sistema jurídico debemos analizar los antecedentes y regulación en el ordenamiento jurídico francés.

²⁶⁵ HAURIUO, Maurice, "Precis de Droit Administratif", Dixieme edition, Paris 1921, (página 879): *"Le partage d'attributions entre les tribunaux administratifs et les tribunaux judiciaires entraîne fatalement des conflits de compétence. Dans le cas qui nous occupe, la lutte de compétence est appelée conflit d'attribution parce que les deux autorités en présence sont de deux ordres différents, l'ordre exécutif et l'ordre judiciaire. Dans le cas où la lutte de compétence s'établit entre deux autorités du même ordre, par exemple entre deux tribunaux judiciaires ou entre deux autorités administratives, il ya conflit de jurisdiction."*

²⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", Volumen I, Capítulo I, (página 41): *"Hemos puesto especial insistencia en subrayar la importancia del principio de división de poderes como marco en el que nace y se desarrolla la Administración y el Derecho Administrativo contemporáneos, aserto en el que tendremos ocasión de insistir también más adelante desde otras perspectivas."*

²⁶⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "Curso...", op. cit. (página 511): *"Tras haber agotado en la Constitución de Cádiz un esbozo de interpretación judicialista o inglesa del principio de división de poderes (PARADA, MANZANEDO, SANTAMARÍA), nuestro Derecho Administrativo se configura definitivamente a partir de la década moderada sobre la recepción in toto in complexu del sistema estructural básico, que no excluye, naturalmente, ciertas variantes) del sistema francés: principio de separación, sistema de conflictos a su servicio, contencioso-administrativo como un autocontrol de la Administración, que concluye decantándose en la técnica impugnatoria localizada en órganos especializados que se limitan a informar al órgano activo, que es el resolutorio, exención judicial de la Administración fuera del ámbito de la relaciones jurídico-privadas."*

Como ya explicamos en el punto relativo a la transformación de poderes, en Francia, a partir de la Revolución francesa, los teóricos revolucionarios impusieron su visión, así como su desconfianza hacia el poder judicial que, tradicionalmente, apareció estrechamente vinculado con el Antiguo Régimen.

Francia inició así una separación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción administrativa que influyó en varios países de su entorno y que se mantiene inalterable hasta el día de hoy.

Por lo tanto, en Francia nos encontramos ante conflictos entre dos jurisdicciones claramente diferenciadas y que, debido a la especial complejidad de las normas de reparto de competencias, hace necesario la existencia del Tribunal de Conflictos como órgano encargado de resolver los "*conflits d'attribution*" entre dos jurisdicciones claramente diferenciadas, pero con puntos de fricción competencial.

Dichos conflictos pueden ser positivos, cuando un juez del orden judicial se declara competente y la misma competencia es reclamada por un representante de la administración activa y, negativos, cuando los jueces de ambas jurisdicciones se declaran competentes.

Asimismo, estas dificultades de determinación competencial pueden estar relacionadas con el fondo del asunto o el derecho sustantivo. En este caso, los jueces de ambos tribunales pueden declararse competentes y, al resolver sobre el fondo del asunto, pueden provocar una resolución que conduce a una denegación de justicia para el solicitante como resultado de una evaluación contradictoria de las normas aplicables.

Aun así, a finales del siglo XVIII y principios del XIX, con anterioridad a la creación del Tribunal de Conflictos francés, ya existían procedimientos dirigidos a solucionar las diferencias entre el estamento judicial y la Administración únicamente con la finalidad de proteger a la Administración.

En igual forma, como es evidente, bajo el Antiguo Régimen, los agentes del Rey ya reclamaron los casos sometidos a los tribunales ordinarios que involucraban a la Administración. Cuando se ejercía dicho poder de reclamación, los tribunales no tenían más remedio que despojarse de ellos.

Bajo la Revolución, pese a su carácter rupturista respecto al régimen anterior, este sistema se prolongó, pero fue insatisfactorio ya que presentaba un claro riesgo de arbitrariedad por parte de la Administración.

2.2.- Antecedentes de los conflictos de jurisdicción en el sistema jurídico francés.

Nos situamos en la primera década de la Revolución Francesa de 1789, esto es, en la etapa denominada Monarquía constitucional (1789-1792).

En un primer momento el procedimiento de conflicto de atribución solo contempló el conflicto positivo, por cuanto este procedimiento se concibió por primera vez en una única dirección: proteger a la administración del estamento judicial.

En efecto, de conformidad con los artículos 10, 12 y 13 de la Ley de 16-24 agosto de 1790 de organización judicial el objetivo principal era proteger la Administración del estamento judicial.²⁶⁸

En el mismo sentido se pronunció la Ley de 7-14 de octubre de 1790 donde se reafirma la protección de la Administración, en este último caso en materia de red viaria, frente a los Tribunales.²⁶⁹

En la última etapa de la Revolución, esto es, la etapa denominada del Directorio (1795-1799), se aprobó la Ley de 2 de setiembre de 1795 (16 fructidor año III) que continuó con el principio de protección a la Administración al prohibir expresamente a los tribunales de conocer cualquier acto de la administración: *“Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit, sauf aux réclamants à se pourvoir devant le comité des finances pour leur être fait droit, s'il y a lieu, en exécution des lois”*²⁷⁰

²⁶⁸ Artículo 10, 12 y 13 Ley sobre la organización judicial de 16-24 de agosto de 1790: art. 10: *Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture.* Art. 12: *“Ils ne pourront point faire de réglemens, mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle.”* Art. 13: *“Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.”*

²⁶⁹ Página 302 Recueil Général des Lois, Décrets, Ordonnances, etc. Tome Premier, Administration du Journal des Notaires et des Avocats, Paris 1839. Art. 3: *“3° Les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs, ne sont en aucun cas du ressort des tribunaux; elles seront portées au roi, chef de l'administration générale; et dans le cas où l'on prétendrait que les ministres de S. M. auraient fait rendre une décision contraire aux lois, les plaintes seront adressées au corps législatif”*

²⁷⁰ *“La convention nationale, après avoir entendu son comité des finances, décrète qu'elle annule toutes procédures et jugements intervenus, dans les tribunaux judiciaires, contre les membres des corps administratifs et comités de surveillance, sur réclamations d'objets saisis, de taxes révolutionnaires,*

Del mismo modo, el Decreto de 7 de setiembre de 1795 (21 de Fructidor, año III) relativo a las funciones de los órganos administrativos y municipales, de conformidad con el Capítulo VII del acta constitucional que en su artículo 27 se establecía que: *“En caso de conflicto de atribución entre las autoridades judiciales y administrativas, se suspenderá hasta la decisión del Ministro, confirmada por el Directorio Ejecutivo, quien la remitirá, si es necesario, al Cuerpo Legislativo. El Directorio Ejecutivo se pronunciará, en este caso, en el plazo de un mes”*.²⁷¹

En definitiva, podemos concluir que, en este primer período, la resolución de los conflictos estaba en manos del propio gobierno.

En el momento en que el Consejo de Estado fue reorganizado se le confió la misión de examinar los conflictos (Reglamento 5 nivoso Año VIII y Arrêté relativo a los conflictos de atribución de fecha 4 de noviembre de 1801 o 13 brumario año X) pero la decisión última estaba en manos del Jefe de Estado, esto es, era un caso de justicia retenida.^{272 273}

En el año 1806 se lleva a cabo una nueva organización del Consejo de Estado por la que se constituye la comisión de contenciosos que será el germen de la sección de contenciosos, quien juzgará casi la totalidad de los asuntos de la jurisdicción del Consejo de Estado.²⁷⁴

et d'autres actes d'administration émanés des dites autorités pour l'exécution des lois et arrêtés des représentants du peuple en mission, ou sur répétition des sommes et effets versés au Trésor public. Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit, sauf aux réclamants à se pourvoir devant le comité des finances pour leur être fait droit, s'il y a lieu, en exécution des lois, et notamment de celle du 13 février dernier.”

²⁷¹ Art. 27: *“27. En cas de conflit d'attributions entre les autorités judiciaires et administratives, il sera sursis jusqu'à décision du ministre, confirmée par le Directoire exécutif, qui en réfèrera, s'il est besoin, au Corps-Lé gislatif. Le Directoire exécutif est tenu, en ce cas, de prononcer dans le mois.”* Collection complète des lois, décrets d'intérêt général, traités internationaux, arrêtés, circulaires, instructions, etc. Bull, CLXXXV, No. 1128, B., v. LVIII, pp. 209.), Paris 1825.

²⁷² Art. 11. *“Le Conseil d'Etat développe le sens des lois, sur le renvoi qui lui est fait par les Consuls des questions qui leur ont été présentées. Il prononce, d'après un semblable renvoi: 1. sur les conflits qui peuvent s'élever entre l'administration et les tribunaux; 2. sur les affaires contentieuses dont la décision était précédemment remise aux ministres.”*

²⁷³ Art 3. *“Le préfet, dans les vingt-quatre heures, élèvera le conflit, et transmettra, sans aucun retard, copie de son arrêté au commissaire du Gouvernement, par lequel il sera notifié au tribunal, avec déclaration qu'aux termes de l'article 27 de la Loi du 21 fructidor an 3, il doit être sursis à toutes procédures judiciaires, jusqu'à ce que le Conseil-d'Etat ait prononcé sur le conflit.”*

²⁷⁴ Decret 11 juin 1806: Titre IV. Des affaires contentieuses. (art. 24 a 36): *“Art. 24: Il y aura une commission présidée par le grand juge, ministre de la justice, et composée de six maîtres des requêtes et de six auditeurs. Art. 25: Cette commission fera l'instruction et préparera le rapport de toutes les affaires contentieuses sur lesquelles le Conseil d'État aura a prononcer.”*

Dicha misión no fue sencilla y entrañaba sus dificultades por lo que fue necesaria la aprobación de una Ordenanza de fecha 12 de diciembre de 1821 que intentó paliar las dificultades de las partes en los conflictos de atribución entre los tribunales y la Administración.²⁷⁵

Una vez transcurrido el período inicial de la Revolución, pasado el Golpe de Estado de Napoleón de 1799, su Consulado y su Imperio así como iniciada la Restauración Borbónica nos situamos en la regencia del Rey Carlos X y el gobierno liderado por el moderado y practicante del liberalismo doctrinario Jean-Baptiste Sylvère Gaye, vizconde de Martignac.

El procedimiento de reclamación fue reformado por una Ordenanza de 1 de junio de 1828 que establece un llamado conflicto positivo de procedimiento de adjudicación.²⁷⁶

Inicialmente, en el marco del procedimiento de conflicto positivo regulado en junio de 1828, es el Consejo de Estado el que se encarga de tramitar el conflicto y de resolver definitivamente la cuestión de la competencia por lo que se detrae de dicha resolución al monarca. Este procedimiento fue aún menos equitativo que el sistema de justicia retenida que prevalecía en ese momento puesto que el Jefe de Estado no intervenía en ningún momento ni en el procedimiento ni en su resolución que monopolizaba el Consejo de Estado.²⁷⁷

Dicha Ordenanza de 1 de junio de 1828 fue modificada el 12 marzo de 1831 para modificar la publicidad de los asuntos a fin y efecto de evitar dilaciones en el procedimiento y resolución de los conflictos.²⁷⁸

²⁷⁵ Collection complète des lois, décrets d'intérêt général, traités internationaux, arrêtés, circulaires, instructions, VOL 23, (página 423).

²⁷⁶ Ordonnance du Roi relative aux Conflits d'attribution entre les Tribunaux et l'Autorité Administrative, du 1er de juin de 1828. Bulletin des Lois du Royaume de France, 8e serie, Règne de Charles X, Tome huitième, Paris, Imprimerie Royale juillet 1828, Bulletin número 234, (página 505).

²⁷⁷ Ver artículo 14 de la Ordenanza de 1 de junio de 1828: *"Le procureur du Roi informera immédiatement notre garde des sceaux, ministre secrétaire d'état au département de la justice, de l'accomplissement des dites formalités, et lui transmettra en même temps l'arrêté du préfet, ses propres observations et celles des parties., s'il y a lieu, avec toutes les pièces jointes. La date de l'envoi sera consignée sur un registre à ce destiné. Dans les vingt-quatre heures de la réception de ces pièces, le ministre de la justice les transmettra au secrétariat général du Conseil d'état, et il en donnera avis au magistrat qui les lui aura transmises."*

²⁷⁸ Bulletin des lois de la republique française, IXe serie, Paris, Imprimerie Royale, 1831, (páginas 233 a 235).

La Constitución de 4 de noviembre de 1848 en su artículo 89 creó un tribunal especial para la resolución de los conflictos de atribución si bien no lo denominó Tribunal de Conflictos sino únicamente lo denominó tribunal especial.²⁷⁹

En la disposición transitoria de la Ley orgánica del Consejo de Estado de 3-8 marzo de 1849 es donde se cita por primera vez como su denominación actual "*Tribunal des Conflits*" al encomendar la redacción de su regulación pormenorizada.²⁸⁰

Su regulación llega al detalle de reglamentar la ropa de los miembros del Tribunal de conflictos mediante Decreto de fecha 18 de octubre de 1849²⁸¹ así como la inclusión, por parte de la Ley de finanzas de 1950, de una partida específica destinada al funcionamiento del tribunal que se fijó en 6.000 francos anuales, regulando posteriormente su pago aplazado por Decreto de 21 de junio de 1850 debido a su importe elevado²⁸² o la aplicación de dicho tribunal en Algeria²⁸³

Asimismo, la regulación del procedimiento de dicho tribunal especial se llevó a cabo mediante la aprobación del Reglamento de fecha 28 de octubre de 1849

²⁷⁹ Article 89: "*Les conflits d'attributions entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire seront réglés par un tribunal spécial de membres de la Cour de cassation et de conseillers d'Etat, désignés tous les trois ans en nombre égal par leur corps respectif. - Ce tribunal sera présidé par le ministre de la Justice.*"

²⁸⁰ Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat, Tom 44, año 1849 (página 66): "64. *Un règlement d'administration publique, qui sera converti en loi dans l'année de sa promulgation, déterminera les formes de procéder du tribunal des conflits créé par l'art. 89 de la Constitution.*

Les conseillers d'Etat et les conseillers à la Cour de cassation qui doivent composer ce tribunal seront au nombre de quatre pour chacun de ces deux corps.

Les lois et ordonnances concernant les formes et les délais des conflits continueront à être observées. Néanmoins, les délais établis pour le jugement demeureront suspendus pendant le temps qui s'écoulera entre la cessation des fonctions de l'ancien conseil d'Etat et l'installation du tribunal des conflits."

²⁸¹ Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat, Tom 44, año 1849, (página 363).

²⁸² Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat, Tom 50, año 1850, (páginas 150 y 285).

²⁸³ Arrêté 30 décembre 1848, Bulletin des lois de la republique française, Tome VIe, Paris, Imprimerie et librairie administrative, 1852, (páginas 517 y 518).

donde siguió con su denominación actual como *“Tribunal des Conflits”* y se instauró en su artículo 17 el conflicto negativo²⁸⁴

Asimismo, una Ley del 4 de febrero de 1850, reguló definitivamente su organización y emitió algunas resoluciones.²⁸⁵

Posteriormente, el Tribunal de Conflictos fue suprimido como consecuencia del golpe de Estado del 2 de diciembre de 1851 que dio lugar al segundo imperio encabezado por Louis-Napoleón Bonaparte y, en cuya Constitución de 14-22 de enero de 1852, se reformó totalmente el Consejo de Estado trayendo las facultades de resolución de conflictos de atribución.

Suprimido con el advenimiento del Segundo Imperio, el Tribunal de Conflictos renacerá con la ley del 24 de mayo de 1872, que reorganiza el Consejo de Estado, regula los conflictos y el Tribunal de Conflictos en su título IV y restablece la Ley de 4 de febrero de 1850 y el Reglamento de 28 de octubre de 1849 en su artículo 27.²⁸⁶

Esta norma, vigente hoy en día, fue reformada recientemente por la Ley 2015-177 de 16 de febrero de 2015, que no modifica sustancialmente este procedimiento, pero sí su composición, y que estudiaremos en el punto relativo a la legislación francesa vigente.

²⁸⁴ Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat, Tom 44, año 1849, (páginas 368 a 371).

²⁸⁵ Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat, Tom 50, año 1850, (páginas 23 a 26).

²⁸⁶ Loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat (Journal officiel de la République Française (Paris 1870) de 31 mai 1872, artículo 25: *“Les conflits d'attribution entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire sont réglés par un tribunal spécial composé :*
1° du garde des sceaux, président ; 2° de trois conseillers d'Etat en service ordinaire élus par les conseillers en service ordinaire ; 3° de trois conseillers à la Cour de cassation nommés par leurs collègues ; 4° de deux membres et de deux suppléants qui seront élus par la majorité des autres juges désignés aux paragraphes précédents.
Les membres du tribunal des conflits sont soumis à réélection tous les trois ans et indéfiniment rééligibles.
Ils choisissent un vice-président au scrutin secret à la majorité absolue des voix.
Ils ne pourront délibérer valablement qu'au nombre de cinq membres présents au moins.”

Las atribuciones del Tribunal fueron entonces reforzadas por la ley del 20 de abril de 1932 con un recurso por denegación de justicia (déli de justice)²⁸⁷ y el decreto del 25 de julio de 1960 que introduce el conflicto negativo.²⁸⁸

Es a partir de 1872 cuando se puede afirmar que la justicia pasa a ser delegada y no retenida, en este caso la Ley de 1872 consagró legislativamente aquello que después de mucho tiempo se venía llevando a cabo de facto, esto es, que la verdadera autoridad contencioso administrativa residía en el Consejo de Estado.²⁸⁹

El sistema francés de conflictos en sus inicios, debido a su desconfianza respecto al poder judicial, situó al poder ejecutivo por encima del poder judicial y, tal y como hemos visto, progresivamente, se transformó en un sistema de distribución de competencias entre dos jurisdicciones.

2.3.- Situación actual en el ordenamiento jurídico francés.

²⁸⁷ Loi du 20 avril 1932 ouvrant un recours devant le tribunal des conflits contre les décisions définitives rendues par les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs lorsqu'elles présentent contrariété aboutissant à un déni de justice (Journal officiel de la République française. Lois et décrets (version papier numérisée) n° 0095 du 22/04/1932) derogada por la Ley de 2015.

²⁸⁸ Décret n°60-728 du 25 juillet 1960 portant réforme de la procédure des conflits d'attributions (Journal officiel de la République française. Lois et décrets (version papier numérisée) n° 0174 du 28/07/1960), article 34: *“Lorsqu’une juridiction de l’ordre judiciaire ou de l’ordre administratif a, par une décision qui n’est plus susceptible de recours, décliné la compétence de l’ordre de juridiction auquel elle appartient au motif que le litige ne ressortit pas à cet ordre, toute juridiction de l’autre ordre, saisie du même litige, si elle estime que ledit litige ressortit à l’ordre de juridictions primitivement saisi, doit, par un jugement motivé qui n’est susceptible d’aucun recours même en cassation, renvoyer au tribunal des conflits le soin de décider sur la question de compétence ainsi soulevée et surseoir à toute procédure jusqu’à la décision de ce tribunal.”*

²⁸⁹ HAURIUO, Maurice, *“Précis de Droit Administratif”*, Dixième édition, Paris 1921, (página 890): *“Actuallment, la justice administrative est presque tout entière déléguée, mais elle a comencé par être retenue. – En effet, jusqu’à la loi du 24 mai 1872, toutes les décisions du Conseil d’État en matière contentieuse étaient prises sous la signatura du chef de l’État; sous l’Empire, cela s’appelait des décrets en Conseil d’État, sous la monarchie, des ordonnances en Conseil d’État, cela ne pouvait pas s’appeler des arrêts du Conseil d’État. Or, nous le verrons plus loin, le Conseil d’État, par la cassation ou par l’appel, se subordonne toutes les juridictions administratives, de sorte que, par son intermédiaire, toute la justice administrative était retenue ou gouvernementale. De plus, le Conseil d’État étant juge des conflits, la juridiction des conflits était encore de la justice retenue. Depuis la loi du 24 mai 1872, toutes ces justices sont, au contraire, déléguées. Cette loi donne un effet au Conseil d’État un pouvoir propre en matière contentieuse, de telle sorte que ses décisions ne sont plus signées du chef de l’État, mais du viceprésident du Conseil d’État, et qu’elles méritent le nom d’arrêts.”*

El Tribunal de Conflictos, como hemos visto, fue establecido por el artículo 89 de la Constitución francesa de 4 de noviembre 1848 con la finalidad de resolver los conflictos de atribución entre la autoridad administrativa y la autoridad judicial y su organización se reguló mediante el Reglamento de 28 de octubre de 1849 y la Ley del 4 de febrero de 1850.

Suprimido el Tribunal con la llegada del Segundo Imperio, renacerá con más fuerza con la Ley del 24 de mayo de 1872, de reorganización del Consejo de Estado y, como hemos visto, lo dota formalmente de jurisdicción delegada así como vio ampliados y reforzados sus poderes con la aprobación de la Ley de 20 de abril de 1932 (denegación de justicia) y por el Decreto de 25 de julio de 1960 (conflicto negativo).

El Tribunal de Conflictos fue objeto de una importante reforma en 2015 mediante la aprobación, sin grandes cambios, por parte de la Asamblea de la República francesa del texto propuesto por un grupo de expertos.²⁹⁰

²⁹⁰ Esta reforma de la organización, el procedimiento y las facultades del Tribunal de Conflictos se inspira en el informe fechado en setiembre de 2013 elaborado por el grupo de trabajo sobre la reforma del Tribunal de Conflictos, presidido por el Sr. Jean-Louis Gallet, ex vicepresidente del Tribunal de Conflictos, presentado al Ministro de Justicia el 10 de octubre de 2013. Uno de los principales cambios realizados es la remoción de la presidencia de esta jurisdicción por parte del Ministro de Justicia.

El grupo de trabajo estaba compuesto por las siguientes autoridades: Presidente Sr. Jean-Louis GALLET, consejero del Tribunal de Casación, vicepresidente del Tribunal des Conflits
Miembros: Sr. Jacques ARRIGHI DE CASANOVA, Consejero de Estado, miembro del Tribunal de Conflictos, Sr. Jacques-Henri STAHL, Consejero de Estado, Sr. Franck TERRIER, Presidente de Sala del Tribunal de Casación, ex miembro del Tribunal de Conflictos, D. Jean-Marie BÉRAUD, Asesor del Tribunal de Casación, miembro del Tribunal de Conflictos, Sra. Elisabeth BARADUC-BÉNABENT, abogada del Consejo de Estado y del Tribunal de Casación, Sra. Claire WAQUET, abogada del Consejo de Estado y del Tribunal de Casación, Sra. Pascale GONOD, profesora de derecho público en la Universidad de París I Panthéon Sorbonne, Sr. Loïc CADTET, profesor de derecho privado en la Universidad de París I Panthéon Sorbonne

El propio Ministro de Justicia francés (Garde des Sceaux) lo presentó así en el Senado francés en sesión de 21 de enero de 2014: *“Le projet de loi vise également à réformer le Tribunal des conflits. Cette juridiction particulière est chargée de trancher les conflits pouvant apparaître entre l’ordre judiciaire et l’ordre administratif. Il s’agit d’une institution ancienne. Instaurée par la Constitution de 1848, elle n’a vraiment pris corps qu’avec la loi du 24 mai 1872. Le fondement de notre dualité juridictionnelle, quant à lui, a été posé par les lois des 16 et 24 août 1790 relatives à l’organisation judiciaire, ainsi que par le décret du 16 fructidor an III.*

Le fait que le Tribunal des conflits soit présidé par le garde des sceaux m’a quelque peu préoccupée. J’ai donc demandé à l’ancien vice-président du Tribunal, Jean-Louis Gallet – j’ai procédé hier à l’installation du Tribunal des conflits, dont le nouveau vice-président est M. Arrighi de Casanova –, de présider une mission dont le rapport, d’excellente qualité, m’a été remis en octobre dernier.

Por lo tanto, el Tribunal de Conflictos francés se rige hoy en día por la Ley de 24 de mayo de 1872 según las enmiendas efectuadas por la Ley número 2015-177 del 16 de febrero de 2015, sobre la modernización y simplificación de la legislación y los procedimientos en los ámbitos de la justicia y los asuntos de interior.²⁹¹

La Ley fue objeto de desarrollo mediante Decreto del Consejo de Estado número 2015-233 de 27 de febrero de 2015 relativo al Tribunal de Conflictos y cuestiones preliminares.²⁹²

Hasta la fecha, la Ley 2015-177 no ha sufrido ninguna reforma que afecte al articulado relativo al Tribunal de Conflictos, por el contrario, el Decreto 2015-233 ha sido modificado en dos ocasiones: la primera por el Decreto 2016-308, de 17 de marzo de 2016 que modifica una referencia legislativa del artículo 43 relativo al recurso de responsabilidad por duración excesiva de los procedimientos²⁹³ y, la segunda, por el Decreto 2018-928 de 29 de octubre relativo al contencioso de la seguridad social y la asistencia social.²⁹⁴

La reforma del 2015 tiene como objeto la modernización, reforma y simplificación de la Justicia francesa modernizando y, en el caso concreto del Tribunal de Conflictos, simplificando el procedimiento seguido y, lo que es más significativo, pone fin a la Presidencia por parte del Ministro de Justicia del Gobierno francés (o Garde de Sceaux o Guardián de los Sellos) lo que

Nous avons repris l'essentiel des propositions qu'il contient. La lettre de mission, conformément à mon intention de départ, demandait que soit étudiée la question de la présidence du garde des sceaux. À mes yeux, cette situation laisse craindre une confusion des pouvoirs, même théorique, voire une ingérence de l'exécutif, même virtuelle."

²⁹¹ LOI n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (Journal officiel "Lois et Décrets" JORF n° 0040 du 17 février 2015, ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/jo/2015/2/17>).

²⁹² Décret n° 2015-233 du 27 février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles (Journal officiel "Lois et Décrets" JORF n° 0051 du 1 mars 2015, ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/jo/2015/3/1>).

²⁹³ De la referencia legal a la Ley 2000-321 de 12 de abril relativa a los derechos de los ciudadanos en su relación con las administraciones a la referencia al Código de relaciones entre el público y la Administración.

²⁹⁴ La modificación añade un apartado al artículo 32 del Decreto 2015-233 relativo a la prevención del conflicto en el caso de falta de competencia jurisdiccional Cuando el juzgado conozca un litigio relativo a la admisión a la asistencia social según lo definido por el código de acción social y familia o por el código de la seguridad social, transmite el expediente del procedimiento, sin prejuzgar la admisibilidad de la solicitud, a la jurisdicción del otro nivel de jurisdicción que considere competente mediante auto que no es objeto de recurso alguno.

venía siendo una situación histórica que, como advirtió el propio Ministro de Justicia francés, en su comparecencia en el Senado el 21 de enero de 2014, no era necesaria su pervivencia:

“El Guardián de los Sellos tiene el poder de decidir en caso de empate entre los jueces. El último desempate, realizado por Jacques Toubon, se remonta a 1997 en un caso de vía de hecho. No es necesario mantener lo que parece ser un arcaísmo. El informe hace una recomendación muy interesante que retoma el proyecto de ley.

Pedí que la reflexión fuera más allá y que busquemos modernizar esta jurisdicción. Además, ha podido hacerlo ella misma a través de su jurisprudencia sobre conceptos clásicos como el control o la vía de hecho, o incluso la actualización de la famosa sentencia Septfonds de 1923 a la luz del Derecho comunitario. Por lo tanto, el Tribunal de Conflictos ha producido jurisprudencia en acción, como dijo Dean Carbonnier, y modernizó nuestro derecho administrativo.”

Actualmente, en su versión moderna, el Tribunal de Conflictos francés es un tribunal paritario compuesto a partes iguales por miembros del Consejo de Estado y del Tribunal de Casación.²⁹⁵

Su misión es resolver los conflictos de competencia entre los tribunales del orden judicial y los tribunales del orden administrativo y prevenir una denegación de justicia en caso de decisiones finales contradictorias dictadas, en la misma controversia, por una jurisdicción de cada uno de los dos órdenes.

Finalmente, el Tribunal de Conflictos también ostenta competencias para resolver las acciones de responsabilidad por la duración excesiva de procedimientos relacionados con la misma controversia, realizados entre las mismas partes ante los dos órdenes de los tribunales y, en su caso, ante el propio Tribunal.

Veremos a continuación los diferentes tipos de conflictos existentes en el ordenamiento jurídico francés:

²⁹⁵ El artículo 1 y 2 de la Ley de 1872 queda modificado y desaparece la presidencia del Ministro de Justicia o Garde des Sceaux y la composición del Tribunal pasa a ser de 3 Consejeros de Estado a 4 y de 3 consejeros de la Corte de Casación a 4. El artículo 3 prevé que la presidencia del Tribunal de Conflictos sea alternativa: *“Los miembros mencionados en el 1 ° y 2 ° del artículo 2 eligen entre ellos, por tres años, un presidente del Consejo de Estado y del Tribunal de Casación alternativamente, en votación secreta por mayoría de votos.*

Si el presidente no puede asistir temporalmente, el tribunal está presidido por el miembro de mayor edad perteneciente al mismo orden de jurisdicción.

En caso de cese definitivo de las funciones del presidente, el tribunal, cumplido entonces en las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 2, es presidido por un miembro de la misma orden, elegido en las condiciones previstas en el primer párrafo de este artículo, para el resto del mandato.”

a.-) El conflicto positivo:

Cuando el representante del Estado en el departamento o la comunidad considere que el conocimiento de una controversia o de una cuestión preliminar planteada ante un tribunal ordinario es de la competencia de la jurisdicción administrativa, puede solicitar al tribunal demandado que decline su competencia.²⁹⁶

Es importante exponer que no estamos ante un conflicto entre dos juzgados sino entre un procedimiento abierto ante un juez ordinario y la Administración activa que, mediante su representante, entiende que dicho asunto no corresponde a la jurisdicción ordinaria.²⁹⁷

Cabe destacar que no puede interponerse conflicto positivo cuando la competencia se haya determinado por una resolución firme que constituye cosa juzgada.²⁹⁸

Cuando el representante del Estado entiende que un asunto debe ser tratado por la jurisdicción administrativa deberá presentar una declinatoria de competencia debidamente justificada ante el Tribunal que entienda del asunto.

De la declinatoria de competencia se dará traslado a las partes y al Ministerio Público que pueden presentar alegaciones en el plazo de 15 días. Una vez finalizado el plazo, el Tribunal que conoce del asunto, se pronunciará sobre su competencia y se dará traslado a las partes y al prefecto.

Ante una declinatoria presentada por el Prefecto pueden darse tres supuestos:²⁹⁹

²⁹⁶ Previsto en el artículo 13, 1º de Ley 1872 y desarrollado en el capítulo II del Decreto 2015-233.

²⁹⁷ Como recuerda TIFFINE, Pierre, en su manual. "Droit administratif français", Troisième Partie, Chapitre 2, Chapitre 2 : Compétence de la juridiction administrative, Revue générale du droit *on line*, 2013, numéro 4411 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=4411)

"Il faut insister sur le fait que le conflit positif d'attribution n'est pas un conflit entre deux juridictions, mais un conflit entre l'administration active, généralement représentée par le préfet, et le juge judiciaire. Cette procédure est mise en œuvre, conformément au principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, en vue de soustraire le litige à la compétence du juge judiciaire. Il ne s'agit donc, en aucun cas, de revendiquer la compétence du juge administratif."

²⁹⁸ Así queda establecido en el artículo 18 del Decreto 2015-233.

²⁹⁹ Artículo 19 del Decreto 2015-233.

1.- Que el Tribunal rechace la declinatoria de competencia, en cuyo caso el Prefecto puede elevar el conflicto dentro de los 15 días siguientes a la recepción de la resolución. El plazo es perentorio y, si se presenta el conflicto dentro de plazo, se suspende el procedimiento.

2.- Que el Tribunal, antes de la finalización del plazo de 15 días, no haga caso a la declinatoria y resuelva sobre el fondo, en dicho caso el Prefecto podrá elevar el conflicto. En dicho caso no se establece el plazo perentorio de 15 días.

3.- Que el Tribunal haya estimado la declinatoria a favor de la Administración y una de las partes presente recurso. En dicho caso, el Prefecto puede acudir al tribunal superior y presentar una nueva declinatoria y, para el caso de que esta fuera rechazada, plantear el conflicto en las mismas condiciones que en primera instancia.

La resolución del Prefecto planteando el conflicto (*Ârrete de conflit*) deberá estar debidamente motivado y se dará traslado a las partes para que puedan presentar alegaciones sobre la competencia. De todo el expediente se dará traslado al Tribunal de Conflictos que resolverá en el plazo de tres meses o un máximo de cinco meses en caso de necesidad o de falta de acuerdo en la deliberación.³⁰⁰

Si transcurre un mes desde el plazo máximo establecido para la resolución del asunto y el Tribunal no ha recibido la resolución del Tribunal de Conflictos puede proceder a continuar con el procedimiento.³⁰¹

b.-) El recurso por denegación de justicia ("contrariété de décisions au fond").

El capítulo V del Decreto 2015-233 desarrolla el supuesto previsto en la versión actual del artículo 15 de la Ley de 24 de mayo de 1872 que se introdujo, como hemos visto, mediante la Ley de 20 de abril de 1932.

En este supuesto los dos órdenes de jurisdicción se han pronunciado sobre el mismo caso y han dictado decisiones contradictorias.

³⁰⁰ Según lo establecido en el artículo 29 del Decreto 2015-233 en relación al artículo 16 del mismo Decreto y 6 de la Ley de 24 de mayo de 1872.

³⁰¹ Según lo previsto en el artículo 31 del Decreto 2015-233.

Esta atribución permite al Tribunal de Conflictos conocer de aquellas resoluciones dictadas por los tribunales de ambos órdenes (judicial ordinario y judicial administrativo) que tienen el mismo objeto y presentan entre ellos una contradicción que conduce a una denegación de justicia.

Podemos encontrar la definición de la denegación de justicia en diferentes resoluciones del Tribunal de Conflictos francés, por todas:

“Existe denegación de justicia en el sentido de dicha ley cuando un demandante se ve imposibilitado de obtener la satisfacción a la que tiene derecho, tras apreciaciones irreconciliables de los tribunales de cada auto, ya sea en elementos de hecho, o según declaraciones legales contradictorias.”³⁰²

No hay muchas resoluciones del Tribunal en relación a dichos supuestos puesto que se debe tratar de situaciones en la que existan dos decisiones contradictorias sobre el fondo con el mismo objeto.

El propio grupo de trabajo no quiso extender los supuestos ya vigentes a todos los casos de jurisprudencia contradictoria debido a su dificultad de plasmación práctica.³⁰³

c.-) La prevención del conflicto negativo: el “conflit sur renvoi”

Estamos ante un conflicto negativo cuando las dos órdenes se declaran incompetentes para resolver una disputa.

³⁰² Tribunal des conflits, du 14 février 2000, 02929, publié au recueil Lebon (<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007607032/>) Traducción propia.

³⁰³ En la página 12 y 13 del “Rapport du groupe de travail pour la réforme du Tribunal des Conflits de septembre 2013” publicado en la página <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/134000687.pdf> dice (la traducción es propia):

“Las diferencias de jurisprudencia entre los dos órdenes de los tribunales que aplican los mismos textos, incluso si se debe poner en perspectiva su alcance, pueden dar lugar a incomprensiones entre los litigantes.

Por lo tanto, el grupo de trabajo examinó la posibilidad de que la competencia del Tribunal de Conflictos, a veces mencionada y deseada, estableciera, si fuese necesario, en una formación prolongada y solemne y con la remisión opcional de una de las dos cortes supremas, la solución adecuada exigida por la constatación de una divergencia persistente entre la jurisprudencia establecida de los dos niveles de competencia, relativa a la aplicación de la misma norma jurídica y que da lugar a la atribución de derechos diferentes a las personas en controversias que tienen el mismo objeto .

Al final, se consideró preferible descartar esta orientación, en nombre del realismo institucional que reconocía la dificultad de su implementación en la práctica. Además, “el diálogo de jueces”, que en ocasiones se ha materializado en reuniones periódicas sobre temas específicos entre magistrados del Consejo de Estado y del Tribunal de Casación, indudablemente conduce a convergencias que podrían promover la conformación de comisiones. ad hoc.”

Para prevenir dicho supuesto el Decreto 2015-233 prevé en sus artículos 32 a 34 un sistema preventivo en el que, ante una decisión de incompetencia de un orden jurisdiccional, el otro orden puede recurrir él mismo al Tribunal de Conflictos, antes de declararse incompetente, para evitar un conflicto negativo.

Este sistema, antes de la reforma del 2015, suponía el 60% de las remisiones anuales al Tribunal de Conflictos.³⁰⁴

Este mecanismo preventivo no elimina por completo el riesgo de conflicto negativo puesto que el segundo tribunal solo está obligado a remitir el asunto al Tribunal de Conflictos si el primer fallo se ha convertido en definitivo, lo que significa que, no obstante, el conflicto puede constituirse, por ejemplo, porque el fallo dictado por el juez judicial no es firme.

Para el caso de que el Tribunal de Conflictos considere que el tribunal que dictó la remisión no es competente para conocer de la acción o la excepción que dio lugar a esta remisión, declarará nulos y sin efecto todas las resoluciones y actos procesales dictados por dicho tribunal, así como las resoluciones y actos procesales de cualquier otro tribunal del mismo orden relacionados con dicha acción o excepción. Del mismo modo, si el otro orden que el Tribunal de Conflictos entiende competente ha resuelto que es incompetente, sobre la misma acción o la misma excepción, entre las mismas partes, dicha resolución se declarará nula y sin efecto y deberá conocer de dicho procedimiento.³⁰⁵

Por otro lado, existe otro supuesto de reenvío o remisión³⁰⁶ para el caso que se plantee una cuestión de competencia sobre la acción interpuesta o sobre una excepción que conozca un tribunal y que ésta, asimismo, plantee una grave dificultad grave y que implique la separación de los órdenes jurisdiccionales, en dicho caso, se podrá remitir mediante resolución motivada, que no es susceptible de apelación, al Tribunal de Conflictos para que decida sobre esta cuestión de competencia con suspensión del procedimiento.³⁰⁷

³⁰⁴ TIFFINE, Pierre, "Droit administratif...", op. cit.

³⁰⁵ Según lo establecido en el artículo 34 del Decreto 2015-233

³⁰⁶ Previsto expresamente en el tercer apartado del artículo 12 de la Ley de 24 de mayo de 1872.

³⁰⁷ Este es el supuesto del artículo 35 del Decreto 2015-233.

En ambos supuestos (reenvío en caso de declaración de incompetencia o reenvío en caso de cuestión de competencia), el Tribunal de Conflictos resolverá dentro de los tres meses siguientes a la recepción del expediente en su secretaría. En caso de necesidad o en caso de desacuerdo en la deliberación, el plazo podrá ser prorrogado por el Presidente del Tribunal de Conflictos, dentro del límite de dos meses.

d.- El conflicto negativo.

El conflicto negativo se instauró en el ordenamiento jurídico francés por el artículo 17 del Decreto del 26 de octubre de 1849 que determina las formas de procedimiento del Tribunal de Conflictos.

A diferencia del conflicto positivo, en cuyo caso la Administración activa reclama la competencia ejercida por un juez del orden judicial, el conflicto negativo supone que ambas órdenes jurisdiccionales se consideran incompetentes para conocer el mismo asunto.³⁰⁸

Por lo tanto, en este procedimiento el Tribunal de Conflictos tendrá como finalidad la designación del tribunal competente.

Asimismo, el artículo 38 del Decreto 2015-233 establece que este recurso debe interponerse en el plazo de dos meses a partir del día en que la última decisión de incompetencia sea firme. El artículo 37 del mismo Decreto también especifica que la solicitud debe contener los hechos y los fundamentos jurídicos, así como el objeto de la controversia con copia de las resoluciones de incompetencia.

El Tribunal de Conflictos, del mismo modo que lo dispuesto en los conflictos de reenvío, anulará la sentencia del tribunal que considere competente. El solicitante deberá acudir al tribunal competente que deberá resolver sobre el fondo del asunto.

Así, para que haya un conflicto negativo, deben darse los siguientes requisitos:

1.-) En primer lugar, cada tribunal deberá haberse negado mediante decisión firme a conocer de la controversia oponiendo la acción a la incompetencia de su orden jurisdiccional.

³⁰⁸ El conflicto negativo está previsto y regulado en el artículo 12 2º de la Ley de 14 de mayo de 1872 y en los artículos 37 y 38 del Decreto 2015-233.

2.-) Las declaraciones de incompetencia deben referirse a la “misma disputa”³⁰⁹.

Una "misma disputa" o una "misma cuestión" significa tres cosas: una identidad de las partes; una identidad de causa; una identidad de objeto (el solicitante solicita lo mismo a ambos tribunales).

3.-) El artículo 37 del decreto de 27 de febrero de 2015 requiere que no se haya planteado un conflicto de reenvío de los previstos en los artículos 32 a 36 puesto que en dicho supuesto ya está en vías de resolución el conflicto por parte del Tribunal de Conflictos.

e.- El recurso por exceso de duración de los procedimientos (“responsabilité pour durée excessive des procédures”):

Este recurso se introdujo como novedad en el artículo 16 de la Ley de 24 de mayo de 1872, en su redacción dada por la Ley 2015-177, para resolver la problemática existente en relación a determinar el tribunal competente para conocer de la acción de indemnización interpuesta contra el Estado por parte de los litigantes que consideran excesiva la duración de los procesos llevado ante los dos niveles de jurisdicción.

Así, el grupo de trabajo presidido por el vicepresidente del Tribunal de Conflictos propuso la asunción de dicha competencia al proponer:

“Esto puede corresponder a la hipótesis en la que un conflicto de competencia entre jurisdicciones les había llevado a acudir sucesivamente a los tribunales de ambos órdenes, posiblemente antes de la designación por el Tribunal de Conflictos del orden de jurisdicción competente, o la necesidad de llevar la disputa entre ambos a una persona de derecho público y una persona de derecho privado respectivamente ante el tribunal administrativo y ante la jurisdicción judicial. La jurisprudencia asignó, en el primer caso, el orden de jurisdicción competente para conocer del fondo del caso, y, en el segundo, el orden de jurisdicción que resolvió en último lugar. Estas soluciones puramente pretorianas crean una disparidad de situaciones en la medida en que las normas que regulan las acciones de responsabilidad del Estado en tales casos no son los mismos ante las dos órdenes de los tribunales. En efecto, si la acción de indemnización debe, según los criterios así identificados por la jurisprudencia, ser llevada ante la jurisdicción ordinaria, estará sujeta a la prueba de un retraso irrazonable que constituye negligencia grave y estará sujeta a recursos legales ordinarios y extraordinarios, mientras que, en caso de que deba interponerse esta acción antes la jurisdicción administrativa, solo estará sujeto a la prueba de un plazo irrazonable y reportará directamente al Consejo de Estado.

³⁰⁹ El artículo 37 del Decreto 2015-233 habla de “la même question” al igual que el artículo 17 del Decreto del 26 de octubre de 1849 donde se estableció, por primera vez, el conflicto negativo.

Por tanto, el grupo de trabajo consideró totalmente apropiado y en consonancia con su poderes que el Tribunal de Conflictos, ya competente en virtud de la ley de 1932 para para pronunciarse sobre el fondo en determinados casos de denegación de justicia, también se le asigne jurisdicción para conocer una acción de indemnización por daños resultantes de un excesiva duración total de los procedimientos relacionados con la misma disputa y conducta entre mismas partes ante los tribunales de ambos órdenes debido a las reglas de jurisdicción aplicable y, en su caso, ante él mismo.”³¹⁰

En dicho supuesto, la regulación aprobada establece que la parte que pretenda obtener una indemnización deberá presentar primero una denuncia ante el Ministerio de Justicia (Guardián de los Sellos o Garde des Scaux).

En aplicación del apartado 3º del artículo L.231-4 del código de relaciones entre el público y la Administración, la falta de resolución de la reclamación en un plazo superior a dos meses supone la desestimación por silencio administrativo negativo. Vencido este plazo, el interesado podrá dirigirse al Tribunal de Conflictos.³¹¹

En caso de resolución expresa del Ministerio de Justicia desestimando la reclamación, el interesado podrá presentar dicha reclamación en el plazo de dos meses desde la fecha de notificación de la resolución ante el Tribunal de Conflictos. Dicha notificación deberá contener expresamente la posibilidad de reclamación ante el Tribunal de Conflictos, así como los recursos correspondientes, en caso contrario el plazo no será exigible.³¹²

3.- LOS CONFLICTOS JURISDICCIONALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO.

En Italia, tal y como hemos expuesto en el apartado correspondiente a la transformación de poderes, el sistema revolucionario francés tuvo, en ciertos territorios, un impacto derivado de la expansión del imperio de Napoleón si bien el sistema de control jurisdiccional de la Administración no fue admitido pacíficamente debido al control político que se ejercía de la misma.³¹³

³¹⁰ Traducción propia del “Rapport du groupe de travail pour la réforme du Tribunal des Conflits” (página 12).

³¹¹ El apartado tercero del artículo L231.4 establece que el silencio administrativo es negativo si la solicitud es de carácter económico salvo, en materia de seguridad social, en los casos previstos por decreto.

³¹² Último apartado del artículo 43 del Decreto 2015-233.

³¹³ Silvio Spaventa, diputado por Bérgamo y miembro del Consejo de Estado italiano, pronunció varios discursos, entre ellos, el más importante fue el que pronunció el 7 de mayo de 1880 sobre la justicia en la administración, al decir: "El Estado dejaría de tener su razón de ser si sirviera solo a los intereses de la parte más fuerte, con daño y ocultación de los derechos

Así, en un primer momento, en determinados estados con ascendencia francesa, se atribuyó la configuración del doble orden jurisdiccional siendo la Corona quien, oído el Consejo de Estado, resolvía los conflictos entre ambos órdenes. (Leyes 1842, 1847 y 1849) más tarde será el Consejo de Estado italiano quien tenga la exclusiva de la resolución de los conflictos (Ley de 30 de octubre de 1859 y Ley de 20 de noviembre de 1859).³¹⁴

En efecto, en Italia inicialmente se mantuvo la competencia de los jueces civiles ordinarios siempre que hubiera lesión de un derecho subjetivo de cualquier particular por parte de una actuación administrativa.

Asimismo, cuando el particular requería la anulación de una decisión administrativa sin derecho propio a oponer debía acudir al Consejo de Estado.³¹⁵

Con posterioridad, ante la proclamación del Reino de Italia, la voluntad fue la de instaurar la unidad de jurisdicción con lo que se suprimió la jurisdicción contencioso-administrativa, pero se mantuvo el sistema de conflictos cuya aplicación se amplió a todo el Reino (Ley de 1865).³¹⁶

Dicho mantenimiento fue criticado por la doctrina puesto que, suprimida la jurisdicción contencioso-administrativa, no tenía sentido mantener un

de las partes más débiles. Entonces, un estado pronto pasa: la dictadura está a la vuelta de la esquina (...)" Texto extraído de la Fondazione Spaventa: www.fundazionespaventa.com.

³¹⁴ La Ley de 30 de octubre de 1859 (Atti del Governo N° 3707) atribuye al Consejo de Estado la resolución de los conflictos que, con posterioridad, mediante el (Atti del Governo N° 3780). LEGGE sui Conflitti di giurisdizione in data 20 novembre 1859 inserta nella Gazz. Piem. del 20 dicem. Successivo regula el procedimiento de los conflictos positivos y negativos.

³¹⁵ Así lo confirman SÁNCHEZ MORON, Miguel, en "Derecho Administrativo, parte general", séptima edición, Ed Tecnos, 2011 (página 52) y TRAYTER, Joan Manuel, en "Derecho administrativo. Parte general", Atelier, 2017 (página 51). La Ley de 31 de marzo de 1889 estableció la jurisdicción general del Consejo de Estado sobre los conflictos entre las autoridades estatales y privadas, en los casos era una cuestión de intereses legítimos que hasta entonces habían sido transferidos a la misma administración; las cuestiones entre los ciudadanos y la administración se mantuvieron en el poder judicial ordinario, en el que la situación afirmaba que era un derecho subjetivo.

³¹⁶El artículo 13 de la Legge 20 marzo 1865, n. 2248, Legge sul contenzioso amministrativo. (Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale 27 aprile 1865, n. 101) acordava el mantenimiento del regimen de conflictos de 1859: " Fino ad ulteriori provvedimenti per la risoluzione uniforme dei conflitti tra le autorità giudiziarie e amministrative, la legge del 20 novembre 1859, n.º 3780, sarà estesa a tutte le provincie del Regno, ferma la giurisdizione attribuita al Consiglio di Stato per pronunciare sui conflitti dell'art. 10 della legge sulla costituzione del Consiglio di Stato del Regno."

sistema de conflictos jurisdiccionales. Ante dichas manifestaciones se atribuyó al Tribunal de Casación la resolución de conflictos de atribución (Ley 31 de marzo de 1877) entre los Tribunales ordinarios y la administración activa.³¹⁷

La unidad jurisdiccional que se pretendió en 1865 brilló por su ausencia puesto que se mantuvieron algunas jurisdicciones especiales (Tribunal de Cuentas y Consejo de Estado) y se reinstauró parcialmente la jurisdicción contencioso-administrativa (Leyes de 1889 y 1890) con posteriores reformas del sistema jurisdiccional que atribuyeron mayor calado a la jurisdicción contencioso-administrativa (función pública, concesiones, orden público, etc.) que culminaron en 1971 con la supresión de las Juntas provinciales siendo sustituidas por los Tribunales Administrativos Regionales como jurisdicción contencioso-administrativa de primer grado quedando el Consejo de Estado como juez de segunda instancia.³¹⁸

Como se ha anunciado, la supuesta “unidad jurisdiccional” en Italia plantea numerosos problemas de delimitación para determinar los asuntos atribuidos a los tribunales ordinarios y a los tribunales contencioso-administrativos por cuanto las diversas reformas del sistema han roto, en cierto modo, dicha unidad teórica.

En definitiva, en la actualidad sigue vigente, a grandes rasgos, el sistema establecido en el año 1877 y, por tanto, se atribuye la resolución de conflictos de atribución al Tribunal de Casación si bien mantiene un reducto de posición privilegiada de la administración activa puesto que ésta puede, sin ser parte en el proceso, solicitar que se resuelva sobre el defecto de jurisdicción del juez ordinario a causa de los poderes atribuidos por la ley a la administración. Dicha excepción residual se aleja de la finalidad del sistema de conflictos italiana que no es otro que la resolución de las cuestiones relativas a la potestad del órgano jurisdiccional en el curso del proceso.³¹⁹

³¹⁷ Dicha Ley (Legge 31 marzo 1877 (número 3761) suprimió el artículo 13 de la Ley de 1865 y atribuyó a la Sesión Unida del Tribunal de Casación (Sezioni unite) «dei conflitti di giurisdizione positivi o negativi fra i Tribunali ordinari ed altre giurisdizioni speciali, non che della nullità delle sentenze di queste giurisdizioni per incompetenza od eccesso di potere» (art. 3 n. 3).

³¹⁸ Legge 6 dicembre 1971, n. 1034 Istituzione dei tribunali amministrativi regionali (Pubblicata nella G.U. 13 dicembre 1971, n. 314).

³¹⁹ La posibilidad de intervención de la Administración para reclamar la jurisdicción se encuentra regulada en el artículo 41 del Codice di Procedura Civile Regio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443 Codice di procedura civile. (Gazzetta Ufficiale Della Repubblica Italiana n.253 del 28-10-1940) al decir: “*Finche' la causa non sia decisa nel merito in primo grado, ciascuna parte*

4.- EL SISTEMA DE CONFLICTOS JURISDICCIONALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PORTUGUÉS.

La Constitución portuguesa, a diferencia de la Constitución española, consagra dos jurisdicciones distintas (artículo 209 y siguientes de la *Constituição da República Portuguesa*): la jurisdicción civil y la jurisdicción administrativa.

Además, en el mismo artículo constitucional está prevista la jurisdicción del Tribunal Constitucional y del *Tribunal de Contas*, junto con las de los órganos jurisdiccionales arbitrales y los juzgados de paz.³²⁰

En la jurisdicción civil, los órganos jurisdiccionales comunes en materia civil y penal son los órganos de la jurisdicción ordinaria, organizados en tres instancias que, por orden jerárquico y desde la que abarca mayor territorio hasta la jerárquicamente inferior y de territorio más restringido, son: el *Supremo Tribunal de Justiça* (competencia nacional), los *tribunais da Relação* (audiencias territoriales) (uno por distrito judicial y dos en el distrito judicial de Oporto) y los *tribunais judiciais de comarca* (primera instancia).

De la jurisdicción administrativa forman parte los tribunales administrativos y tributarios (primera instancia), los tribunales centrales administrativos (Norte y Sur) y el *Supremo Tribunal Administrativo* (con competencia en todo el territorio nacional).

puo' chiedere alle sezioni unite della Corte di cassazione che risolvano le questioni di giurisdizione di cui all'articolo 37.

L'istanza si propone con ricorso a norma degli articoli 364 e seguenti, e produce gli effetti di cui all'articolo 367.

La pubblica amministrazione che non e' parte in causa puo' chiedere in ogni stato e grado del processo che sia dichiarato dalle sezioni unite della Corte di cassazione il difetto di giurisdizione del giudice ordinario a causa dei poteri attribuiti dalla legge all'amministrazione stessa, finche' la giurisdizione non sia stata affermata con sentenza passata in giudicato."

³²⁰ Artículo 209 de la Constitución de Portugal:

"1. Además del Tribunal Constitucional, existen las siguientes categorías de Tribunales:

1. El Tribunal Supremo de Justicia y los Tribunales judiciales de primera y de segunda instancia;
2. El Tribunal Supremo Administrativo y los demás Tribunales administrativos y fiscales;
3. El Tribunal de Cuentas.

2. Pueden existir Tribunales marítimos, Tribunales arbitrales y Juzgados de paz.

3. La ley determina los casos y las formas en los que los Tribunales previstos en los apartados anteriores pueden constituirse, separada o conjuntamente, en Tribunales de conflictos.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en cuanto a los Tribunales militares, está prohibida la existencia de Tribunales con competencia exclusiva para el enjuiciamiento de ciertas categorías de delitos."

Los conflictos jurisdiccionales entre órganos judiciales son resueltos por un *Tribunal de Conflitos*, regulado por ley.³²¹

Hasta 1924, la resolución de los conflictos de competencia entre las autoridades administrativas y judiciales se dejaba en manos del Tribunal Supremo Administrativo, que no tenía competencia propia.

En el año en que se aprueba y entra en vigor la Constitución de 1933, comienza un nuevo período en la organización de la justicia administrativa en Portugal, a través del Decreto que se aplicará como Decreto-Ley número 23.185, de 30 de octubre de 1933 se crea el Tribunal de Conflictos portugués presidido por el presidente del Tribunal Supremo Administrativo.

Dicho Tribunal está compuesto por tres jueces de *la Sección Contencioso Administrativo* del Tribunal Supremo Administrativo y tres jueces de la Corte Suprema de Justicia, seleccionados para cada caso. El presidente de este tribunal es el presidente del Tribunal Supremo Administrativo, que sólo vuelve en caso de empate.

La reforma del año 2019 supuso la modificación de la composición del Tribunal de Conflictos pasando de 6 jueces a 2 y la compartición de su presidencia entre presidente del Tribunal Supremo Administrativo y el presidente del Tribunal Supremo de Justicia que sólo continúa votando en caso de empate.³²²

5.- DESARROLLO HISTÓRICO DE LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: DE LAS JUNTAS DE COMPETENCIAS A LA LOPJ Y A LA LEY ORGÁNICA 2/1987, DE 18 DE MAYO, DE CONFLICTOS JURISDICCIONALES.

En la actualidad, no disponemos de ninguna referencia ni expresa ni presunta en nuestra Carta Magna; única y exclusivamente partimos de la previsión de los artículos 38 a 41 de la LOPJ así como su desarrollo mediante la Ley

³²¹ Lei n.º 91/2019, de 04 de Setembro do regime da resolução dos conflitos de jurisdição entre os tribunais judiciais e os tribunais administrativos e fiscais, regulando a composição, a competência, o funcionamento e o processo perante o tribunal dos conflitos.

³²² Artículo 2.1 y 2.2 de la Ley 91/2019: "1. O Tribunal dos Conflitos é composto por um presidente e por dois juízes, determinados nos termos dos números seguintes.
2. O Tribunal dos Conflitos é presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça ou pelo Presidente do Supremo Tribunal Administrativo, consoante a última das decisões que originam o conflito ou a decisão recorrida tenha sido proferida, ou a consulta tenha sido submetida, respetivamente, por um tribunal judicial ou por um tribunal da jurisdição administrativa e fiscal."

Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de conflictos jurisdiccionales, pero: ¿Qué camino se ha seguido para llegar hasta la presente regulación y denominación?

A continuación, se hace necesario trazar la línea que va desde los inicios de la regulación de los conflictos jurisdiccionales hasta la regulación actual.

Hemos visto como en el Antiguo Régimen español no existía una delimitación clara entre el estamento judicial y la Administración por lo que, a diferencia de la Francia prerrevolucionaria, no existió el grado de desconfianza hacía el poder judicial.

En Francia los revolucionarios partían de una clara desconfianza frente a los tribunales donde prevalecía la concepción administrativa de la justicia, en el caso español no fue así.³²³

Durante una primera etapa (siglos XVI y XVII) coexistían los diferentes Consejos reales con sus diferentes competencias legislativas, administrativas y judiciales y numerosas Juntas para agilizar el régimen del despacho³²⁴, dando paso, en los albores del siglo XVIII, a los secretarios de Estado y de

³²³ LOZANO, Blanca, en "Los conflictos entre la Administración y los Tribunales: perspectiva histórica y nueva configuración", RAP número 118, enero-abril 1989, (página 186), dice: "En el Antiguo Régimen español no se dio, como en Francia, una delimitación clara entre el Estamento judicial y la Administración regia, no existiendo, por tanto, una tradición de desconfianza hacia los Tribunales de Justicia."

Del mismo modo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo Baquer en "Unidad de jurisdicción para la Administración pública", RAP número 49 de enero-abril de 1966, (página 152), al decir: "Está por demostrar hasta qué punto la enemiga hacia el Poder judicial -como auténtico poder-, enemiga por parte de otros Poderes existentes en una determinada comunidad, pudo tener en España mínimamente el sentido que tal contraposición tuvo en Francia al hilo de la Revolución francesa. Está por demostrar, digo, porqué así como el fenómeno se ha probado suficientemente en relación con Francia, en cambio, en relación con España no se ha llegado, que yo sepa, a valoraciones concluyentes."

En idéntico supuesto que los anteriores PARADA VÁZQUEZ, José Ramón Parada en "Los conflictos entre la Administración y los Tribunales", RAP número 84, 1977, (página 558): "Frente a lo expuesto sobre el Derecho francés y su recepción, aquí la verdad es que la tradición del Derecho español no obedecía a un principio de desconfianza hacia los Tribunales ordinarios. No hay en nuestro Antiguo Régimen, en nuestras Audiencias y Consejos ni una sombra siquiera del soberbio poder de los Parlamentos judiciales, ni una delimitación tan precisa de la organización y funciones judiciales."

³²⁴ Lo que se denominó el régimen polisindial o de Consejos, según ESCUDERO, José Antonio, en "Curso de Historia de Derecho", 2ª edición, Madrid, 1995, (página 739).

Despacho mediante la sustracción de determinados asuntos a los primeros³²⁵, hasta la transformación por las Cortes de Cádiz con las diferentes Audiencias, Jueces de partido y creación del Tribunal Supremo.³²⁶

Asimismo, en el Antiguo Régimen existían un gran número de jurisdicciones que guardaban unos fueros privilegiados (jurisdicción ordinaria, militar, mercantil, eclesiástica, episcopal e inquisitorial) por lo que, por ejemplo, tal y como hemos visto, la Constitución de Cádiz de 1812 no se preocupó por la independencia de la Administración frente al poder judicial, sino que trató de unificar los fueros existentes.³²⁷

El problema de atribución entre los Tribunales y la Administración no se plantea en términos de la división de poderes por cuanto ambos “poderes” son uno solo y considerados como parte integrante del poder ejecutivo y, por ello, será una simple decisión del Monarca quien atribuya a uno u otro la competencia de un determinado asunto contencioso.³²⁸

³²⁵ ESCUDERO, José Antonio, “Curso...”, op. cit. (página 748): *“Y como frente al repudiado régimen de los Consejos, colegial y poco operativo, existía ya ese secretario del Despacho, unipersonal y eficiente, la solución fue simple: potenciar al secretario de Despacho a costa de unos Consejos que subsisten cada vez con menores atribuciones, e ir dividiendo aquel único departamento hasta arbitrar un sistema de secretarios del Despacho que entiendan de los sectores de la administración antes encomendados a los Consejos.”*

³²⁶ ESCUDERO, José Antonio, “Curso...”, op. cit. (página 934).

³²⁷ LOZANO, Blanca, en “Los conflictos entre la Administración y los Tribunales: perspectiva histórica y nueva configuración”, RAP número 118, enero-abril 1989, (página 187): *“Esta situación explica que en la Constitución de Cádiz de 1812 no existiera la preocupación por salvaguardar la independencia de la Administración frente al poder judicial, sino por acabar con los fueros privilegiados y los señoríos jurisdiccionales, proclamándose que “en los negocios comunes, civiles y criminales, no habrá más que un solo fuero para toda clase de personas (art. 248 de la Constitución de 18 de marzo de 1812).”*

³²⁸ Según NIETO, Alejandro Nieto, en “Los orígenes de lo contencioso administrativo en España”, RAP número 50, 1966, (página 34): *“Quedamos, pues, que en el Derecho constitucional español -a diferencia del francés- no existe una oposición forzada, una alternativa, entre el Poder judicial y el Poder administrativo, sino que, por encontrarse ambos bajo la suprema autoridad del Monarca, corresponde a éste decidir libremente, y por razones de oportunidad, a cuál de las dos Organizaciones -a la Judicial o a la Administrativa- conviene entregar el conocimiento de las cuestiones contencioso-administrativas.”*

En el mismo sentido la profesora LOZANO, Blanca, citando a Colmeiro, en “Los Conflictos entre...”, op. cit., (página 189): *“Pero cualquiera que sea la solución adoptada, Administración y Tribunales van a ser dos funciones integradas en el Poder Ejecutivo, de tal forma que es el Rey, en cuanto “jefe supremo del poder ejecutivo, es decir, superior común de todas las autoridades así del orden administrativo como del judicial”, quien “en este concepto dirime las competencias de jurisdicción y de atribuciones”.*

5.1.- La solución de conflictos entre Consejos, las Juntas de Competencias y la Junta General de Competencias (de 1625 a 1844).

Hemos visto como en el Antiguo Régimen existen diferentes órganos con competencias similares (los diferentes Consejos y Juntas) hecho que, como no podía ser de otra forma, originó conflictos de atribuciones y de competencias a diferentes niveles, así como se utilizaron para otros fines.³²⁹

Para solucionar los conflictos existentes entre los diferentes órganos con competencias similares se constituyó la Junta General de Competencias, el profesor José Antonio Escudero lo relata del siguiente modo:

“La proliferación de Consejos y Juntas concurrentes en muchas materias, con gentes que salían de las reuniones de unos organismos para entrar en las de otros, condujo lógicamente a múltiples conflictos de jurisdicción y competencias que afectaron especialmente a los Consejos de Castilla e Inquisición. Estos conflictos, más agudos en el reinado de Felipe IV por la misma proliferación de Juntas, fueron calificados por Olivares como el mayor embarazo existente en el gobierno de la monarquía. Para resolverlo se crearon diversas Juntas de Competencias, y en 1625 el propio valido instituyó una muy importante de la que formaba parte un consejero por cada Consejo, algunos secretarios y otros miembros de las juntas especiales más afectadas por los conflictos (por ejemplo Junta de Obras y Bosques, Junta del Bureo). En todo caso, la labor de esa Junta de Competencias no debió resultar muy satisfactoria, pues a instancias del Consejo de Castilla fue suprimida en 1643.”³³⁰

En el mismo sentido, el profesor Feliciano Barrios:

“La participación de todos los Consejos del carácter de supremos conduce a la inexistencia de una verdadera jerarquía sinodal, que no fuera la puramente ceremonial, de manera que permitiera la prevalencia de las actuaciones de unos órganos sobre las de los otros. Esto unido a la interacción conciliar sobre un mismo ramo administrativo, sin atribución clara a un determinado Consejo, o que fuera pretendido como propio por alguno de ellos, conducía a permanentes fricciones, siendo esta una de las principales disfunciones del régimen polisinodial. El monarca, como cabeza de la administración de la Monarquía, y muy directamente de las instituciones radicadas en la Corte, se constituye en órgano dirimente de estos enfrentamientos, y, para ello, se va a servir de determinados mecanismos, que implican su participación directa.”³³¹

Según el profesor Feliciano Barrios estos sistemas de resolución de conflictos son los siguientes, a saber:

³²⁹ Tal y como relata ESCUDERO, José Antonio, “Curso...”, op. cit. (página 739): “Las Juntas proliferarán durante el siglo XVII y, en especial, durante el reinado de Felipe IV, convirtiéndose ocasionalmente en instrumento de los validos -singularmente Olivares- para gobernar al margen del más complejo aparato de los Consejos.”

³³⁰ ESCUDERO, José Antonio, “Estudios de Historia del Derecho”, BOE, 2016, (página 354).

³³¹ BARRIOS, Feliciano, en “La gobernación de la monarquía en España. Consejos, Juntas y Secretarios de la Administración de Corte (1556-1700)”, BOE, 2015, (páginas 396 a 410).

a.-) Decidiendo de forma personal, mediante un mandato soberano, a qué órgano sinodal compete un determinado asunto, excluyendo con su decisión, la participación de otro u otros.

b.-) Constituyendo Juntas intersinodales de los órganos afectados por la disputa. Este sería el procedimiento generalmente utilizado, cuando no existía la Junta de Competencias.

c.-) Ordenando concordias entre Consejos enfrentados por cuestiones de competencias. En alguna ocasión, el mandato regio implica a varios de los más importantes Consejos de la Monarquía.

d.-) Encargando a unos comisionados regios se junten, a fin de dirimir una competencia entre organismos o de coordinar sus actividades en campos no bien delimitados.

Esta cuádruple mecánica se vio complementada, cuando no eliminada, durante un período, si bien interrumpido, por la presencia de la llamada Junta Grande de Competencias, cuya creación, en 1625, vino a suponer una solución sinodal a los conflictos entre Consejos.

El nuevo organismo, de denominación ya utilizada en Juntas ad hoc destinadas a resolver conflictos, tiene su origen en la inquietud del monarca por solucionar las disputas conciliares, que tanto perturbaban la buena marcha de los negocios públicos.

Su constitución se había insinuado ya en el Real Decreto de 14 de junio de 1625, en el que el Rey pedía al Consejo de Castilla que le propusiera los medios más oportunos para la resolución de las citadas disputas. La nueva Junta estaría compuesta por un ministro de cada Consejo, y por quien ostentara en cada momento el cargo de Comisario general de la Santa Cruzada, participando, además, en sus sesiones, los secretarios conciliares que tuvieran los papeles relativos a la competencia a solventar.

El régimen de solución de conflictos intersinodales, previsto en 1625 con la creación de la Junta de Competencias, no eliminó mecanismos que venían ejercitándose con anterioridad, como era el preceptivo intento de resolverse el conflicto por avenencia entre los órganos interesados.

Dicha Junta General de Competencias desapareció en 1643 por un Real Decreto de 12 de mayo de ese mismo año si bien se constituyó de nuevo por Real Decreto de 13 de febrero 1656. Dicha desaparición, en parte, obedeció a la oposición central del Consejo de Castilla que vio en la Junta General un

competidor en aras a la resolución de ciertos conflictos de poder o de competencias.

Entre la Junta de Competencias de 1625 y la de 1656 se diferenciaban en que en la primera los autos producidos por la Junta, en resolución de una competencia suscitada ante la misma, tenían carácter ejecutivo, sin necesidad de elevar la oportuna consulta al Rey, y *“sin que haya de haber lugar a suplicación u otro recurso”*, en 1656 se establecía que el monarca había de ser consultado en relación a lo decidido por la Junta, *“y si hubiese votos singulares, se le diese cuenta de ello”*. Razonaba el monarca, en el Real Decreto de nueva creación, el mal resultado de haber vuelto en 1643 al antiguo modo de resolución de competencias, mediante el intento de concordia entre los Consejos enfrentados: *“... , caminaba el despacho con celeridad, y votaban y resolvían dichas competencias sin necesidad de darme cuenta, si no en algunos casos particulares, con que corriendo los negocios se castigaban con presteza los delitos, porque con la declaración de la competencia se daba juez competente que sin embarazo pudiese conocer de la causa que ocurría; lo cual es hoy bien al contrario, porque cualquiera que pretenda hoy dilatar el castigo de los delitos que comete, se vale de formar la competencia para la remisión de los papeles, se gasta mucho tiempo, y después para juntarse los ministros de cada tribunal, como no hay día fijo, ni señalado, se pasa largo espacio por las ocupaciones de dichos ministros, y por enfermedades, y otros accidentes, y cuando se viene a votar, por no haber conformidad de votos, se me consultan por los dos de cada Consejo los motivos de la defensa de la jurisdicción.”*

De nuevo surgió la oposición del Consejo de Castilla a un órgano al que siempre vio como un enemigo y, finalmente, un Real Decreto de la Reina gobernadora, Mariana de Austria, de 22 de noviembre de 1665, extinguió la Junta de Competencias, regresando al antiguo sistema, para la resolución de las controversias de jurisdicción intersinodales.

Llegado a este punto, la extinción de la Junta de Competencias y el regreso al antiguo sistema, encontramos la pista histórica en la Ley XV, Título I, Libro IV de la Novísima Recopilación (incluidas sus notas) donde el profesor Eduardo García de Enterría ve como un ejemplo de regulación de un sistema de conflictos o competencias entre diversas Jurisdicciones y entre los Ministerios de Estado y del Despacho.³³²

³³² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, en *“Curso de Derecho Administrativo”*, Volumen I, Capítulo IX, (página 499). *Ley XV, Título I, Libro IV: “He resuelto , que para evitar las dilaciones , que por el método establecido (4 hasta 15) se han experimentado hasta aquí en dirimir las competencias suscitadas entre las diversas Jurisdicciones, se observe por punto general en adelante , el que por los Ministerios de Estado y del Despacho , á quienes correspondan los asuntos ó causas que dieren lugar á competencias, se pidan los autos formados por las diversas Jurisdicciones, y se pasen reunidos á informe del Ministro ó Ministros Togados que se elijan para el caso; y en vista de lo que expusieren, se me dé cuenta para que recaiga mi Soberana determinación.”*

Del mismo modo el profesor Lorenzo Martín-Retortillo Baquer hace expresa referencia a dicha norma del monarca Carlos IV de 1802-1803 y afirma que refleja una evidente situación de Antiguo Régimen puesto que la resolución residía, en último término, en las manos del monarca.³³³

Merece especial atención, y por dicho motivo nos detendremos en ella, la Ley XV, Título I, Libro IV de la Novísima Recopilación (incluidas sus notas) para poder observar la situación normativa posterior a 1665.

Dicha Ley de 1803 regulaba el nuevo método que ha de observarse para la decisión de competencias entre diversas Jurisdicciones:

“He resuelto, que para evitar las dilaciones, que por el método establecido (4 hasta 15) se han experimentado hasta aquí en dirimir las competencias suscitadas entre las diversas Jurisdicciones, se observe por punto general en adelante, el que por los Ministerios de Estado y del Despacho, á quienes correspondan los asuntos ó causas que dieren lugar á competencias, se pidan los autos forma dos por las diversas Jurisdicciones, y se pasen reunidos á informe del Ministro ó Ministros Togados que se elijan para el caso; y en vista de lo que expusieren, se me dé cuenta para que recaiga mi Soberana determinación”.

Las notas a dicha Ley (notas de la 4 a la 15) constituyen un compendio de la regulación existente hasta la fecha, en ellas se cita la normativa aprobada en relación al nombramiento de jueces de competencias, el modo de proceder en la resolución de las contiendas entre jurisdicciones o el órgano resolutorio.

Asimismo, bajo el reinado de Felipe V, por Real Decreto de 16 de octubre de 1722, se instauró un sistema denominado de “quinto ministro”.³³⁴ En el año

³³³ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “Entorno al sistema español de conflictos jurisdiccionales” en REDA, número 9, 1976, (página 223).

³³⁴ Ver la nota 5 y 10 a la Ley XV de la Novísima Recopilación:

(5) En posterior Real Decreto de 16 de octubre de 1722, se estableció, que todas las competencias se determinasen por cinco Ministros, concurriendo; con los cuatro destinados para ellas, otro más que nombrase S. M. para cada una que se ofreciese; á cuyo fin, luego que estuviese formada, se le hiciera presente por los que presidiesen los Consejos que la formasen, para que con esta noticia pasase S.M. á la elección del quinto Ministro, y se determinase la competencia, dándole cuenta de su decisión ántes de publicarla.

(...)

(10) Por otra Real cédula de 3 de Junio de 1787, consiguiente á consulta resuelta del Consejo de 16 de Mayo anterior, y con referencia de las tres precedentes de los años de 76, 79 y 84, vino S. M. en mandar, que en las competencias entre las Justicias ordinarias y el Fuero militar se observasen las conferencias, oficios, y remision de autos en sus respectivos casos á los dos Consejos de Castilla y Guerra por los Tribunales, subalternos y dependientes de ellos, para que se terminaran por conferencia de los Fiscales; y que el de Guerra no pudiese por si solo decidir la competencia, pues, en caso de discordar los Fiscales, se siguiesen en la Junta de competencias, nombrándose el quinto Ministro segun

1721 existían cinco ministerios (Estado, Guerra, Marina-Indias, Justicia y Hacienda)³³⁵, dicho sistema consistía en encomendar la decisión de las competencias a cinco ministros, el quinto de los cuales era designado por el monarca.³³⁶

Otro aspecto distinto es el conflicto existente en la Baja Edad Media entre la jurisdicción papal y la jurisdicción regia que entró en conflicto en varias ocasiones y por diferentes situaciones, por ejemplo, en cuanto a la designación de obispos o disputas de propiedades. Dichos conflictos subsistieron a lo largo de los años chochando la jurisdicción eclesiástica con la jurisdicción secular.³³⁷

Con posterioridad a la regulación de 1803 siguieron otras normas con el mismo principio de resolución a favor de una junta con un contenido más o menos variado y con alguna excepción.³³⁸

estilo, y disposicion de los Reales decretos de los años de 1715 y 22, sin molestar la Real atención, á no mediar caso gravísimo que exigiese nueva regla."

³³⁵ ESCUDERO, José Antonio, "Curso de Historia del Derecho", 2ª edición, Madrid, 1995, (página 749).

³³⁶ MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, en "Entorno al sistema...", op. cit., (página 223).

³³⁷ ESCUDERO, José Antonio, "Curso...", op. cit., (páginas 594, 595, 774 y 775) en dichos supuestos la resolución de dichos conflictos se resolvió mediante las llamadas concordias, o acuerdos que delimitaban las esferas de jurisdicción.

³³⁸ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo en la recensión a la obra de FERNÁNDEZ, Tomás Ramón y ALFONSO SANTAMARÍA, Juan "Legislación administrativa española del siglo XIX, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid 1977" publicada en la Revista Española de Derecho Administrativo, número 14, 1977 (páginas 528 y 529) cita las diferentes normas publicadas con posterioridad a la Constitución de 1812. Una excepción es el Estatuto de Bayona (con escasa aplicación) que atribuyó al Consejo de Estado y al Rey el reconocimiento de las competencias de jurisdicción entre los Cuerpos Administrativos y Judiciales: "artículo 58: Conocerá de las competencias de jurisdicción entre los cuerpos administrativos y judiciales, de la parte contenciosa, de la administración y de la citación a juicio de los agentes o empleados de la administración pública." Si bien dicha regulación y atribuciones no se desarrollaron ni hubo mención expresa en el Decreto de 2 de mayo de 1809 del reglamento para el Consejo de Estado.

Según NIETO, Alejandro en "Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España", RAP 50, 1966 (páginas 29 y 30): "La Constitución de Bayona pretendió romper con esta situación, introduciendo en los artículos 57 y 58 el sistema francés de lo contencioso-administrativo y de su Consejo de Estado, pero sin que el principio llegara a ensayarse siquiera, como es sabido, en razón a las circunstancias políticas del momento."

Así, la Constitución de 1812 tampoco hace referencia a los posibles conflictos entre la Administración y los Tribunales.³³⁹

En la Real orden de 4 de diciembre de 1819, a petición y clamor de sus amados vasallos, Fernando VII reinstauró la Junta de Competencias para dirimir las competencias entre distintas autoridades.³⁴⁰

Cinco años más tarde, la Real orden de 24 de febrero de 1824 decreta la renovación de la regulación de 25 de diciembre de 1819 con copia literal de dicha norma.³⁴¹

Posteriormente, ya en la regencia de la reina María Cristina, como consecuencia de la supresión de los Consejos de Castilla e Indias³⁴², se dictó el Real Decreto de 26 de mayo de 1834 fijando las atribuciones del supremo Tribunal de España é Indias decretando que fuera una sala del Tribunal supremo quien dirimiera las discordias pendientes.³⁴³

³³⁹ Según PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, en "Los Conflictos entre la Administración y los Tribunales", RAP número 84, 1977, (página 558): "*Los gaditanos piensan el Estado más desde la perspectiva del Juzgado que desde la del Ministerio.*"

GARRIDO FALLA, Fernando en "La evolución del recurso contencioso-administrativo en España", RAP número 55, de 1968, (página 14): "*Se abre así un paréntesis en nuestra Historia, paradójica secuela del constitucionalismo, durante el cual los españoles no tuvieron a su alcance ni los tradicionales u relativos remedios del régimen absolutista, ni los de unos Tribunales administrativos que no habían nacido todavía.*"

³⁴⁰ Gaceta de Madrid: núm. 148, de 02/12/1819, (páginas 1.235 a 1.236): "*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 ordenes; (...)ha venido en mandar que desde luego se forme una Junta de Competencias presidida por V. E, cuándo tenga por oportuno concurrir á ella , y compuesta de dos ministros 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 corresponda...*"

³⁴¹ Decretos del rey nuestro señor Fernando VII, Tomo VIII, (páginas 214 y 215).

³⁴² La supresión tuvo lugar mediante Real Decreto de 24 de marzo de 1808, Gaceta de Madrid, núm. 37, de 25/03/1808, (página 1)

³⁴³ Dicho Real Decreto se publicó en la Gaceta de Madrid, núm. 98, de 29/05/1834, (página 443).

Dicha regulación, en su preámbulo, justificaba su creación de la siguiente manera:

“Concentrada en los Consejos y Cámaras de Castilla é Indias la acciones, gubernativa, económica y judicial de todos los dominios de estos reinos, eran tan numerosas y de índole tan distinta sus atribuciones, y tal el cúmulo de negocios pendientes de su conocimiento y decisión, que al poner en ejecución mis decretos de 24 de Marzo último, por los que tuve á bien suprimir dichos cuerpos, creando en su lugar el Consejo real de España é Indias y el supremo Tribunal de España é Indias (...), como en orden á los que de nuevo ocurriesen para deslindar convenientemente la acción judicial y la administrativa.”

Unos días más tarde, se aprobó el Real Decreto de 29 de mayo de 1834 que restituyó la Junta de Competencias derogada como consecuencia de lo decretado el 24 de marzo de 1834. Dicha Junta de Competencias era presidida por el presidente del Tribunal supremo de España e Indias compuesto de ocho miembros (dos miembros de los tres Tribunales supremos - Tribunal supremo de España e Indias, Tribunal supremo de Guerra y Marina y Tribunal supremo de Hacienda y dos del Consejo Real de las Órdenes militares).³⁴⁴

5.2.- Del Real Decreto de 6 de junio de 1844 a la Ley de 17 de julio de 1948.

El eco de la Revolución francesa de 1789 y el fin del Antiguo Régimen llegó con retraso en los territorios españoles.

³⁴⁴ Dicho Real Decreto se publicó en la Gaceta de Madrid, núm. 100, de 31/05/1834, (página 451):

“Suprimidos los antiguos Consejos por mi Real decreto de 24 de Marzo último, lo ha quedado también la suprema junta de Competencias creada por Real orden de 24 de Febrero de 1824. Y como la experiencia ha demostrado los ventajosos resultados de esta institución, cuyo objeto es remover los obstáculos que, embarazan la acción de la justicia por el encuentro de jurisdicciones privilegiadas ó de tribunales que reconocen distintos superiores; en tanto que se organiza completamente el sistema judicial de toda la monarquía oído el Consejo de Gobierno, he venido en mandar, en nombre de mi muy cara y amada Hija Doña Isabel II 1º Se establece una nueva junta suprema de Competencias, con las atribuciones que tenía la anterior. 2º Conocerá y decidirá además de todas las competencias que ocurran entre juzgados ordinarios ó privilegiados, y los del patrimonio Real. 3º Será presidente de ella el del Tribunal supremo de España é Indias, y se compondrá de dos ministros de cada uno de los tres Tribunales supremos, y dé otros dos del Consejo Real de las Ordenes militares. 4º El escribano de Cámara más antiguo del Tribunal supremo de España é Indias, será secretario de la junta; y los relatores del mismo, y los de los demás Tribunales supremos y Consejo de las Ordenes, alternarán en el despacho de los negocios en la propia forma que lo hacían los de los antiguos Consejos.”

En efecto, el ocaso del Antiguo Régimen tuvo su inicio en 1808 con el motín popular contra el favorito Godoy y la posterior abdicación de Carlos IV a favor de su hijo Fernando y la posterior devolución del trono al primero para que éste se lo diera a Napoleón.

Dicha época supuso unos movimientos políticos, sociales, jurídicos y económicos de vértigo (Guerra de la Independencia, reinado Fernando VII, regencia minoría edad de Isabel II, gobierno de Isabel II, sexenio revolucionario, primera República y la Restauración).³⁴⁵

Como hemos visto, en un primer momento la Constitución o Estatuto de Bayona de 1808 (que careció de vigencia) en su artículo 58 atribuyó al Consejo de Estado el conocimiento de las competencias de jurisdicción entre los cuerpos administrativos y judiciales.³⁴⁶

Posteriormente ni la Constitución de Cádiz de 1812, ni el Estatuto Real de 1834, ni la Constitución de 1837 o 1845 regularon el conocimiento de la resolución de dichas diferencias jurisdiccionales.

En lo que atañe a la materia objeto de estudio nos situamos en la década moderada (1844-1854) que se inicia con el triunfo absoluto de Narváez en las elecciones a Cortes de 1844 lo que iniciaba el primer gran ensayo de centrismo político³⁴⁷ y a las puertas de la Constitución de 1845.

a.-) El Real Decreto de 6 de junio de 1844.

En el marco del anterior contexto, en el inicio de una década moderada, se aprueba el Real Decreto de 6 de junio de 1844 por el que se determina las reglas que han de observarse en las contiendas de jurisdicción y atribuciones entre las autoridades administrativas y los jueces y tribunales comunes que dictó unas reglas “*sencillas y generales*” para dirimir las contiendas de atribución y jurisdiccionales “*tan frecuentes e inevitables*” mientras se realiza la creación de un alto cuerpo consultivo a quien compete entender en esta clase de asuntos.

³⁴⁵ ESCUDERO, José Antonio, “Curso...”, op. cit., (páginas 809 a 823).

³⁴⁶ Artículo 58 de la Constitución de Cádiz: “*Conocerá de las competencias de jurisdicción entre los cuerpos administrativos y judiciales, de la parte contenciosa, de la administración y de la citación a juicio de los agentes o empleados de la administración pública.*”

³⁴⁷ ESCUDERO, José Antonio, “Curso...”, op. cit., (páginas 816 y 817).

Con un cuerpo compuesto por diez artículos se inició el camino de la resolución de conflictos jurisdiccionales en nuestro ordenamiento jurídico si bien, como hemos visto, dicha regulación no fue la primera.

Dicha regulación se aprobó con un marcado sentido transitorio a la espera de la posterior regulación y atribución a un *“alto cuerpo consultivo”*.

La legitimación activa en dichas contiendas correspondía única y exclusivamente al *“gefe político”*, esto es, a la autoridad administrativa de la Administración creada *ex novo*³⁴⁸ por la Constitución de Cádiz de 1812 que, en su artículo 324 establecía que: *“El gobierno político de las provincias residirá en el jefe superior, nombrado por el Rey en cada una de ellas.”*

Las atribuciones y denominaciones del *gefe político* se concretaron en el capítulo III del Decreto de 23 de junio de 1813 que tuvo una corta vigencia (por Real Decreto de 15 de junio de 1814 se suprimieron las diputaciones) más tarde dichas atribuciones también oscilaron entre el 1823 y 1845.³⁴⁹

Asimismo, el recibimiento por parte del Juez o Tribunal del oficio del *“gefe político”* aperciendo de la existencia de un conflicto de jurisdicción suponía la suspensión inmediata e imperativa del procedimiento hasta la resolución de la contienda.

Dicha norma estableció que, en caso de que el Juez o Tribunal sustentara su jurisdicción y el *“gefe político”* sustentara la inhibición jurisdiccional, se remitiría la causa a los Ministerios de Gracia y Justicia y Gobernación, quienes

³⁴⁸ Aunque en 1810, bajo el mando de José Bonaparte, hubo la instauración de inspiración francesa de los prefectos por parte del Real Decreto de 17 de abril de 1810. La denominación de jefe político, en los artículos de la Constitución de 1812, se hallan en el Capítulo II: Del gobierno político de las provincias y de las Diputaciones provinciales.

³⁴⁹ Según ESCUDERO, José Antonio, en *“Curso de Historia del Derecho”*, segunda edición, Madrid, 1995, (páginas 922 y 923), después de su regulación inicial por parte de la Constitución de 1812 un Real Decreto de 23 de octubre de 1833, en paralelo a la reforma provincial de Javier de Burgos, reestructuró los órganos creando el subdelegado principal del Ministerio de Fomento como autoridad superior administrativa de la provincia, recibiendo la denominación de gobernador civil por un Decreto de 13 de mayo de 1834. La siguiente reforma tuvo lugar mediante la Ley de 8 de enero de 1845 sobre Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales donde vuelve a aparecer el jefe político, en la Ley para el gobierno de las provincias de 2 de abril de 1845 (Gaceta de Madrid, número 3860 de 09/04/1845) donde se establece en su artículo 1 que para el gobierno de las provincias de la monarquía habrá en cada una de ellas una autoridad superior nombrada por el Rey, bajo la dependencia inmediata del ministerio de la Gobernación de la Península; esta autoridad conservará por ahora el título de gefe político. Dichos gefes políticos actuaban como delegados del poder Real (artículo 6) y estaban obligados a obedecer y cumplir las disposiciones y órdenes del Gobierno (artículo 7).

deberían ponerse de acuerdo, a falta de dicho acuerdo el asunto se sometería a criterio del Consejo de Ministros que, finalmente, propondría su parecer para su ulterior Real aprobación.

En definitiva, estamos ante la primera regulación “moderna” de conflictos jurisdiccionales donde el papel del poder judicial era, cuanto menos, testimonial, residiendo el poder de decisión en primer término al “*gefe político*” y, en último término, a la Corona a través de la propuesta del Consejo de Ministros.

Esta primera regulación “moderna” rompe con la tendencia de las normas anteriores en que la resolución del conflicto estaba en manos de las Juntas de Competencias y no, en último término, en el monarca.

b.-) Los Consejos provinciales y el Consejo Real.

En fecha 1 de enero de 1845 Isabel II sanciona la Ley de las Cortes en la que autoriza al Gobierno para “arreglar” la organización y fijar las atribuciones de los ayuntamientos, diputaciones provinciales, gobiernos políticos, consejos provinciales, y de un cuerpo o Consejo supremo de administración del Estado; poniendo desde luego en ejecución las medidas que al electo adopte, y dando después cuenta a las Cortes.³⁵⁰

En aplicación de dicha autorización la Reina, a petición del Consejo de Ministros, sancionó la Ley de 2 de abril de 1845 que reguló la organización y atribuciones de los Consejos provinciales en cuyas funciones destaca la de actuar como tribunales en asuntos administrativos cuyo ente superior era el Consejo Supremo de Administración del Estado.³⁵¹

En este momento las cuestiones administrativas y contencioso administrativas pasan a resolverse por la misma administración a través de un sistema basado en unos consejos provinciales como primera instancia cuya composición era eminentemente de carácter político³⁵² y de cuyas

³⁵⁰ Gaceta de Madrid, núm. 3860, de 09/04/1845, (página 1).

³⁵¹ Artículo 8 de la Ley de 2 de abril de 1845: “*Los consejos provinciales actuarán además como tribunales en los asuntos administrativos; y bajo tal concepto oírán y fallarán, cuando pasen á ser contenciosas, las cuestiones relativas: (...) 9º Entenderán, por último, los consejos provinciales en todo lo contencioso de los diferentes ramos de la administración civil, para los cuales no establezcan las leyes juzgados especiales, y en todo aquello á que en lo sucesivo se extienda la jurisdicción de estas corporaciones.*”

³⁵² Su presidente era el jefe político provincial, nombrado por el Rey y sometido al mismo y al gobierno, y sus vocales nombrados por el Rey.

resoluciones podían ser objeto de apelación (según la cuantía) ante el Consejo Supremo de la Administración del Estado.

En el mismo sentido, a los efectos de completar la regulación efectuada, por Ley de 6 de julio de 1845 se establecía la organización y atribuciones del Consejo Real como Consejo Supremo de la Administración del Estado.³⁵³

En el artículo 11.7 de dicha norma se estableció que el Consejo Real debería ser siempre consultado sobre las competencias de jurisdicción y atribuciones entre las autoridades judiciales y administrativas, y sobre las que se suscitasen entre las autoridades y agentes de la administración.

Además del carácter consultivo en relación a dichos aspectos de los conflictos jurisdiccionales dicha norma consolidó las atribuciones contenciosas en relación a los asuntos administrativos iniciados por los Consejos provinciales, en concordancia con lo establecido en la Ley de 2 de abril de 1845 de organización y atribuciones de los Consejos provinciales.

c.-) El Real Decreto de 4 de junio de 1847.

En fecha 4 de junio de 1847 se aprobó por Real Decreto las reglas generales y permanentes para sustanciar y dirimir las competencias de jurisdicción y atribuciones entre las autoridades judiciales y administrativas.³⁵⁴

El preámbulo de dicha norma explicó perfectamente el motivo de su aprobación que no es otro que ordenar, refundir y ampliar la normativa iniciada el 6 de junio de 1844 y las posteriores de 2 de abril (Consejos provinciales) y 6 de julio de 1845 (Consejo Real).

El Ministerio de Gracia y Justicia, en el preámbulo de la norma, reconoció que las competencias en el seno de la Administración eran incompletas (*"hallándose todavía incompleto el arreglo de la administración por no haberse deslindado y fijado con exactitud las facultades de los gefes políticos"*) y que los Consejos provinciales y el Consejo Real no eran efectivos.

Asimismo, reconoció que, junto al Consejo Real, se hizo un esfuerzo para analizar la legislación de otros pueblos más adelantados para dotar de mayor extensión y nuevos principios a la norma para evitar los abusos cometidos por la Administración bajo el amparo del Real Decreto de 1844 debido a las

³⁵³ Gaceta de Madrid número 3955 de 13 de julio de 1845, (página 1).

³⁵⁴ Gaceta de Madrid número 4648 de 6 de junio de 1847, (página 1).

amplias prerrogativas dadas a la Administración y, en concreto, al “*gefe político*” que, en malas manos, podían ser objeto de abuso de autoridad.

Analizando los pormenores del Real Decreto podemos afirmar que el mismo bebe, en gran parte, de las fuentes de la regulación francesa de 1828 si bien se adapta a la realidad administrativa nacional.

En efecto, el Real Decreto dejó claro que el órgano resolutorio no era otro que el Rey (artículo 1) en uso de sus prerrogativas constitucionales³⁵⁵ quien resolvería, de forma irrevocable, mediante Real Decreto a propuesta del Ministro de Gobernación o del Consejo de Ministros, previo dictamen (no vinculante) de la sección de Gracia y Justicia del Consejo Real.

Del primer apartado del artículo 3 del Real Decreto de 4 de junio de 1847 se extrae una de las principales prerrogativas que sobre el funcionamiento de la justicia ordinaria ostentó la Administración en nuestro sistema jurídico, prerrogativa copiada de la Ordenanza francesa de 1 de junio de 1828³⁵⁶ donde, tras prohibir con carácter general los conflictos en los juicios criminales, se estableció, como excepción, que la Administración podía plantear conflictos jurisdiccionales ante los Juzgados penales cuando en virtud de una atribución legal dicha autoridad administrativa tuviera reservada legalmente la imposición del castigo del delito o falta así como cuando dicha autoridad administrativa, en virtud de atribución legislativa, debiera resolver alguna cuestión previa, de la cual dependiera el fallo que los Tribunales ordinarios o especiales hubieran de pronunciar.

En dicha regulación, el único sujeto con legitimación activa para interponer un conflicto era la Administración si bien se ampliaban los órganos públicos con potestad para iniciarlo.

En efecto, en la regulación inmediatamente anterior el único órgano legitimado activamente para iniciar la contienda era el “*gefe político*” en la

³⁵⁵ Con la referencia a dichas prerrogativas constitucionales se refiere a las atribuciones generales establecidas en los artículos 42 a 48 de la Constitución de 1845 si bien no existe un artículo específico en dicha norma suprema en relación a la resolución de las contiendas entre Juzgados y Tribunales y Administración.

³⁵⁶ El artículo 1 de la Ordenanza de 1 de junio de 1828 establece que (la traducción es del autor): “1. En el futuro, el conflicto de jurisdicción entre los tribunales y la autoridad administrativa nunca será planteado en asuntos criminales. 2. No se podrá plantear conflicto en materia criminal excepto en los dos casos siguientes: a) cuando la sanción del delito sea atribuida por una disposición legal a la autoridad administrativa. b) Cuando el fallo que dicte el tribunal dependa de una cuestión preliminar, cuyo conocimiento pertenezca a la autoridad administrativa en virtud de una disposición legislativa, en cuyo caso el conflicto solo podrá establecerse en relación a la cuestión prejudicial.

regulación de 1847 el único órgano competente para promover el conflicto sigue siendo el “*gefe político*” pero las partes interesadas, así como el Ministerio Fiscal, podían plantear las declinatorias que creyeran convenientes.

Del mismo modo que la regulación anterior, una vez oídas las partes, si el conflicto seguía adelante, el Juzgado o Tribunal debía suspender el procedimiento y esperar todo el largo proceder hasta la resolución del asunto por desistimiento del “*gefe político*” o por resolución Real.

d.-) Del Real Decreto de 4 de junio de 1847 al Decreto de 8 de septiembre de 1887.

Mediante Real Decreto de fecha 28 de diciembre de 1849 se substituyeron los jefes políticos por los Gobernadores como autoridad civil superior en cada provincia, dichos Gobernadores de provincia gozaban de las mismas atribuciones que los Jefes políticos.³⁵⁷

Dicho cambio de denominación lo vemos plasmado en las posteriores normativas y, en lo que atañe a la materia objeto de estudio, lo vemos plasmado en las diferentes resoluciones posteriores, así como en la regulación de dichas contiendas en las provincias de ultramar.

En otro orden de cosas, existe una modificación en cuanto al órgano encargado de la consulta sobre resolución de los conflictos de jurisdicción puesto que, por Ley de 17 de agosto de 1860, se atribuirá al Consejo de Estado la función consultiva sobre la competencia positiva o negativa de jurisdicción y atribuciones entre Autoridades judiciales y administrativas, y sobre los conflictos que se susciten entre los Ministerios, Autoridades y Agentes de la Administración, así como se incluyeron las nuevas competencias del Consejo de Estado relativas al conocimiento de los recursos por abuso de poder o de incompetencia que podían promover los Jueces y Tribunales.³⁵⁸

³⁵⁷ En el artículo 5 del Real Decreto (Gaceta de Madrid, número 5631 de 30 de diciembre de 1849) se establece: “*Las atribuciones de los Gobernadores, en la parte política y administrativa, serán las mismas que han tenido los Jefes políticos*”.

³⁵⁸ El artículo 45 de la Ley de 17 de agosto de 1860 por la que se regula la organización y atribuciones del Consejo de Estado establece que corresponde al Consejo de Estado ser oído necesariamente y en pleno sobre la competencia positiva o negativa de jurisdicción y atribuciones entre las Autoridades judiciales y administrativas, y sobre los conflictos que se susciten entre los Ministerios, Autoridades y Agentes de la Administración (párrafo 9º), así como sobre los recursos de abuso de poder o de incompetencia que eleven al Gobierno las Autoridades del orden judicial contra las resoluciones administrativas.

Posteriormente, en consonancia con la regulación de las atribuciones del Consejo de Estado de la península, se aprobó el Real Decreto de fecha 4 de julio de 1861, por el que se regularon los Consejos de las provincias de Ultramar, cuyas atribuciones incluían las de informar sobre las competencias positivas y negativas de jurisdicción y atribuciones entre las Autoridades judiciales y administrativas, y la que se suscitasen entre las Autoridades y agentes de la administración, así como en su artículo 31 se remitía a una posterior reglamentación de dichos procedimientos que se aprobaron y publicaron en la misma fecha.³⁵⁹

En dicho Reglamento de fecha 4 de julio de 1861, aun cuando solo se aplicaban a las provincias de Ultramar, supuso un punto y aparte respecto la regulación anterior, esto es, la de 4 de junio de 1847.

En efecto, dicho reglamento difería de la regulación peninsular (donde aún seguía en vigor el Real Decreto de 4 de junio de 1847) por cuanto permitía a la Autoridad judicial elevar un recurso de abuso de poder o de incompetencia en concordancia con lo previsto en el artículo 45, párrafo décimo, de la Ley de 17 de agosto de 1860 del Consejo de Estado.

Dichas competencias, sobre todo las relativas al informe sobre los recursos de abuso de poder o de incompetencia promovidos por la Autoridad judicial, tenían un marcado acento francés.

PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, en su artículo “Los conflictos entre la Administración y los tribunales” RAP número 84 de 1977, (páginas 558 y 559) en relación a la novedad introducida por la Ley de 1860 dice:

“Si la regla del planteamiento unilateral del conflicto establecida en el Decreto de 4 de junio de 1846 obedecía a un mimetismo respecto al Derecho francés, contrario al judicialismo gaditano, no resulta sorprendente que, a seguidas, se trate de corregirla, arbitrando en favor de los Tribunales algún medio de defensa frente a las intromisiones administrativas en su función. Así, en la reforma del Consejo de Estado que opera la Ley de 17 de agosto de 1860, aparecerá consignado un recurso de abuso de poder o de incompetencia que eleven al Gobierno las autoridades del orden judicial contra las resoluciones administrativas (art. 45, apartado 10) sobre el que informaría el Pleno del Consejo de Estado. Lo singular del caso es que este recurso se arbitra oí margen del sistema de conflictos – en el que se sigue rigiendo la regla del planteamiento unilateral – y del sistema contencioso-administrativo, jurisdicción ejercida a través de la Sala de lo contencioso, y no del Consejo en Pleno. Parece ser que ante la falta de un procedimiento ad hoc, los jueces pretendieran hacer operativo el recurso por exceso de poder utilizando al efecto el procedimiento del sistema de conflictos, lo cual fue rechazado por el Real Decreto de 27 de mayo de 1870.”

³⁵⁹ El Real Decreto de 4 de julio de 1861 y su reglamento de la misma fecha se publicaron en la Gaceta de Madrid, número 194 de 13 de julio de 1861.

El recurso de abuso de poder o de incompetencia a favor de los Tribunales, que se instauró por Ley del 17 de agosto de 1860, quedó sin desarrollo normativo y no fue hasta la aprobación de la Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial de 30 de agosto de 1870 (artículos 290 a 297)³⁶⁰ así como la posterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (artículos 116 a 124) y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (artículo 51)³⁶¹ donde dicho recurso sufrió un cambio nominativo y pasó a llamarse recurso de queja.

Asimismo, no fue hasta la aprobación del Real Decreto de fecha 25 de septiembre de 1863, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley relativa al Gobierno y Administración de las provincias, donde se contemplaron las reglas de resolución de conflictos aplicables a la península y se sustituyó la regulación vigente desde el año 1847.³⁶²

En dicho reglamento (artículo 54) se mantuvieron intactas las prerrogativas de la Administración establecidas en el artículo 3 del Real Decreto de 4 de junio de 1847 así como se introdujeron las novedades observadas en la regulación de los conflictos en las provincias de Ultramar (recurso de abuso de poder) de 1861.

Cinco años después se unificaron las dos jurisdicciones y se declaró la plena jurisdicción de los Tribunales sobre los asuntos contenciosos.

En efecto, en primer lugar, el Decreto de 13 de octubre de 1868 suprimió la jurisdicción contencioso-administrativa que ejercía el Consejo de Estado y los Consejos provinciales y, en segundo lugar, se crearon, por Decreto de 16 de octubre de 1868, las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y de las Audiencias.

Asimismo, mediante la aprobación del Decreto de 26 de noviembre de 1868 se estableció la desaparición de la justicia retenida y, con ello, desapareció la posibilidad del planteamiento de un estricto conflicto de jurisdicción entre la

³⁶⁰ La Ley provisional sobre organización del poder judicial de 30 de agosto de 1870 se publicó en la Gaceta de Madrid números 259 a 263 del 16/09/1870 a los 20/09/1870 en concreto, el artículo 290 establece: *“Las autoridades judiciales sostendrán las atribuciones que la Constitución y las leyes les confieran contra los excesos de las autoridades administrativas por medio de recursos de queja que elevarán al Gobierno.”*

³⁶¹ Artículo 51: *“Respecto de las competencias que la administración suscite contra los Jueces o Tribunales de la jurisdicción ordinaria, y de los recursos de queja que estos pueden promover contra las Autoridades administrativas, se estará a lo que dispone la sección cuarta, título II, libro primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”*

³⁶² Dicho Real Decreto se publicó en la Gaceta de Madrid número 271 y 272 en fecha 28 y 29 de setiembre de 1863.

jurisdicción de los Tribunales y la jurisdicción administrativa (Consejos provinciales y Consejo de Estado) si bien dicho sistema de conflictos se mantuvo intacto a los efectos de dirimir las cuestiones de atribución entre dichas autoridades y preservar la Administración activa frente a las posibles intromisiones de los Tribunales, así se plasmó de forma bien clara en el preámbulo de dicho Decreto de 26 de noviembre de 1868.³⁶³

Posteriormente, tras el restablecimiento de la Monarquía constitucional, mediante Decreto de 20 de enero de 1875, se derogó el Decreto de 13 de octubre de 1868 y se retornó a la dualidad jurisdiccional y, con ello, se devolvió al Consejo de Estado las competencias sobre la jurisdicción contencioso-administrativa, del mismo modo que, debido a la desaparición de los Consejos provinciales, se atribuyeron a las Comisiones provinciales su conocimiento con carácter interino.³⁶⁴

Hasta ese momento, la normativa utilizada para resolver los conflictos siguió siendo la Ley y el Reglamento de fecha 25 de setiembre de 1863 siendo, por ello, necesario disponer de una nueva regulación de conflictos.

Dicha regulación no se llegó a materializar hasta la aprobación del Real Decreto de fecha 8 de septiembre de 1887 que mantuvo, prácticamente en los mismos términos, la regulación anterior y sus prerrogativas a favor de la Administración si bien actualizó su contenido a las diferentes Leyes aprobadas (Ley de Organización de las Diputaciones provinciales, Ley de Enjuiciamiento Civil y Enjuiciamiento Criminal, Ley Orgánica del Poder Judicial, etc.) así como aclaró otros aspectos discutidos (en especial, la

³⁶³ Gaceta de Madrid, núm. 332, de 27/11/1868, (páginas 1 a 4):

“No es de temer que la facultad que se atribuye al Tribunal Supremo para admitir las demandas contencioso-administrativas sin ulterior recurso de lugar, sean invadidas las funciones de la Administración activa. El ministerio fiscal es parte en todas las demandas en que tiene interés el Estado, y en casi todas las en que se interesa la Administración provincial ó municipal, y saldrá sin duda al encuentro de toda extralimitación del Tribunal, acudiendo á las Autoridades del orden Administrativo á quien corresponda promover la competencia, que en último resultado habrá de dirimir el Gobierno, después de oír en pleno al Consejo de Estado. No se descuidarán tampoco los particulares en los pocos casos en que no sea parte el ministerio fiscal: él que no lo haga, cúltese á sí mismo y sufra la pena de su negligencia, como sucede en toda clase de actuaciones judiciales.”

³⁶⁴ Gaceta de Madrid, núm. 21, de 21/01/1875, (páginas 171 a 172), en concreto, sus artículos 1 a 3 establecían:

“Artículo 1º Queda derogado el decreto de 13 de octubre de 1868 por el que se suprimieron la jurisdicción contencioso-administrativa y los Tribunales que la ejercían. Art. 2º Se restablecerá desde luego en el Consejo de Estado la Sección de lo contencioso. Art. 3º Por ahora, y sin perjuicio de lo que en adelante se determine, las Comisiones provinciales conocerán de los asuntos contencioso-administrativos en que entendían los suprimidos Consejos de provincia.”

prohibición impuesta a los Gobernadores de suscitar contiendas de competencia en materia criminal) así como añadió el conflicto negativo, hasta entonces inexistente (por ser, de algún modo, poco frecuente) y, finalmente, decayeron los recursos de abuso de poder o queja, por estar incluidos en las recientes normas procesales aprobadas (en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882).³⁶⁵

Posteriormente, al cabo de un año, se aprobó la Ley de 13 de septiembre de 1888, sobre el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley denominada Santamaría Paredes), que estableció un sistema mixto en el que la resolución de los asuntos contencioso-administrativos se atribuyeron a un Tribunal especial mixto (la mayoría de sus miembros provenían del Consejo de Estado y tres de ellos entre personas que reunían las mismas condiciones para ser Magistrados del Tribunal Supremo). Dicho órgano jurisdiccional mixto se integraba organizativamente dentro del Consejo de Estado. Asimismo, se crearon unos Tribunales provinciales mixtos (compuestos por miembros de las Audiencias territoriales y por dos Diputados provinciales con la condición de letrado).³⁶⁶

Con dicha normativa la Administración gozó de numerosas prerrogativas: así, en primer lugar, contaba a su favor con los miembros que formaban parte de dichos Tribunales y, asimismo, gozaba del beneficio de otras potestades.

En efecto, entre otras, la Administración podía servirse de la figura del Ministerio Fiscal para instar el recurso extraordinario de revisión por entender que el Tribunal adolecía de incompetencia o incurría en abuso de poder, dicho era resuelto por el propio Gobierno (artículo 103 y 104 de la Ley de 13 de septiembre de 1888), así como correspondía a la misma Administración la prerrogativa de la inejecución de sentencias por razones de interés público (artículo 84 de la Ley Santamaría Paredes).

La Ley de 13 de septiembre de 1888 fue reformada por la Ley de 22 de junio de 1894 y desarrollada por el Reglamento general para la ejecución de la Ley de 13 de septiembre de 1888 aprobado en la misma fecha de la Ley de reforma.

En esencia, la reforma actualizó y amplió ciertos aspectos de la Ley Santamaría Paredes sin modificar sus principios (como así se estableció en el

³⁶⁵ Dicho Real Decreto se publicó en la Gaceta de Madrid número 255 en fecha 12 de septiembre de 1887.

³⁶⁶ Ley publicada en la Gaceta de Madrid, núm. 258, de 14/09/1888, (páginas 773 a 778).

informe de la Comisión, de fecha 12 de diciembre de 1892, encargada de su modificación que se transcribió en el mismo preámbulo de la Ley).³⁶⁷

Posteriormente, mediante las disposiciones adicionales de la Ley de 5 de abril de 1904, el Tribunal contencioso-administrativo dejó de formar parte del Consejo de Estado y se integró en una Sala del Tribunal Supremo (si bien sus miembros eran Magistrados procedentes de la carrera administrativa en grado de Jefe superior de Administración), se derogó el artículo 84 de la Ley de 1888, relativo a la posibilidad de inejecución de sentencias, y lo sustituyó por otro en el que se redujeron las causas de inejecución de las resoluciones judiciales, así mismo se suprimieron los artículos 103 y 104 de la Ley de 1888 en lo relativo al recurso extraordinario de revisión.

A partir de la Constitución de 1869, por unos autores, y de la Ley de 13 de septiembre de 1888, reformada por la Ley de 5 de abril de 1904, refundidas ambas mediante el Decreto de 8 de febrero de 1952, por otros autores, fueron la base sobre la que se fundaron los cimientos de la jurisdicción contencioso administrativa, es en este punto donde podemos situar la separación del poder judicial respecto al poder ejecutivo y donde el primero obtiene el rango de poder independiente y separado del poder ejecutivo.³⁶⁸

³⁶⁷ La Ley y el Reglamento se publicaron en la Gaceta de Madrid, núm. 183, de 02/07/1894, páginas 17 a 37, el informe de la Comisión de reforma de 1892 consta en la página 17 a 19 de dicha publicación.

³⁶⁸ Según PARADA VÁZQUEZ, José Ramón en “Los conflictos...”, op. cit., (páginas 565 y 566) el poder judicial obtiene el rango de poder independiente del poder ejecutivo a partir de lo previsto en la Constitución de 1869 y las previsiones de la Ley orgánica del Poder judicial de 1870, así:

“La inadecuación constitucional del sistema de decisión regia de los conflictos comenzará, sin embargo, a partir del momento en que se eleva la Justicia a rango de poder independiente y separado del poder ejecutivo; cuando por obra de los demócratas radicales se comience a hablar de Poder Judicial, lo que tiene lugar en la Constitución de 1869, que liquida y supera la concepción del Rey como el superior jerárquico de la Administración de Justicia. Esta Constitución, en efecto, que servirá de apoyo y marco a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, distingue ya perfectamente entre el «poder ejecutivo que reside en el Rey y los ministros» (art. 35) y «el poder judicial que ejercen los Tribunales» (art. 36); ya no habla por otra parte «de la Administración de Justicia», y los Tribunales se vinculan directamente a la Ley y no a la potestad reglamentaria regia (arts. 75 y 91). Análoga fue, en líneas generales, la concepción sobre la justicia en la Constitución de 1931, y nada en ella hacía presumible que el presidente de la República siguiera ejerciendo la Jurisdicción de Conflictos”.

Por otro lado, NIETO, Alejandro Nieto en “Los orígenes...”, op. cit., (página 49), entiende que:

“De ordinario suele considerarse a esta Ley como una medida de importancia secundaria o formal, que se limitó a consagrar legalmente una situación que realmente ya existía. Lo cual es cierto; pero hay otros aspectos que no pueden ser pasados por alto, ya que son trascendentales: la Ley de 1904 no es una simple reforma formal, sino que implica la liquidación definitiva de un problema constitucional

Es en el marco de dichos antecedentes, y tras el paso de los años, donde el sistema de resolución de conflictos establecido en el Decreto de 8 de septiembre de 1887 seguía vigente a pesar de los profundos cambios sufridos en la relación entre el poder judicial y el poder ejecutivo y en el orden contencioso-administrativo.

Asimismo, es en el marco de un Estado bajo un régimen dictatorial cuando se aprueba la Ley de 17 de julio de 1948, reguladora del sistema de conflictos.

5.3.- La Ley de 17 de julio de 1948.

El Decreto de 8 de septiembre de 1887 fue derogado y sustituido por la Ley de 17 de julio de 1948, reguladora del sistema de conflictos. Dicha norma supone el antecedente más inmediato a la regulación actual de los conflictos jurisdiccionales.

El preámbulo de dicha Ley justifica su aprobación por la desaparición de órganos e instituciones en el seno del nuevo régimen político, por la inexistencia de regulación de los conflictos negativos y por la existencia de los conflictos interministeriales.³⁶⁹

que venía siendo la clave de toda la problemática del siglo anterior. La especialización de la jurisdicción contencioso-administrativa deja de ser la consecuencia de una peculiaridad temática esencial – la peculiaridad de la naturaleza de su objeto, el acto de la Administración revisado – para ser la simple consecuencia de la peculiaridad del Derecho aplicable, en el sentido de que por la dificultad de su manejo se impone el nombramiento de Jueces de competencia técnica especializada. Desaparece la sustancia constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa y sus Salas quedan asimiladas a las de la jurisdicción civil, sin otra peculiaridad que el orden de su procedimiento y la procedencia de los Magistrados que las componen.”

³⁶⁹ Dicha Ley se publicó en el Boletín Oficial del Estado de fecha 18 julio 1948, núm. 200, (página 3272), cuyo preámbulo reza:

“El Real Decreto de ocho de septiembre de mil ochocientos ochenta y siete, que regulaba la forma de plantear y decidir las contiendas jurisdiccionales que surgiesen entre la Administración y los Jueces o Tribunales ordinarios y especiales, además de referirse a órganos e instituciones que en parte han desaparecido en el régimen político del nuevo Estado español, apenas contenía preceptos legales aplicables a los conflictos negativos que se suscitasen entre ambos órdenes jurisdiccionales y dejaba totalmente carentes de regulación los conflictos interministeriales. (...)

Un injustificado recelo hacia los órganos de la jurisdicción judicial colocaba a los jueces y Tribunales en posición de inferioridad respecto a la Administración, puesto que no era dable a los primeros suscitar directamente conflicto jurisdiccional a ésta, debiendo limitarse a recurrir en queja al Gobierno cuando estimasen que alguna autoridad administrativa había invadido sus atribuciones sin que la facultad de promover tal recurso cupiese más que a los órganos de la jurisdicción ordinaria. (...) Como consecuencia de esta innovación, se modifica la terminología empleada, aplicando también el nombre de cuestiones de competencia a los que venían llamándose recursos de queja y con un deseo de

Dicha norma reguladora de los conflictos de jurisdicción trata de superar el injustificado recelo hacia los órganos de la jurisdicción judicial a los efectos de posibilitar el acceso de los conflictos a éstos. Asimismo, modifica la terminología preexistente denominándose cuestiones de competencia a los conflictos que venían llamándose recursos de queja por las normas procesales y pasaron a denominarse conflictos de competencias aquellos conflictos que surgiesen entre diversos órganos jurisdiccionales y conflictos de atribuciones aquellos que se produjesen entre órganos administrativos.

El órgano encargado de resolver las cuestiones de competencia positivas o negativas, así como los conflictos de atribuciones era el Jefe de Estado (artículo 1) por lo que estamos ante un claro supuesto de justicia retenida, como resulta del todo lógico en un estado dictatorial, si bien no difiere de la regulación de 1887 en el que la resolución se atribuía al rey.

La resolución de las contiendas entre los diferentes Tribunales ordinarios y especiales se atribuyó a los propios órganos judiciales mediante una Sala especial del Tribunal Supremo (artículo 2 de la Ley). Dicha Sala especial no fue creada hasta el año 1950, mediante Decreto de 3 de octubre.³⁷⁰

En lo que respecta a las cuestiones de competencia, esto es, a los conflictos entre Administración y Tribunales, según la denominación de 1948, la novedad que destaca en la nueva regulación, tal y como se especifica en el preámbulo de la norma, es el trato igualitario entre Tribunales y Administración a los efectos de promover la cuestión de competencia (artículos 7 y 8) así como la intención de equilibrar la balanza entre Tribunales y Administración al otorgar efecto suspensivo al requerimiento de inhibición efectuado hasta la resolución del conflicto (artículo 20 y 21), si bien se dispuso una prerrogativa a favor de la Administración puesto que ésta podía levantar la suspensión si estimase que dicha suspensión pudiera causar grave perjuicio al interés público (artículo 21).

Por otro lado, se mantuvo la posibilidad de que la Administración fundase su petición de inhibición mediante el planteamiento de cuestiones previas administrativas, excepto en materia criminal, por lo que la Administración mantuvo otra de sus prerrogativas a su favor, no será hasta la aprobación de

sistematización se denominan simplemente competencias a las que se producen entre diversos órganos jurisdiccionales, y conflictos de atribuciones a los que surgen entre órganos administrativos."

³⁷⁰ Decreto de 3 de octubre de 1950 por el que se aclara el artículo segundo de la Ley de 17 de julio de 1948, sobre conflictos jurisdiccionales (Boletín Oficial del Estado, núm. 293, de 20/10/1950, página 4.436).

la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956 que dichas cuestiones pudieron ser discutidas en última instancia ante los Tribunales jurisdiccionales (artículo 1 de la LJCA de 1956).³⁷¹

Los pasos efectuados por la Ley de 13 de septiembre de 1888, reformada por la Ley de 5 de abril de 1904, refundidas ambas mediante el Decreto de 8 de febrero de 1952, se consolidaron mediante la Ley de 27 de diciembre de 1956 de la jurisdicción contencioso-administrativa, suprimiendo los antiguos Tribunales provinciales y sustituyéndolos por las Salas de lo contencioso-administrativo de las Audiencias Territoriales siendo, finalmente, una primera instancia jurisdiccional (preámbulo de la Ley) si bien se mantuvieron las prerrogativas de inejecución de sentencias en los términos establecidos en 1904 y 1952 (artículos 103 a 112 de la Ley de 27 de diciembre de 1956), así como se mantuvieron las prohibiciones de formular interdictos posesorios contra la Administración (artículo 103 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958).

Como se ha dicho, las cuestiones de competencia eran resueltas por el Jefe de Estado, previa decisión motivada del Consejo de Estado (artículo 33 de la Ley de 17 de julio de 1948) o previa deliberación del Consejo de Ministros, siempre que los Ministros de quienes dependan los Tribunales o Autoridades administrativas discreparen del dictamen del Consejo de Estado, por lo que aún se mantuvo la preferencia por el Poder Ejecutivo pese a la voluntad, expresada en el preámbulo de la Ley, de superar el injustificado recelo hacia los órganos de la jurisdicción judicial.

Con la llegada de la transición y el inicio de los trabajos de redacción de la vigente Constitución, ciertos autores se plantearon la vigencia de la Ley de 1948 ante la nueva situación y ante el proyecto de Constitución que estaba a punto de aprobarse.

Ante dicha situación de vacío legal y de contradicción entre lo dispuesto en la Ley de 1948 y el proyecto constitucional, surgieron voces autorizadas analizando la situación existente.

³⁷¹ Ley de 27 de diciembre de 1956 reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. (Boletín Oficial del Estado, núm. 363, de 28/12/1956, páginas 8.138 a 8.15). En su artículo primero se establece que la Jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley por lo que los actos de la Autoridades administrativas podrán ser recurridas ante la jurisdicción contenciosa.

Resulta interesante la aportación de varios autores en el supuesto concreto de estudio, entre ellos, el profesor José Ramón Parada Vázquez en su artículo *“Los conflictos entre la Administración y los Tribunales ante la nueva Constitución”* publicado en la Revista de Administración Pública número 84 del año 1977.³⁷²

En efecto, el profesor Parada Vázquez tras analizar los diferentes sistemas de resolución de conflictos de competencia entre la Administración y los Tribunales existentes en 1977, así como exponer el origen y abandono de la regla de incapacidad del poder judicial para plantear el conflicto, efectúa un análisis del sistema de resolución previsto en la Ley de 17 de julio de 1948 (atribuido al Jefe de Estado) y su compatibilidad con las atribuciones al Rey que constaban en el proyecto de Constitución.³⁷³

Con todo ello, el profesor Parada Vázquez llega a la conclusión que las incertidumbres generadas quedarían en agua de borrajas si la competencia de resolución de conflictos se atribuyera constitucionalmente a un Tribunal de Conflictos o bien se atribuyera dicha competencia al Tribunal Constitucional.³⁷⁴

La regulación posterior resolvió, en parte, las dudas del profesor Parada Vázquez puesto que, como sabemos, la Constitución nada dijo en relación a la resolución de conflictos jurisdiccionales y, como veremos, llegó a incorporar temporalmente, como atribución del Tribunal Constitucional, el conocimiento de dichos conflictos si bien, posteriormente, tras la deliberación e intervención de la Comisión Mixta, desapareció del Proyecto constitucional

³⁷² PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, en *“Los conflictos...”*, op. cit., (páginas 553 a 567).

³⁷³ Según PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, en *“Los conflictos...”*, op. cit., (páginas 553 a 558) los sistemas de resolución de conflictos de competencia entre la Administración y los Tribunales se resuelven en primer lugar mediante un juicio constitucional cuya decisión se reserva al Jefe de Estado (Ley 17 julio de 1948), en segundo lugar, a través de las cuestiones de competencia positivas y negativas entre diferentes órdenes jurisdiccionales (Decreto 3 de octubre de 1950) y, en tercer lugar, la coordinación de funciones entre los altos órganos del Estado (vía Ley 14 de julio de 1972).

³⁷⁴ PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, en *“Los conflictos...”*, op. cit., argumenta que, al igual que la Constitución de 1931, el Proyecto constitucional no atribuía ninguna facultad decisoria al Rey en materia de conflictos ni la Justicia forma parte del poder ejecutivo ni, tampoco, se atribuye al Tribunal Constitucional la resolución de dicha materia así como entiende que dicha *“tradición”* de no mencionar la jurisdicción de conflictos se debe al hecho que dicha materia no es una cuestión conflictiva o bien porque es una materia confusa y desconocida para los constitucionalistas. Por otro lado, la incertidumbre que, según Parada Vázquez, se generaba era la de que si el poder judicial era independiente no podía recaer en el monarca la decisión de la resolución de los conflictos así como también era dudoso incardinar dentro de las atribuciones arbitrales y moderadoras la resolución de dichos conflictos.

para aparecer, al cabo de unos años, en el articulado de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985.

Una vez entró en vigor la Constitución Española, como no podría ser de otro modo, tal y como se había advertido doctrinalmente, la regulación de conflictos vigente de 17 de julio de 1948 entró en conflicto, como otras tantas Leyes, con la Constitución.

Ante la entrada en vigor de la Carta Magna se publicaron un gran número de publicaciones doctrinales que analizaron punto por punto el texto constitucional.

En nuestro caso, merece especial atención el análisis publicado en la Revista de Administración Pública, número 98 de 1982, por parte del profesor Lorenzo Martín-Retortillo Baquer en su artículo *“La Ley de Conflictos Jurisdiccionales tras la entrada en vigor de la Constitución”* quien, a su vez, se encargó desde el número 45 hasta ese número 98 del análisis de la jurisprudencia existente en relación a los conflictos jurisdiccionales.³⁷⁵

En dicho artículo defendió que la Ley de 1948 no casaba en absoluto con las exigencias de la Constitución y, a su vez, citaba al profesor Juan Montero Aroca que afirmaba, en alusión a la Ley de 1948: *“Dado que es inconstitucional, pronto nos veremos libres de ella”*.³⁷⁶

En el mismo sentido, el profesor Jesús González Pérez en la conferencia *“La Jurisdicción: unidad jurisdiccional y conflictos jurisdiccionales”* resulta extremadamente crítico con la solución adoptada por los padres de la Constitución.³⁷⁷

³⁷⁵ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *“La Ley de Conflictos Jurisdiccionales tras la entrada en vigor de la Constitución”*, en RAP, número 98, mayo-agosto de 1982, (páginas 221 a 272) que también formó parte de la publicación posterior *“Bajo el signo de la Constitución (Estudios de Derecho Público)”* en la colección de *“Administración y ciudadano”* del Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1983 con el título *“La Ley de Conflictos Jurisdiccionales tras la entrada en vigor de la Constitución”*.

³⁷⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, en *“la Ley de Conflictos...”*, op. cit., (página 229 cita número 12).

³⁷⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *“La Jurisdicción: unidad jurisdiccional y conflictos jurisdiccionales”* en Poder Judicial, Volumen I, Instituto Estudios Fiscales, Madrid, 1983, (páginas 47 a 83).

6.- LA REGULACIÓN EN LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL. TRAMITACIÓN Y APROBACIÓN.

Tal y como se ha expuesto en los puntos anteriores, la existencia del silencio constitucional tuvo como consecuencia la pervivencia del sistema de conflictos anterior y su vigencia hasta la aprobación de la Ley Orgánica del Poder Judicial como un marco regulador específico y su posterior desarrollo mediante la Ley Orgánica de Conflictos de Jurisdicción de 1987.

En el medio del camino surgió la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial que nada dijo acerca del régimen transitorio en relación a los conflictos de jurisdicción.

Tampoco dijo nada, sino todo lo contrario, la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado que siguió exigiendo el dictamen preceptivo del Consejo de Estado en los *"conflictos de atribuciones entre los distintos Departamentos ministeriales y cuestiones de competencia"* según lo previsto en su artículo 22.7. El legislador tuvo ocasión de pronunciarse sobre dicho régimen de transición al operar la modificación de la Ley Orgánica 3/1980 del año 1983 si bien, la Ley Orgánica 13/1983, de 26 de noviembre, de modificación del apartado 1 del artículo 12 de la Ley 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado si bien únicamente modificó el régimen de incompatibilidades del Presidente y de los Consejeros permanentes del Consejo de Estado por lo que el cambio más significativo tras su aprobación se produjo con la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales de 1987.³⁷⁸

Finalmente, tras un período largo de subsistencia de la Ley de 1948 con la nueva regulación constitucional, salió a la luz la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 que modificó el sistema de conflictos promulgado en 1948 donde en su capítulo primero de su Título tercero reguló los conflictos de jurisdicción (artículos 38 a 41).

El procedimiento de aprobación de la LOPJ fue largo y tardó en dar a luz, como no podía ser de otra manera, debido a su importancia y al enorme calado de la regulación.

³⁷⁸ Así lo advirtió MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo en *"La ley de conflictos jurisdiccionales tras la entrada en vigor de la Constitución"* en el trabajo *"Bajo el signo de la Constitución. Estudios de Derecho Público"*, Instituto de Estudios de Administración local, Madrid 1983, (páginas 181 y 182).

El texto definitivo, en comparación con el texto del proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial aprobado por el Gobierno y remitido a las Cortes Generales para su tramitación y aprobación, sufrió ligeras modificaciones.

En efecto, el 10 de setiembre de 1984 el Gobierno presentó el proyecto de Ley Orgánica para su tramitación. El texto presentado, en relación a los conflictos de jurisdicción, fue el siguiente³⁷⁹:

" Artículo 38.

Las cuestiones de competencia entre los Juzgados o Tribunales y la Administración serán resueltos por un Tribunal constituido por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá; cuatro vocales, de los que dos serán Magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de aquel Tribunal, designados por su Sala de Gobierno, y los otros dos Consejeros Permanentes de Estado, designados por el Pleno del Consejo de Estado.

Artículo 39.

Las competencias entre los Tribunales y la jurisdicción militar serán resueltos por una Sala compuesta por el Presidente del Tribunal Supremo; dos Magistrados de la Sala de lo Penal, de dicho Alto Tribunal, designados por la Sala de Gobierno, y dos Consejeros Togados del Consejo Supremo de Justicia Militar designados por dicho Consejo.

Artículo 40.

Anualmente, se renovarán los Vocales que integran el Tribunal y la Sala previstos en los artículos anteriores.

Artículo 41.

El planteamiento, tramitación y decisión de los conflictos se ajustará a lo dispuesto en la Ley."

Asimismo, la disposición adicional quinta decía:

"Quinta

Dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley se procederá a la constitución del Tribunal de Conflictos, al que corresponde resolver los que se planteen entre los Tribunales y la Administración. La Sala de Gobierno del Tribunal Supremo y el Consejo de Estado designarán los miembros con antelación suficiente y lo comunicarán al Presidente del Tribunal Supremo. Constituido el Tribunal se anunciará en el Boletín, Oficial del Estado., asumiendo, desde el día siguiente, las competencias que la Ley de 17 de julio de 1948 atribuye al Jefe del Estado y al Consejo de Ministros, incluso respecto de los conflictos que se hallaren en tramitación."

A dicho texto se presentaron 18 enmiendas, de las cuales 6 fueron estimadas totalmente y dos parcialmente, por lo que el texto sustentado por la Ponencia encargada de redactar el Informe sobre el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial fue el siguiente:³⁸⁰

³⁷⁹ BOCG número 118-I de fecha 19 de setiembre de 1984.

³⁸⁰ BOCG número 118-I-1 de fecha 23 de febrero de 1985, paginas 1448/5 (enmiendas) i 1448/21 (artículos 38 a 41) i 1448/86 (disposición adicional quinta) señalándose en negrita las modificaciones introducidas como consecuencia de las enmiendas aceptadas.

" Artículo 38.

Los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales y la Administración serán resueltos por un **órgano colegiado** constituido por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá **y por** cuatro vocales, de los que dos serán Magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo **del Tribunal Supremo**, designados por su Sala de Gobierno, y los otros dos Consejeros Permanentes de Estado, designados por el Pleno del Consejo de Estado. **Actuará como secretario de este Tribunal el actuario de Gobierno del Tribunal Supremo.**

Artículo 39.

Los conflictos de jurisdicción entre los Tribunales y la jurisdicción militar serán resueltos por una Sala compuesta por el Presidente del Tribunal Supremo; dos Magistrados de la Sala de lo Penal, de dicho Alto Tribunal, designados por la Sala de Gobierno, y dos Consejeros Togados del Consejo Supremo de Justicia Militar designados por dicho Consejo. **Actuará como secretario de este Tribunal el actuario de Gobierno del Tribunal Supremo.**

Artículo 40.

Anualmente, se renovarán los componentes de los órganos colegiados decisorios previstos en los artículos anteriores.

Artículo 41.

El planteamiento, tramitación y decisión de los conflictos se ajustará a lo dispuesto en la Ley."

Asimismo, la disposición adicional quinta decía:

"Quinta

Dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley se procederá a la constitución del Tribunal de Conflictos, al que corresponde resolver los que se planteen entre los Tribunales y la Administración. La Sala de Gobierno del Tribunal Supremo y el Consejo de Estado designarán los miembros con antelación suficiente y lo comunicarán al Presidente del Tribunal Supremo. Constituido el Tribunal se anunciará en el Boletín, Oficial del Estado, asumiendo, desde el día siguiente, las competencias que la Ley de 17 de julio de 1948 atribuye al Jefe del Estado y al Consejo de Ministros, incluso respecto de los conflictos que se hallaren en tramitación."

Nótese que la principal modificación fue la sustitución de "cuestiones de competencia" por "conflictos de jurisdicción" una modificación terminológica, pero con importancia procesal puesto que las cuestiones de competencia, como sabemos, se regularon específicamente en el artículo 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Los grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados no mantuvieron ninguna de las enmiendas rechazadas para defenderlas ante el Pleno.³⁸¹

³⁸¹ Según consta en el BOCG número 118-II-1 de fecha 22 de marzo de 1985.

A su vez, el Senado presentó sus respectivas enmiendas al proyecto de texto legislativo remitido por el Gobierno, en concreto, por lo que respecta a los artículos citados se presentaron 11 enmiendas³⁸² cuya aprobación en el pleno de fecha 13 de junio de 1985 significó una modificación substancial en el número de vocales del Tribunal, el voto de calidad del Presidente, así como en cuanto al órgano que designaba los mismos.³⁸³

En efecto, el texto aprobado por el Senado resultó ser el texto definitivamente aprobado puesto que, como hemos indicado, no se mantuvieron las enmiendas rechazadas para defenderlas ante el Pleno del Congreso de los Diputados.

Finalmente, el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 20 de junio de 1985, aprobó el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, con el texto legislativo resultante de las enmiendas introducidas por el Senado.³⁸⁴

Merece especial consideración la modificación introducida en la disposición adicional quinta (que pasa a ser la disposición adicional cuarta) que sustituye el término “Tribunal de Conflictos” por el de “órgano colegiado”, así:

“La Disposición Adicional Cuarta (Disposición Adicional Cuarta del texto remitido por el Congreso de los Diputados) ha sido enmendada en el sentido de denominar Órgano Colegiado al antiguo Tribunal de conflictos, así como cambiar el Órgano competente para la designación de los miembros, pasando a ser ahora el Pleno del Consejo General del Poder Judicial. Igualmente se precisa el lugar donde se constituyen dichos Órganos.”³⁸⁵

Si bien el texto normativo resultó intacto, no sucedió lo mismo con el texto expositivo puesto que el mismo sufrió una modificación entre el texto aprobado por el Senado y el texto definitivamente aprobado por el Congreso de los Diputados.

La exposición de motivos de la Ley Orgánica del Poder Judicial fue introducida mediante la enmienda número 361 del Grupo Parlamentario Socialista, dicha enmienda introdujo la totalidad de la exposición de motivos

³⁸² BOCG número 243 de 10 de mayo de 1985.

³⁸³ BOCG número 118-IV de fecha 22 de junio de 1985, página 1448/262 y 1448/272.

³⁸⁴ BOCG número 118-V de fecha 28 de junio de 1985 consta el texto definitivo con dichas modificaciones, en concreto en las páginas 1448/272 y 1448/336.

³⁸⁵ BOCG número 118-IV de fecha 22 de junio de 1985, página 1448/272.

y fue posteriormente aceptada por informe de la ponencia designada para estudiar el proyecto de Ley.³⁸⁶

Resulta interesante analizar dicho texto puesto que, en el tercer párrafo del tercer apartado de la exposición de motivos del texto aprobado por la ponencia del Senado, por la comisión de justicia y por pleno del Senado³⁸⁷ se situaba al Tribunal de conflictos de jurisdicción dentro del Poder Judicial, así:

“La importancia que la plenitud de la independencia judicial tendrá en nuestro ordenamiento debe ser valorada completándola con el carácter de totalidad con que la Ley dota a la potestad jurisdiccional. Los Tribunales, en efecto, controlan sin excepciones la potestad reglamentaria y la-actividad administrativa, con lo que ninguna actuación del Poder Ejecutivo quedará sustraída a la fiscalización de un Poder independiente y sometido exclusivamente al imperio de la ley. Si a ello añadimos que la resolución de los conflictos de jurisdicción se atribuye a un órgano incardinado en el Poder Judicial, habrá que convenir que el Estado de Derecho proclamado en la Constitución alcanza, como organización regida por la ley que expresa la voluntad popular y como sistema en el que el gobierno de los hombres es sustituido por el imperio de la ley, la máxima potencialidad posible.”

El apartado resaltado en negrita fue rechazado en el pleno que aprobó el texto definitivo del proyecto de Ley por parte del Congreso de los Diputados y publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados.³⁸⁸

No consta en el diario de sesiones del pleno del Congreso de los Diputados de fecha 20 de junio de 1985 ninguna referencia expresa o presunta al motivo de dicha supresión.

Cabe apuntar que determinados preceptos de dicha Ley Orgánica fueron objeto de recurso de inconstitucionalidad promovidos por el Parlamento de la Generalitat de Catalunya, el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Catalunya, la Junta de Galicia y el Gobierno Vasco y que se resolvieron conjuntamente en la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de fecha 29 de marzo de 1990 (STC 56/1990).

³⁸⁶ BOCG número 243 c de fecha 10 de mayo de 1985, página 256 a 262 (enmienda 361) i BOCG número 243 (d) de fecha 28 de mayo de 1985, página 499 (aceptación enmienda).

³⁸⁷ BOCG número 243 (d) de fecha 28 de mayo de 1985, página 500 (texto aprobado por la ponencia), BOCG número 243 (e) de fecha 10 de junio de 1985, página 653 (texto aprobado por la comisión de justicia) i BOCG 243 (f) de fecha 21 de junio de 1985, página 769 (texto aprobado por el pleno del Senado).

³⁸⁸ BOCG número 118-V de fecha 28 de junio de 1985, página 1448/264 (texto aprobado por el pleno del Congreso) i Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados número 220 de fecha 20 de junio de 1985 pagina 10140 (votación rechazo inciso).

En concreto, en lo que se refiere a los artículos objeto de estudio se impugnó el artículo 38 declarando el Tribunal Constitucional su adecuación al texto constitucional y, por lo tanto, rechazando los recursos presentados. El Tribunal Constitucional analizó dicho artículo en el fundamento jurídico 37 de dicha sentencia rebatiendo la tesis de la Generalitat de Catalunya y del Gobierno Vasco en la que se trataba como sistema autocompositivo el sistema de conflictos de jurisdicción previsto así como entendían que la resolución de los conflictos entre órganos jurisdiccionales en la Comunidad y la correspondiente Administración Autónoma debería encargarse a un órgano de composición mixta con miembros del Tribunal Superior de Justicia y miembros técnicos dependientes de la Administración Autónoma. El Tribunal Constitucional lo rechazó de plano:

“La tesis expuesta parte de unas premisas que no pueden ser compartidas: ni el sistema establecido por los arts. 38 de la LOPJ y 1 a 21 de la Ley Orgánica 2/1987, de Conflictos Jurisdiccionales (LCJ) (RCL 1987\1256), puede considerarse de autocomposición, ni tampoco representa una interferencia de la Administración del Estado en ámbito competencial que, constitucional o estatutariamente, corresponda a la Administración de las Comunidades Autónomas impugnantes.

El sistema de autocomposición de conflictos comporta conceptualmente la atribución de la resolución a un órgano de composición paritaria, integrado por representantes de las partes en conflicto, que ostentan capacidad de disposición sobre el objeto de la controversia.

Ninguno de tales caracteres es reconocible en el sistema diseñado por la LOPJ y la LCJ, que, en sustitución de la anterior competencia del Jefe del Estado de la Ley de 17 de julio de 1948, difícilmente encajable en la Constitución al derivar de un régimen político caracterizado por la asunción por el Jefe del Estado de todos los poderes (STC 55/1985, fundamentos jurídicos 2.º y 3.º) (RTC 1985\55), atribuye la decisión a un Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (art. 1 de la LCJ), que permite salvaguardar la garantía constitucional del monopolio jurisdiccional aprovechando la experiencia en la materia del Consejo del Estado.

Pero sin que en dicho órgano pueda entenderse que la Administración que suscita o frente a quien se suscita el conflicto esté ni siquiera formalmente, representada por los Consejeros Permanentes que la integran.

En efecto, el Consejo del Estado no forma parte de la Administración activa. Es, por el contrario, conforme al art. 107 C. E. y al art. 1.1, de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril (LOCE), un órgano consultivo que actúa, en todo caso, con autonomía orgánica y funcional en garantía de su objetividad e independencia (art. 1.2 LOCE).

El Consejo de Estado, pese a la dicción literal del art. 107 de la C. E., que se refiere a él como supremo órgano consultivo del Gobierno, tiene en realidad el carácter de órgano del Estado con relevancia constitucional al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece. Así resulta de su composición [arts. 7 y 9 h) LOCE] y de sus funciones consultivas que se extienden también a las Comunidades Autónomas, según prevén explícitamente en el diseño competencial a que se remite la Norma Fundamental, realizado por los arts. 20 a 23 de la LOCE.

Por otra parte, tanto la jurisdicción que corresponde a los Tribunales de Justicia como la competencia propia de la Administración son irrenunciables (arts. 9 LOPJ y 4 LPA), no existiendo sobre ellas facultad alguna de disposición o de transacción. La decisión del conflicto por sentencia (arts. 17 y 19 LCJ) ha de declarar a quien corresponde la jurisdicción controvertida de acuerdo con el diseño constitucional y legal de las correspondientes funciones judiciales y administrativas.

Finalmente, los Estatutos de Autonomía de Cataluña y del País Vasco no atribuyen competencia a las respectivas Administraciones para intervenir en la resolución de los conflictos de jurisdicción, y la participación de los Consejeros Permanentes en el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción no puede decirse que lo sea como integrantes o provenientes de un órgano de la Administración Central."

Huelga decir que dicha impugnación por parte de la Generalitat de Catalunya y del Gobierno Vasco tienen su origen y coherencia en las enmiendas presentadas por sus grupos parlamentarios en la tramitación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En efecto, tal y como hemos señalado en el apartado de tramitación, tanto el Grupo Parlamentario Nacionalista Vasco como el Grupo Parlamentario de Catalunya presentaron sendas enmiendas al artículo 38.³⁸⁹

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional, ante la petición de descentralización efectuada por parte del Gobierno vasco y catalán, viene a decir:

1.-) El sistema previsto en el artículo 38 de la LOPJ y en la LOCJ no es de autocomposición ni supone una interferencia de la Administración del Estado en el ámbito competencia de las Comunidades Autónomas.

³⁸⁹ Así, el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos proponía la enmienda de adición 335 en la que adicionaban un apartado segundo al artículo 38 en el que decía: *"Los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados, Tribunales y la Administración de la Comunidad Autónoma serán resueltos por un órgano colegiado constituido por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, que lo presidirá, y por cuatro vocales de los que dos serán Magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal designados por su Sala de Gobierno y los otros dos serán dos letrados al servicio del Consejo de Gobierno de la Comunidad o del Ente Territorial afectado, designados por el ente afectado en su caso."*

Por otro lado, el Grupo Parlamentario Cataluña al Senado presentó la enmienda 816 a los efectos de añadir a la disposición adicional cuarta el siguiente redactado: *"Dentro de los tres meses de haberse constituido los respectivos Tribunales Superiores de Justicia, se constituirán en las correspondientes Comunidades Autónomas los Tribunales de Conflicto, designándose por la Sala de Gobierno los tribunales Superiores y el Consejo de Estado los miembros correspondientes, asumiendo sus competencias desde el día de su publicación en los respectivos Diarios oficiales."* (BOCG número 243 (c) de 10 de mayo de 1985, página 244 y 445).

2.-) El Tribunal de Conflictos no tiene una composición paritaria, ni está integrado por representantes de las partes en conflicto que ostentan capacidad de disposición sobre el objeto de la controversia.

3.-) El Tribunal de Conflictos permite salvaguardar la garantía constitucional del monopolio jurisdiccional aprovechándose de la experiencia en la materia del Consejo de Estado.

4.-) El Consejo de Estado, que actúa con autonomía orgánica y funcional como garantía de su objetividad e independencia y como órgano del Estado con relevancia constitucional al servicio de la concepción de Estado que la propia Constitución establece, no forma parte de la Administración activa y, por lo tanto, la Administración no está representada por los Consejeros Permanentes del Consejo de Estado que forman parte del Tribunal de Conflictos.

7.- LA LEY ORGÁNICA DE 18 DE MAYO DE 1987, DE CONFLICTOS JURISDICCIONALES. TRAMITACIÓN Y APROBACIÓN.

Llevando a cabo lo dispuesto en la disposición adicional primera de la LOPJ de 1985, aunque un año más tarde de lo previsto, se aprobó la Ley de conflictos jurisdiccionales que derogó la Ley de 17 de julio de 1948.

Los trámites parlamentarios que llevaron a su aprobación merecen especial atención debido a su aprobación a caballo entre dos legislaturas (la IIª y la IIIª).

En fecha 24 de enero de 1986 el Consejo de Ministros acordó remitir a las Cortes el proyecto de ley orgánica de conflictos jurisdiccionales y la Mesa del Congreso de los Diputados, en fecha 4 de febrero de 1986, aprobó su tramitación y la remisión del texto a la Comisión de Justicia e Interior, así como mandó publicar el proyecto legislativo en el Boletín Oficial de las Cortes Generales.³⁹⁰

Con carácter previo, por parte del Consejo General del Poder Judicial³⁹¹ y del Consejo de Estado³⁹², se emitieron sendos informes al texto del anteproyecto remitido por el Gobierno.

³⁹⁰ BOCG número 188-I de 7 de febrero de 1986.

³⁹¹ El Pleno del Consejo General del Poder Judicial emitió informe que aprobó por acuerdo de fecha 25 de septiembre de 1985.

³⁹² El Dictamen del Consejo de Estado se emitió y aprobó mediante sesión celebrada el día 19 de diciembre de 1985.

El Consejo General del Poder Judicial informó en primer lugar y, en dicho informe, manifestó su plena conformidad con la oportunidad de la iniciativa legislativa, así como celebró la opción del ejecutivo de la elección del sistema de Tribunal de conflictos en aras al éxito de sus precedentes de derecho comparado y a la necesidad de finalizar con el sistema vigente de predominio del componente administrativo en la decisión del conflicto, así como efectuó una serie de consideraciones técnicas en varios artículos del proyecto.³⁹³

Nótese que el proyecto legislativo se tramitó en forma de ley orgánica si bien un buen número de sus artículos mantuvieron el carácter ordinario de conformidad con lo establecido en su disposición adicional 4ª (así

³⁹³ El Consejo General del Poder Judicial analizó técnicamente varios artículos si bien debe precisarse que sólo aquéllos que tenían relación con el Poder judicial sin que se pronunciara ni hiciera mención a los artículos relativos a los conflictos con el Tribunal de Cuentas y los Tribunales Militares, así:

“En relación al artículo 2º propuso la denominación de Tribunal de Conflictos y no de Cámara (como venía denominado en el proyecto). En relación al artículo 3º propuso que no se excluyera la responsabilidad civil derivada de un acto penal. En relación al artículo 4º y 5º precisó que la imposibilidad de plantear conflictos sobre asuntos firmes no afectaría a aquéllos que se refieran al ejercicio de competencias de ejecución sobre objetos determinados. En relación al artículo 6º y 7º se observó la falta de legitimación activa de los órganos centrales de la Administración del Estado y de las Administraciones locales de ámbito insular, así como su concordancia con propuestas de planteamiento no vinculantes a órganos subordinados. En relación al artículo 9º entienden que es reiterativo respecto lo contenido en el artículo 6.2 del anteproyecto. En relación al artículo 10º se hace una crítica generalizada a la distribución del tratamiento de las materias en el anteproyecto por cuanto se enumeran los requisitos de orden procedimental y sustantivos en relación a la Administración local y el Consejo defiende su autonomía local constitucionalmente reconocida. En relación al artículo 11º entiende el Consejo que debe precisarse la terminología en aras a evitar dudas de interpretación. En relación al artículo 12º solicita la incorporación de los interesados en los expedientes administrativos a efectos del derecho de defensa y tutela jurídica. En relación al artículo 13º entienden que su contenido es reiterativo con el contenido del artículo 14º. En relación al artículo 14º entiende el Consejo que debe fijarse un plazo para la emisión del informe del Ministerio Fiscal para garantizar la agilidad del procedimiento y reitera lo informado respecto la legitimación activa de los órganos centrales de la Administración del Estado. En relación al artículo 16º aprecia el Consejo una contradicción inicial entre remitir las actuaciones al órgano requirente y archivarlas, así como encuentra improcedente la intervención de la presidencia del Tribunal Superior de Justicia para remitir las actuaciones siendo lógico la remisión por el propio órgano judicial en conflicto. En relación al artículo 17º entiende el Consejo que el procedimiento a seguir para sustanciar los conflictos negativos presenta una excesiva complejidad. En relación a los artículos 19º y 20º entiende el Consejo que debe corregirse terminológicamente la palabra “afirmar” la jurisdicción controvertida por “declarar” su titularidad. En relación al artículo 21º estima el Consejo que debería introducirse un trámite de audiencia previa a la imposición de sanciones, así como sustituir la terminología de “reprender” por “advertir”. En relación al artículo 22º advierte de los inconvenientes de las sanciones por temeridad procesal y propone su supresión. En relación a la disposición adicional 1ª entiende el Consejo que deberá precisarse a quien se atribuye la revisión de la cuantía de las multas y a través de qué mecanismo.”

mantuvieron el carácter ordinario los artículos 9, 10, 12, 13, 15, 17.2, 19, 20, 21, 23, 25, 26, 27, Disposición Adicional 1ª y Disposición Transitoria 1ª).

El motivo de tramitar la Ley como orgánica, pese a que gran número de su articulado no ostentaba dicha calificación, se justificó por parte del Gobierno y, en concreto, por parte de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, en la Memoria del expediente remitido primero al Consejo General del Poder General, después al Consejo de Estado y, finalmente, a las Cámaras.³⁹⁴

El Consejo de Estado informó con posterioridad a que lo hiciera el Consejo General del Poder Judicial y confirmó que en el texto remitido por el Gobierno se habían reflejado todas las observaciones efectuadas por el órgano de gobierno del Poder judicial, asimismo, el Consejo de Estado en su informe, aceptó la fórmula utilizada por el Gobierno si bien dejó constancia de ciertas precisiones y matizaciones.

En efecto, el Consejo de Estado, tras analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional entendió que, pese a que gran parte del Anteproyecto de Ley orgánica de conflictos jurisdiccionales regulaba cuestiones procedimentales, el ámbito general del Anteproyecto, que afectaba a la delimitación de los poderes del Estado, hacía que nada se podía objetar a la solución de acudir a la ley orgánica.³⁹⁵

³⁹⁴ En dicha Memoria del Anteproyecto presentada por el Gobierno, según consta en el informe del Consejo de Estado, dice:

“Por último, en lo que aquí interesa, la Memoria justifica el que se proponga que la Ley proyectada tenga el carácter de orgánica. Dice la Memoria que la Ley de que se trata “afecta no sólo a la organización y funcionamiento de Juzgados y Tribunales -los cuales, según el artículo 122.1 de la Constitución, deben ser regulados por Ley Orgánica-, sino también a la plenitud y la totalidad de la jurisdicción en la medida en que delimita el alcance de ésta”. Por ello, “parece no sólo conveniente, sino también necesario” que la Ley reguladora de los conflictos jurisdiccionales sea una Ley Orgánica. Añade la Memoria que el presente Anteproyecto se propone derogar “preceptos de la vigente Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado”; y que “de acuerdo con la teoría, sostenida por la Mesa del Congreso de los Diputados, de que una Ley ordinaria no puede contener preceptos orgánicos, ello obligaría a tramitar dicha disposición derogatoria como una Ley Orgánica separada, los que es, con toda evidencia, contrario al más mínimo principio de economía legislativa”.

³⁹⁵ El Consejo de Estado entiende que debe precisarse y matizarse la reserva de Ley orgánica justificada en la Memoria remitida por el Gobierno por cuanto no solo estamos ante una afectación de la organización y funcionamiento de los Juzgados y Tribunales y a la plenitud y totalidad de la jurisdicción sino que, según establece el Consejo de Estado:

“Esto explica que, en realidad, parte considerable del contenido del Anteproyecto se extiende más bien a la regulación del procedimiento que han de seguir los órganos jurisdiccionales y administrativos en el planteamiento de los conflictos jurisdiccionales, y al establecimiento de algunos trámites no decisivos que han de regir la sustanciación de los conflictos entre órganos establecidos por la Ley Orgánica del Poder Judicial para resolverlos.” Si bien, posteriormente precisa que: *“Sin embargo el análisis*

Una vez remitido el Anteproyecto a las Cortes Generales, tras la aprobación de su tramitación, el Congreso de los Diputados, en sesión plenaria de fecha 10 de abril de 1986, celebró el debate a la totalidad del proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes Generales en el que se defendió una enmienda de devolución por parte del Grupo de Coalición Popular que fue rechazada por amplia mayoría.³⁹⁶

Una vez rechazada la enmienda de devolución, por parte de la Mesa del Congreso, se acordó encargar a la Comisión Constitucional el dictamen del proyecto de Ley orgánica de conflictos jurisdiccionales y sustraer el encargo efectuado a la Comisión de Justicia e Interior.³⁹⁷

Dicho trámite sería el último de la IIa legislatura puesto que en fecha 23 de abril de 1986 se disolverían las Cortes Generales, por efecto del Real Decreto de disolución de las Cortes, y se convocaron las correspondientes elecciones.

Una vez constituidas las nuevas Cortes y nombrado Presidente que, a su vez, formó el correspondiente Gobierno, el Consejo de Ministros, en sesión de 25 de setiembre de 1986, acordó remitir a las Cortes el proyecto de ley orgánica de Conflictos Jurisdiccionales, que había sido aprobado con anterioridad en

detallado del Anteproyecto revela que quedan en él contenidos, preceptos de mayor enjundia que los meramente procedimentales."

³⁹⁶ La enmienda de devolución no prosperó, obtuvo 46 votos a favor, 141 en contra y 32 abstenciones de un total de 219 votos emitidos (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de fecha 10 de abril de 1986, número 280), defendió la enmienda de devolución el diputado Manuel María Renedo Omaechevarría donde, si bien, a grandes rasgos, aceptaban el sistema establecido no aceptaban la regulación pormenorizada y encontraban defectos de fondo:

"Ahora bien, si es acertado el sistema de encomendar la resolución de los conflictos establecidos por la Ley Orgánica del Poder Judicial a un tribunal de conflictos, en cambio no es adecuado ni acertado el principio en el cual se fundamenta y se regula en este proyecto de ley la resolución de dichos conflictos." (...) "Como consecuencia, entendemos que este trámite de audiencia y esta participación de los interesados en la resolución de los conflictos que puedan plantearse resulta un requisito inexcusable que justificaría por sí solo, por la condición antidemocrática del tribunal, la devolución al Gobierno del proyecto." (...) "Ahora bien, la razón por la que el Grupo Popular ha presentado esta enmienda a la totalidad, enmienda de devolución, no es meramente ni sólo una razón de fondo en cuanto a disconformidad con el planteamiento político que subyace en el sistema de resolución de conflictos que esta ley nos propone, sino también porque la ley adolece de graves defectos de carácter técnico, que no solamente no ayudan a facilitar las resoluciones de los conflictos que puedan plantearse entre la Administración de Justicia y la Administración ordinaria, sino que, incluso, hacen el sistema más enmarañado, más caótico y, en definitiva, no sólo no ayudan a solucionar los conflictos, sino que son un aliciente más para su planteamiento."

³⁹⁷ BOCG número 188-I-2 de 5 de marzo de 1986.

su reunión del día 24 de enero, y cuya tramitación parlamentaria quedó interrumpida por la disolución de las Cortes ante la convocatoria de elecciones legislativas.

En fecha 20 de noviembre de 1986 se acordó publicar las enmiendas al Proyecto de Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales, en total se presentaron 67 enmiendas por parte de los distintos grupos parlamentarios.³⁹⁸

En la sesión de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados de fecha 16 de diciembre de 1986 se ratificaron los miembros que elaboraron el informe sobre el proyecto de Ley orgánica y que, a su vez, emitieron dicho informe el 2 de diciembre de 1986 ³⁹⁹

Las enmiendas presentadas fueron defendidas, debatidas y votadas y, finalmente, quedó aprobado el dictamen de la Comisión y su remisión al Pleno.⁴⁰⁰

³⁹⁸ BOCG de 24 de noviembre de 1986 número 10-3. El Grupo Parlamentario Vasco presentó 2 enmiendas en el sentido de diferenciar los conflictos entre la Administración General del Estado y la Administración autonómica y local, en el caso de las segundas sería resuelta por un órgano compuesto por miembros del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma y del órgano consultivo autonómico. El Grupo de Coalición Popular presentó 37 enmiendas de carácter técnico así como de supresión y adición de determinados artículos, el Grupo Socialista presentó 4 enmiendas de mejora técnica y de redacción, el Grupo de Minoría Catalana presentó 2 enmiendas solicitando la exclusión de órganos inferiores como legitimados para suscitar el conflicto y previsión de órganos previstos en los respectivos Estatutos de Autonomía, el Grupo Mixto presentó 12 enmiendas en el sentido de eliminar por reiterativo la regulación de los conflictos con la jurisdicción militar y contable, el Grupo de Centro Democrático y Social presentó 10 enmiendas de mejora y concreción de redacción.

³⁹⁹ Los ponentes del informe nombrados por resolución del presidente de la Comisión Constitucional de fecha 23 de septiembre de 1986 y ratificados por los miembros de dicha comisión por asentimiento en sesión de fecha 16 de diciembre de 1986 fueron los diputados Antonio Ojeda Escobar, Eduardo García Espinosa, Hilario López Luna, Alfonso Osorio García, Manuel Renedo Omaechevarría, León Buil Giral, Josep María Trias de Bes i Serra, Emilio Olabarría Muñoz, Juan José Pérez Dobón, Enrique Curiel Alonso e Hipólito Gómez de las Rocas.

El informe de la ponencia de fecha 2 de diciembre se publicó en el BOCG número 10-4 de fecha 19 de diciembre de 1986 y el dictamen de la Comisión de fecha 16 de diciembre de 1986 se publicó en el BOCG número 10-5 de fecha 22 de diciembre de 1986.

⁴⁰⁰ El debate y votación se publicó en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados número 53 del año 1986 de fecha 16 de diciembre de 1986.

A la vista de dicho informe de la ponencia, y posterior dictamen de la Comisión, los grupos parlamentarios decidieron mantener un total de 43 enmiendas para defenderlas en el Pleno del Congreso de los Diputados.⁴⁰¹

En la sesión plenaria del Congreso de los Diputados de fecha 12 de febrero de 1987 se debatieron y votaron las enmiendas subsistentes, así como se efectuó la votación de la totalidad del proyecto de Ley Orgánica resultante de dichas enmiendas, obteniendo un resultado de 264 votos a favor, 2 votos en contra y 8 abstenciones sobre un total de 274 votos emitidos.⁴⁰²

Una vez aprobado el texto del proyecto legislativo se dio traslado al Senado que, a su vez, lo remitió a la Comisión de Constitución.⁴⁰³

Los grupos parlamentarios en el Senado presentaron 33 enmiendas al texto del proyecto remitido por el Congreso de los Diputados, muchas de ellas eran reiteración de aquellas presentadas y rechazadas en el Congreso de los Diputados.⁴⁰⁴

La ponencia encargada de elaborar el informe sobre el proyecto de Ley y de las enmiendas presentadas lo elevó a la Comisión de Constitución en fecha 18 de marzo de 1987.⁴⁰⁵

⁴⁰¹ Según así consta en el BOCG número 10-6 de fecha 23 de enero de 1987.

⁴⁰² Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados número 30 del año 1987 y BOCG número 10-7 de fecha 21 de febrero de 1987. De las 43 enmiendas que debieron ser defendidas en el Pleno algunas decayeron por defectos de forma (la del Grupo Nacionalista Vasco), otras retiradas, transaccionadas o rechazadas. De la lectura del Diario de Sesiones resulta paradójico el hecho que el Grupo de Coalición Popular pasase en la Iª legislatura a presentar una enmienda de devolución a presentar, en su mayoría, enmiendas de carácter técnico y a entender que la regulación de la materia les parece ajustada y oportuna, aun así defendió a título particular el diputado José María Pardo Montero diferentes enmiendas con un alta contenido jurídico.

⁴⁰³ El texto remitido por el Congreso de los Diputados al Senado se publicó en el BOCG número 40 (a) de fecha 23 de febrero de 1987 (páginas 1 a 8).

⁴⁰⁴ BOCG número 40 (b) de fecha 11 de marzo de 1987. Un ejemplo de ello es la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos en relación al artículo 1 del proyecto de Ley o la adición de legitimación de Universidades y Colegios profesionales propuesta por el Grupo Parlamentario de Coalición Popular.

⁴⁰⁵ Según consta en el BOCG número 40 (c) de fecha 23 de marzo de 1987 así como los diputados encargados de la ponencia fueron los señores José Luis Galache Cortés, Antonio Pillado Montero, Joaquín Ruiz Mendoza, Ana María Ruíz-Tagle Morales y Emiliano Sanz Escalera. Dicho informe analiza las enmiendas presentadas y propone su rechazo en todas ellas.

La Comisión de Constitución emitió su dictamen en sesión de fecha 24 de marzo de 1987 con los correspondientes votos particulares de los diferentes grupos parlamentarios, a los efectos de defender dichas enmiendas rechazadas ante el Pleno del Senado.⁴⁰⁶

El Pleno del Senado celebró su debate y votación en sendas sesiones del día 31 de marzo y 1 de abril de 1987.⁴⁰⁷

Tras el oportuno debate y votación de las enmiendas propuestas por el Senado se dio traslado del resultado al Congreso de los Diputados para su pronunciamiento sobre las mismas antes de someter el texto legislativo a la sanción real.

En sesión plenaria de 30 de abril de 1987 del Congreso de los Diputados se aprobaron, sin mediar intervención alguna, las enmiendas remitidas y aprobadas por el Senado, así como se efectuó la votación final de conjunto con el resultado de 227 votos a favor, 3 votos en contra y 7 abstenciones.⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ BOCG número 40 (d) de fecha 26 de marzo de 1987 de las 33 enmiendas presentadas subsistían 30 que serían debatidas en el Pleno del Senado.

⁴⁰⁷ En el Diario de Sesiones del Senado número 25 y 26 de 1987 consta el debate y votación de las enmiendas “vivas” de las que quedaron 30 de las 33 inicialmente presentadas. Ninguna de dichas enmiendas fue aprobada y únicamente se aprobó una enmienda de adición presentada por todos los Grupos parlamentarios creando un nuevo Capítulo IV en relación a los conflictos entre órganos de la jurisdicción contable y la Administración, y entre los primeros y los órganos de la jurisdicción militar y dos enmiendas transaccional, una, para incluir en la disposición adicional cuarta los preceptos con carácter de ley ordinaria y la segunda para incluir una precisión en la disposición derogatoria. El texto aprobado por el Pleno del Senado se publicó en el BOCG número 40 (e) de fecha 22 de abril de 1987.

⁴⁰⁸ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados número 46 del año 1987, BOCG número 10-8 de fecha 7 de mayo de 1987, BOCG número 10-9 de fecha 8 de mayo de 1987 y BOE número 120 de fecha 20 de mayo de 1987.

CAPÍTULO V

Análisis pormenorizado de la regulación vigente de los conflictos de jurisdicción.

SUMARIO:

1.- AUSENCIA DE PREVISIÓN CONSTITUCIONAL DE UN TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN.

2.- SISTEMA DE PROPUESTA DE MIEMBROS DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN, SU COMPOSICIÓN.

3.- LA REGULACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 38 A 41 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL Y SU TRANSITORIEDAD HASTA LA APROBACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE CONFLICTOS JURISDICCIONALES DE 1987. 3.1.- Objeto del conflicto. 3.2.- Legitimación activa. 3.3.- Legitimación pasiva. 3.4.- Procedimiento. 3.5.- Resolución.

4.- ANÁLISIS DE LA LEY ORGÁNICA DE CONFLICTOS JURISDICCIONALES DE 1987. 4.1.- Estructura de la Ley. 4.2.- Los conflictos positivos de jurisdicción: su ámbito subjetivo. 4.3.- Delimitación del objeto del conflicto positivo de jurisdicción. 4.4.- Ámbito subjetivo del conflicto positivo de jurisdicción. 4.4.1.- Legitimación activa. 4.4.2.- Legitimación pasiva. 4.5.- El procedimiento en el conflicto positivo de jurisdicción. 4.5.1.- Consideraciones generales. 4.5.2.- Planteamiento del conflicto. 4.5.3.- Oficio o requerimiento de inhibición. 4.5.4.- El planteamiento formal del conflicto. 4.5.5.- La resolución del conflicto. 4.6.- Los conflictos negativos de jurisdicción. 4.6.1.- Objeto del conflicto negativo. 4.6.2.- Los sujetos del conflicto negativo. 4.6.3.- El procedimiento del conflicto negativo. 4.6.4.- La resolución del conflicto negativo. 4.7.- Los recursos contra la resolución del conflicto positivo o negativo de jurisdicción. 4.8.- Los conflictos entre la Juzgados y Tribunales y la jurisdicción militar. 4.9.- Los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción militar y la Administración. 4.10.- Los conflictos con la jurisdicción contable.

1. AUSENCIA DE PREVISIÓN CONSTITUCIONAL DE UN TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN.

Como hemos advertido en los puntos anteriores, y viene siendo común en el constitucionalismo español, con la excepción del Estatuto de Bayona de 1808, ninguna mención existe en la vigente Constitución española de 1978 en lo referente a los conflictos jurisdiccionales y, ni mucho menos, a la existencia de un Tribunal de Conflictos..

La aprobación de la Constitución Española de 1978 produjo una evidente distorsión respecto al planteamiento legal promulgado en 1948 por lo que la doctrina y la jurisprudencia constitucional establecieron que dicho sistema de conflictos difícilmente podría encajar en el sistema constitucional vigente.

En efecto, además de lo previsto por el profesor Parada Vázquez y Martín-Retortillo Baquer, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre dicha distorsión en la resolución de un recurso de amparo interpuesto contra la resolución del presidente de la Junta de Andalucía por la que se requería de inhibición a la Magistratura del Trabajo, dando lugar a una cuestión de competencia bajo la aplicación de la Ley de conflictos jurisdiccionales de 17 de julio de 1948.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia de 22 de abril de 1985 (STC 55/1985), analizó la adecuación a la Constitución de la Ley de 1948 y, en el tercer párrafo de su fundamento jurídico segundo, estableció lo siguiente:

“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 art. 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 interfiera 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.”

Como hemos visto, la doctrina ya había expresado sus dudas al respecto, merece especial atención el artículo publicado en la Revista de Administración Pública número 84 de 1977 por el profesor José Ramón Parada Vázquez y que se ha analizado en los puntos anteriores.

Si bien dicho artículo analizó el proyecto de constitución también entró a valorar múltiples aspectos conflictivos que siguen vigentes hoy en día.

En efecto, el motivo no es otro que, como explicamos, la mano de los miembros de la Comisión Mixta de Diputados y Senadores que se encargó de redactar un único texto para ser sometido al Pleno de ambas Cámaras constituyentes.⁴⁰⁹

En efecto, en la redacción del artículo 152 elaborado por el informe de la ponencia del anteproyecto aprobado por el Congreso de los Diputados que se publicó en abril de 1978 tenía el siguiente contenido:⁴¹⁰

*“1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:
Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y nomas con fuerza de ley del Estado y de las comunidades autónomas o contra tratados internacionales.
Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades establecidos en el artículo 48.2 de esta Constitución, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades.
De conflictos jurisdiccionales y de competencia y los demás que puedan plantearse.
De las demás materias que le atribuya la Constitución o las leyes orgánicas.”*

Asimismo, el posterior dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas que se publicó en julio de 1978 el redactado de dicho artículo no sufrió ninguna modificación:⁴¹¹

*“1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:
Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley del Estado y de las Comunidades Autónomas o contra tratados internacionales.
Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 48.2 de esta Constitución, cuando hubiese sido ineficaz la reclamación ante otros tribunales.
De conflictos jurisdiccionales y de competencia.
De las demás materias que le atribuya la Constitución o las leyes orgánicas.”*

⁴⁰⁹ Así lo remarca PORRAS NADALES, Antonio Joaquín, en su artículo “Conflictos entre órganos constitucionales del Estado y principio de división de poderes” publicado en la Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) en su número 52 de julio-agosto de 1986. Del mismo modo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo en “Bajo el signo de la Constitución (Estudios de Derecho Público)” en la colección de “Administración y ciudadano” del Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1983 con el título “Conflictos entre órganos constitucionales del Estado” (página 210) y GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, en “La Jurisdicción: unidad jurisdiccional y conflictos jurisdiccionales” en Poder Judicial, Volumen I, Instituto Estudios Fiscales, Madrid, 1983, (página 74).

⁴¹⁰ Boletín Oficial del Congreso número 82, de 17 de abril de 1978.

⁴¹¹ Boletín Oficial de las Cortes, núm. 121, de 1 de julio de 1978.

Por parte del Pleno del Congreso dicho texto fue debatido y posteriormente aprobado el día 21 de julio de 1978, por 258 votos a favor, 2 en contra y 14 abstenciones, así como publicado en el Boletín Oficial de las Cortes, núm. 135, de 24 de julio y, posteriormente, se remitió el texto al Senado.

El Pleno del Senado aprobó las "*Modificaciones al Texto del Proyecto de Constitución remitido por el Congreso de los Diputados*" y así se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes número 161, de 13 de octubre en el que consta el siguiente redactado del apartado primero del, ahora, artículo 160:

"1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes, disposiciones normativas con fuerza de ley, y jurisprudencia en cuanto sea complementaria del ordenamiento jurídico.

De la declaración de inconstitucionalidad de tratados internacionales.

Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 52.2 de esta Constitución, cuando hubiese sido desestimada la reclamación ante los otros Tribunales.

De conflictos jurisdiccionales y de competencia que afecten a materias definidas por la Constitución.

De las demás materias que le atribuya la Constitución o las leyes orgánicas."

Por lo tanto, vemos como tanto el Congreso como el Senado aprobaron en sus respectivas sesiones plenarias que el Tribunal Constitucional conociese sobre los conflictos jurisdiccionales y de competencia añadiendo, en el caso del Senado, que los mismos afectasen a materias definidas por la Constitución.

Puesto que, en esta y otras materias, se produjeron discrepancias entre ambos textos, de conformidad con lo dispuesto en la Ley para la Reforma Política, se constituyó una Comisión Mixta de Diputados y Senadores que debía redactar un único texto para ser sometido al Pleno de ambas Cámaras.

Como sabemos, la Comisión mixta estuvo presidida por Antonio Hernández Gil, Presidente de las Cortes, y compuesta, además, por los Presidentes de ambas Cámaras, Fernando Álvarez de Miranda y Torres y Antonio Fontán Pérez, así como los diputados Jordi Solé Tura, Miquel Roca Junyent, José Pedro Pérez Llorca y Rodrigo y Alfonso Guerra González y los senadores José Vida Soria, Francisco Ramos Fernández-Torrecilla, Antonio Jiménez Blanco y Fernando Abril Martorell.

Las sesiones de dicha Comisión tenían carácter secreto y su Dictamen se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes número 170, de 28 de octubre y corrección de errores en el Boletín número 172, de 30 de octubre de 1978 con la redacción del artículo 161.1 tal y como consta en el texto constitucional vigente.

¿Qué pasó en las sesiones de dicha Comisión Mixta?⁴¹²

Una de las voces autorizadas para resolver dicha duda es la del profesor Lorenzo Martín-Retortillo Baquer que, en relación a dicho aspecto, dijo: *“No me pareció defendible tal postura y así lo hice ver, aunque sólo sea por una razón muy clara en mi opinión: había que defender al Tribunal Constitucional de pequeñas encomiendas sin excesiva trascendencia, de modo que se reservara su energía para asuntos de mayor relieve.”*⁴¹³

A su vez, el profesor Antonio J. Porras Nadales decía:

“A partir de estos significativos precedentes en los ordenamientos más próximos a nuestro entorno, la primera y esencial característica que configura y diferencia al sistema español de conflicto de atribuciones hay que buscarla en el silencio de la norma constitucional: un silencio que debe resaltar la importancia de la decisión constituyente si tenemos en cuenta que el propio anteproyecto llegó a contener, hasta su eliminación por la Comisión Mixta, un precepto, en el artículo 161, que atribuía al Tribunal Constitucional el conocimiento de conflictos jurisdiccionales y de competencia que afectaran a materias definidas por la Constitución.

*La trascendencia de esta eliminación debe subrayarse para entender que, de acuerdo con la Constitución, la resolución por el Tribunal Constitucional de conflictos de competencia o atribuciones entre órganos constitucionales del Estado aparece como un supuesto marginal frente a los sistemas directos de control de constitucionalidad previstos en la misma norma suprema.”*⁴¹⁴

Por lo tanto, se puede concluir tanto por parte de los miembros de la Comisión mixta, como por parte de la doctrina, no se quiso otorgar facultades al Tribunal Constitucional de escasa trascendencia.

2.- SISTEMA DE PROPUESTA DE MIEMBROS DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN Y DEL CONSEJO DE ESTADO, SU COMPOSICIÓN.

⁴¹² El que suscribe se puso en contacto con dos de los padres de la Constitución para obtener respuestas a dicha pregunta, el paso del tiempo y la falta de respuestas deja en el aire la pregunta si bien varios textos doctrinales nos pueden arrojar luz a la pregunta.

⁴¹³ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo “Conflictos entre...”, op. cit., (página 215). Debemos resaltar que el profesor Martín-Retortillo, como Senador, formaba parte de la Comisión de la Constitución del Senado y fue parte activa en la elaboración del texto constitucional.

⁴¹⁴ PORRAS NADALES, Antonio Joaquín, “Conflictos...”, op. cit., (página 33).

El artículo 38 y 40 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales y la Administración serán resueltos por un órgano colegiado constituido por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por cinco vocales, de los cuales 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, actuando como Secretario el de Gobierno del Tribunal Supremo que serán renovados anualmente.

Tal y como hemos mencionado con anterioridad, merece especial atención al hecho de que la Constitución Española guarda silencio absoluto en relación a la existencia de dicho Tribunal y, mucho menos, a su composición.

En relación a dicho aspecto debemos mencionar expresamente las dudas expresadas por el magistrado de la Sala tercera del Tribunal Supremo en relación a la composición de dicho órgano y su encuadre constitucional.⁴¹⁵

Aun así, el propio magistrado, como presidente de la Comisión institucional que elaboró la propuesta de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el año 2013 propuso una ampliación de los cometidos de dicho Tribunal de Conflictos dejando de lado sus dudas expuestas.⁴¹⁶

⁴¹⁵ Así, el magistrado DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luís María, en su artículo “El Poder judicial (breves reflexiones sobre veinticinco años de experiencia), en Revista Española de Derecho Constitucional, número 71, mayo-agosto 2004 (páginas 35 a 45):

“En la medida en que el Tribunal de Conflictos es de composición mixta – la mitad de sus miembros proceden del Tribunal Supremo y la otra mitad del Consejo de Estado –, es dudoso que reúna los requisitos constitucionalmente exigibles a todo órgano judicial y, por tanto, que pueda ejercer potestad jurisdiccional.

Este último extremo, que a menudo pasa inadvertido, es de crucial importancia: el Tribunal de Conflictos está permanentemente expuesto a un reproche de inconstitucionalidad por infringir el principio de reserva de jurisdicción o principio de exclusividad en sentido positivo (art. 117.3 de la Constitución), con arreglo al cual sólo pueden juzgar y hacer ejecutar lo juzgado los verdaderos órganos judiciales o, excepcionalmente, aquéllos que sin serlo tienen atribuciones jurisdiccionales que derivan directamente de la Constitución (Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales, Tribunal de Cuentas en materia contable, y tribunales militares en el ámbito castrense); y es claro que entre éstos no se halla el Tribunal de Conflictos, cuya existencia ni siquiera está prevista por la Constitución. Ello explica que, a raíz de la mencionada controversia sobre el indulto, se haya oído argumentar que no hay base para un conflicto jurisdiccional porque sólo a los órganos judiciales corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado: el argumento es, sin duda, especioso; pero halla caldo de cultivo en la anómala situación de que, para resolver una controversia exquisitamente jurídica, un órgano judicial es sometido a otro de naturaleza no judicial.”

⁴¹⁶ Dicha Comisión institucional fue creada por acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 2 de marzo de 2012 y en el texto presentado en el año 2013 y que, finalmente no vio a la luz, se proponía una ampliación de las competencias del Tribunal de Conflictos, tal y como se explicaba en su exposición de motivos: “Por lo que hace a las relaciones entre el Poder Judicial y

Con carácter anual, el Boletín Oficial del Estado publica los nombramientos de los miembros designados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial y de los miembros designados por el Consejo de Estado.

Dichos nombramientos, en lo que atañe a los dos magistrados provenientes de la Sala tercera del Tribunal Supremo, tal y como establece el artículo 38 de la LOPJ, se produce por acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, cuyo acuerdo, según las normas de funcionamiento del Pleno deben adoptarse por mayoría absoluta de sus miembros presentes (artículo 630.1 LOPJ) siendo necesaria para la válida constitución del Pleno, como mínimo, la presencia de diez Vocales y el Presidente (artículo 600.4 LOPJ).

En lo que se refiere a la designación de los tres Consejeros permanentes del Consejo de Estado el artículo 38 de la LOPJ, a diferencia de los magistrados de la Sala tercera del Tribunal Supremo, no establece el órgano que debe adoptar el acuerdo de designación por lo que tendremos que acudir a la dispuesto en la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

El artículo 12.3 de la LO 3/1980 establece que, sin perjuicio de las otras funciones que les encomiende la presente Ley Orgánica, 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, de 1 de julio.

Por lo tanto, la Comisión permanente del Consejo de Estado propondrá la designación de tres de sus miembros y el Pleno del Consejo de Estado adoptará el acuerdo de designación anual.

los demás poderes públicos, el aspecto más novedoso es que el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción ve ampliada su función al conocimiento de los conflictos que puedan producirse con el Poder Legislativo, es decir, con el Congreso de los Diputados, el Senado y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Es verdad que se trata de un supuesto poco frecuente, pero en los últimos años no han faltado algunos ejemplos de colisiones entre Tribunales y Asambleas autonómicas, que normalmente se han saldado mediante una aplicación indiscriminada de la idea de supremacía judicial. La Comisión entiende que ello no está justificado: no tiene sentido que cualquier ayuntamiento que considere menoscabadas sus atribuciones pueda suscitar conflicto frente a los Tribunales y, en cambio, no puedan hacerlo las cámaras parlamentarias. Tal vez este problema no existiese si la regulación –de origen puramente legal– del conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales del Estado fuese más flexible y generosa de lo que prevé actualmente la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; pero, a falta de ello, la mejor solución es encomendar la tarea al Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, que en este supuesto estaría integrado por dos Letrados Mayores de las Cortes Generales en vez de dos Consejeros de Estado. Por lo demás, vale la pena señalar que los conflictos jurisdiccionales son traídos al Libro I porque, a diferencia de los conflictos de competencia, no operan en el ámbito interno del Poder Judicial, sino que tienen que ver con los límites de la potestad jurisdiccional.”

El artículo 16 de la LOCE establece que las deliberaciones y acuerdos del Consejo en Pleno y los de la Comisión Permanente requerirán la presencia del Presidente o de quien haga sus veces, la de la mitad, al menos, de los Consejeros que lo formen y la del Secretario general o quien lo sustituya y que los acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta de votos de los asistentes y, en caso de empate, decidirá el voto de calidad del que presida.

Por lo tanto, en resumidas cuentas, la composición del Tribunal de Conflictos, ya sea de los miembros provenientes del Tribunal Supremo, como de los miembros provenientes del Consejo de Estado, está a merced del poder legislativo puesto que una modificación de la Ley Orgánica del poder judicial podría modificar la balanza hacia uno u otro lado.

3.- LA REGULACIÓN PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 38 A 41 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL Y SU TRANSITORIEDAD HASTA LA APROBACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE CONFLICTOS JURISDICCIONALES DE 1987.

Como hemos visto, la aprobación de la Constitución Española de 1978 produjo una evidente distorsión respecto al planteamiento legal promulgado en 1948 por lo que el Tribunal Constitucional ya advirtió que dicho sistema de conflictos difícilmente podría encajar en el sistema constitucional vigente en su Sentencia de 22 de abril de 1985 (STC 55/1985).⁴¹⁷

El Tribunal Constitucional mantuvo dicho posicionamiento en la sentencia que resolvió los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra el texto

⁴¹⁷ La Sentencia del Tribunal Constitucional número 55/1985, de 22 de abril de 1985 (BOE número 119, de 18 de mayo de 1985), en el segundo párrafo de su fundamento jurídico tercero dice: *“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 art. 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.”*

de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su Sentencia de fecha 29 de marzo de 1990 (STC 56/1990).⁴¹⁸

Como hemos observado en los puntos anteriores, en el ordenamiento jurídico en vigor no existe una previsión constitucional que prevea el sistema de conflictos, dicho sistema se halla regulado en dos Leyes orgánicas: la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales.

La regulación de los conflictos de jurisdicción, sin el respaldo constitucional, se plasmó en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 que, como hemos visto, modificó el sistema de conflictos promulgado en 1948.

Dicha Ley Orgánica mantuvo el sistema anterior en lo que atañe a los conflictos de competencia entre Tribunales de distinto orden jurisdiccional (artículo 42 LOPJ).

A diferencia del artículo 1 y 2 de la Ley de 17 de julio de 1948 el legislador ya no hablaba de conflictos de atribución o cuestiones de competencia, únicamente hacía referencia a conflictos de jurisdicción.

En el capítulo primero de su Título tercero se regularon los conflictos de jurisdicción (artículos 38 a 41) en los siguientes términos:

“Artículo 38.

1. Los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales y la Administración serán resueltos por un órgano colegiado constituido por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, 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, actuando como Secretario el de Gobierno del Tribunal Supremo.

2. El Presidente tendrá siempre voto de calidad en caso de empate.

Artículo 39.

1. Los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales de cualquier orden jurisdiccional de la jurisdicción ordinaria y los órganos judiciales militares, serán resueltos por la Sala de Conflictos de Jurisdicción, compuesta por el Presidente del Tribunal Supremo, que la presidirá, dos Magistrados de la Sala del Tribunal Supremo del orden jurisdiccional

⁴¹⁸ Debemos recordar que el Tribunal Constitucional en su sentencia número 56/1990, de 29 de marzo (BOE número 107, de 4 de mayo de 1990), en su fundamento jurídico 37 establece que: *“Ninguno de tales caracteres es reconocible en el sistema diseñado por la LOPJ y la LCJ, que, en sustitución de la anterior competencia del Jefe del Estado de la Ley de 17 de julio de 1948 (RCL 1948\909y NDL 6446), difícilmente encajable en la Constitución al derivar de un régimen político caracterizado por la asunción por el Jefe del Estado de todos los poderes (STC 55/1985, fundamentos jurídicos 2.º y 3.º) (RTC 1985\55), atribuye la decisión a un Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (art. 1 de la LCJ), que permite salvaguardar la garantía constitucional del monopolio jurisdiccional aprovechando la experiencia en la materia del Consejo del Estado.”*

en conflicto y dos Magistrados de la Sala de lo Militar, todos ellos designados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial. Actuará como Secretario de esta Sala el de Gobierno del Tribunal Supremo.

2. El Presidente tendrá siempre voto de calidad en caso de empate.

Se modifica el apartado 1 por la disposición adicional 5 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio.

Artículo 40.

Anualmente se renovarán los componentes de los órganos colegiados decisorios previstos en los dos artículos anteriores.

Artículo 41.

El planteamiento, tramitación y decisión de los conflictos de jurisdicción se ajustará a lo dispuesto en la ley.”

La disposición adicional primera de la LOPJ estableció que en el plazo de un año el Gobierno remitirá a las Cortes Generales los proyectos de Ley de planta, de demarcación judicial, de reforma de la legislación tutelar de menores, del proceso contencioso-administrativo, de conflictos jurisdiccionales y del jurado.

Asimismo, la disposición adicional cuarta estableció un régimen “transitorio” para superar el escollo de las competencias atribuidas al Jefe de Estado:

“Dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor de esta ley se procederá a la constitución del órgano colegiado al que corresponde resolver los conflictos de jurisdicción que se planteen entre los Tribunales y la Administración. Los plenos del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado designarán miembros respectivos con antelación suficiente. Una vez constituido dicho órgano colegiado en la propia sede del Tribunal Supremo, se anunciará ello en el «Boletín Oficial del Estado», a fin de que asuma, desde el día siguiente, las competencias que la Ley de Conflictos Jurisdiccionales, de 17 de julio de 1948, atribuye al Jefe del Estado y al Consejo de Ministros, incluso respecto de los conflictos que se hallaren en tramitación.”⁴¹⁹

⁴¹⁹ Se dio cumplimiento al mandato de la disposición adicional cuarta mediante Acuerdo de 20 de diciembre de 1985 (BOE número 2 de 2 de enero de 1986, página 763) del Consejo General del Poder Judicial por el que se anuncia la constitución del órgano colegiado que ha de resolver los conflictos de jurisdicción que se planteen entre los Juzgados o Tribunales y la Administración. Dicho órgano se constituyó en la sede del Tribunal Supremo y tuvo la siguiente composición originaria:

Presidente: Don Antonio Hernández Gil, Presidente del Tribunal Supremo.

Vocales: Don Ángel Martín del Burgo y Marchán, Magistrado de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, Don José Luis Ruiz Sánchez, Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Don Gregorio Peces Barba del Brío, Consejero permanente del Estado. -Don Miguel Vizcaíno Marqués, Consejero permanente del Estado. Don Landelino Lavilla Alsina, Consejero permanente del Estado. Secretario: Don Isidro Almonacid Hernández, Secretario de Gobierno del Tribunal Supremo.

Dicho órgano asumió, desde el día 3 de enero de 1986 las competencias que la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 17 de julio de 1948 atribuye al Jefe del Estado y al Consejo de Ministros incluso respecto los que se hallaran en tramitación.

La regulación de la Ley Orgánica del Poder Judicial dibujó un escenario procesal donde podemos destacar una serie de puntos a tener en cuenta:

1.-) En relación a los conflictos entre Administración y Poder Judicial se creó un órgano resolutorio mixto sin denominación concreta con una composición de seis miembros, uno de ellos con voto de calidad.

2.-) Su composición era igualitaria entre Poder judicial y Administración si bien, en este caso, el presidente que normativamente pertenece al Poder judicial disponía de voto de calidad en caso de empate.

3.-) No se estableció procedimiento de resolución alguno, remitiendo a la futura Ley su regulación.

Por lo tanto, en relación a la regulación procesal de los conflictos de jurisdicción en la LOPJ no nos ofrece una solución práctica a la transitoriedad de la Ley de 1948, más allá de lo previsto en su disposición adicional cuarta en relación a la constitución del órgano colegiado y a la asunción de las competencias resolutorias atribuidas al Jefe de Estado por la Ley de 1948.

Dicho órgano se constituyó en fecha 20 de diciembre de 1985 y en todas sus resoluciones se autodenominó "*órgano colegiado constituido para decidir los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados, los Tribunales y la Administración*".⁴²⁰ Su primera resolución, que se autodenomina sentencia, fue la de 20 de junio de 1986 con un voto particular del Consejero Permanente de Estado, Don Gregorio Peces-Barba del Brío.

A los efectos procesales transitorios debemos tener en cuenta los siguientes aspectos:

3.1.- Objeto del conflicto.

En relación al objeto nada se dijo en la Ley Orgánica del Poder Judicial. La Ley orgánica se limitó a establecer que se trataba de conflictos de jurisdicción entre Administración y Tribunales, nada se dijo sobre la posibilidad de entablar conflictos positivos o negativos dejando su desarrollo en manos de la futura ley de conflictos jurisdiccionales.

3.2.- Legitimación activa.

⁴²⁰ Tal y como consta en el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de fecha 20 de diciembre de 1985 publicado en el BOE número 2 de fecha 2 de enero de 1986.

La LOPJ no reguló qué órganos estaban legitimados para promover el conflicto por lo que, en el régimen transitorio hasta la aprobación de la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales, siguió vigente el régimen de 1948 que atribuía legitimación activa directa en nombre de la Administración a los Gobernadores civiles y a los Delegados de Hacienda de las provincias en las materias referentes a sus competencias (artículo 7 de la Ley 1948).

En relación a la legitimación activa debemos tener en cuenta que el órgano colegiado constituido para decidir los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados, los Tribunales y la Administración atribuyó, por un lado, legitimación activa a un Consejero autonómico para requerir de inhibición a órganos jurisdiccionales y, por el otro, declaró mal formado el conflicto planteado por un Ayuntamiento por falta de legitimación activa y, en otro caso, declaró la legitimación activa por subrogación de competencias.⁴²¹

⁴²¹ Así consta en la sentencia del órgano colegiado constituido para decidir los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados, los Tribunales y la Administración, así:

Fundamento jurídico segundo de la sentencia de fecha 9 de julio de 1986 (conflicto 10/1986, BOE 205 de 27 de agosto de 1986):

“La innovación de las competencias de la Generalidad de Cataluña en materia penitenciaria, verificada en el requerimiento de inhibición y en el informe del Ministerio Fiscal, resulta pertinente a efectos de fundar la legitimación de la Administración Autonómica para promover el conflicto, pero carece de relevancia para su resolución en cuanto al fondo, puesto que la circunstancia de que la Generalidad de Cataluña haya devenido titular de competencias que tenía la Administración Central del Estado no altera los términos en que legalmente están fijados el ámbito y alcance de las competencias administrativas y de las atribuciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.”

Fundamento jurídico segundo de la sentencia de 10 de noviembre de 1986 (conflicto 13/1986, BOE 303 de 19 de diciembre de 1986):

“La Diputación Foral aparece legitimada por haber quedado situada en la posición jurídica del Delegado provincial de Hacienda, al que se refiere el artículo 7 de la Ley de 17 de julio de 1948 (RCL 1948\909y NDL 6448), de conformidad con lo establecido en la Ley 12/1981, de 13 de mayo (RCL 1981\1232), por la que se aprueba el concierto económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco y cuya disposición adicional quinta establece: «para la gestión, inspección, revisión y recaudación de los tributos concertados, las Instituciones competentes de los territorios históricos ostentarán las mismas facultades y prerrogativas que tiene reconocidas la Hacienda Pública del Estado».

Fundamento jurídico segundo de la sentencia de 10 de noviembre de 1986 (conflicto 4/1986, BOE 303 de 19 de diciembre de 1986):

“Se pretende justificar el proceder del Alcalde de Albal y la licitud de su actuar, que legitimaría su conducta procesal activa, en la concepción autonómica de que se estima investido los Ayuntamientos según la orientación que inspira, se afirma, el nuevo orden, pretensiones que se trata engarzar en el artículo 140 de la Constitución Española (RCL 1978\2836), en relación con el 8.º de la Ley 40/1981, de 28 de octubre (RCL 1981\2698), pero es necesario tener presente que dicha norma establece un régimen de tutela singular, pero no comporta ni atribuye facultad que frente a la Ley Orgánica del Poder Judicial y Ley específica de regulación de los Conflictos Jurisdiccionales le permita proceder con

Del mismo modo en relación a Jueces y Tribunales se atribuyó legitimación activa para promover el conflicto a los siguientes órganos (artículo 8 de la Ley de 1948):

- Sala de Gobierno del Tribunal Supremo.
- Salas de Gobierno de las Audiencias Territoriales en la jurisdicción ordinaria.
- Tribunales Provinciales de lo Contencioso-Administrativo.
- Las Magistraturas Provinciales de Trabajo.
- Los Tribunales Tutelares de Menores.
- Cualquier otro Tribunal, Autoridad u Organismo judicial siempre que el conflicto se suscite por órgano que tenga jurisdicción provincial o en otra demarcación más extensa.

Asimismo, se contemplaba la legitimación activa indirecta para promover conflictos para los órganos judiciales inferiores a los del artículo 8 y para las autoridades administrativas distintas del artículo 7 (así consta en el artículo 10 de la Ley de 1948).

En lo que respecta a la legitimación de conflictos negativos, la Ley de 1948 se limitaba a enumerar genéricamente que podrían declararse incompetentes los Jueces y Tribunales y las Autoridades administrativas si bien se otorgaba legitimación activa directa al interesado para instar el planteamiento de cuestión de competencia negativa entre Autoridad administrativa y Juez o Tribunal si estos se declaran incompetentes (artículo 41 de la Ley de 1948).

A diferencia de los conflictos positivos, en el caso del régimen transitorio que se analiza, no se plantearon conflictos negativos por lo que no hubo ninguna resolución que aplicó dichos preceptos en el mencionado período transitorio.

3.3.- Legitimación pasiva.

independencia y al margen del artículo 7.º, pues de lo que se trata es de destacar la sustantividad y plena personalidad jurídica que para el cumplimiento de sus fines se asigna a los Municipios, pero nada más, y, no más lejos, hasta el punto que pueda llegar a infringirse en el supuesto contemplado, los términos estrictos en que se inspira la Ley de 17 de julio de 1948 y la que le respalda: Ley Orgánica del Poder Judicial, sin que por otro lado la Ley 40/1981, de Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, asigne a los Municipios otras atribuciones que las que de manera amplia hemos indicado, y, por el contrario, se destaca una relación con la comunidad y la provincia a que pertenezca -artículo 141 de la Constitución Española, Vid. sentencias del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981 (RTC 1981\32) y de 18 de mayo de 1983 (RTC 1983\41), sin que lo expuesto menoscabe o afecte al «concepto indeterminado o abierto» que representa la idea de «intereses respectivos» a que alude el artículo 137 de la Constitución Española, por lo que procede declarar mal formulada la cuestión de competencia suscitada por el Ayuntamiento de Albal y que no ha lugar por tanto a resolverlo.”

En relación a la legitimación pasiva, esto es, los órganos objeto de requerimiento de inhibición, en el régimen transitorio rigieron los mismos sujetos previstos en la Ley de 1948.

Por ello, además de los propios órganos titulares de la competencia, podían deducir ante los mismos las declinatorias que estimaran procedentes las partes interesadas (artículo 11 de la Ley de 17 de julio de 1948).

También el Ministerio Fiscal ostentaba la legitimación pasiva para presentar declinatoria ante el Juez o Tribunal cuando estimase que el asunto de que conocían pertenecía a la Administración, en caso de que dicho órgano judicial no decretase la inhibición el Ministerio Fiscal lo comunicaría a la correspondiente Autoridad administrativa a los efectos correspondientes (artículo 18 Ley 1948).

3.4.- Procedimiento.

Al igual que el objeto, en relación al procedimiento, la Ley Orgánica del Poder Judicial mantuvo silencio si bien, de forma expresa, en el artículo 41, se estableció que quedaba en manos de la Ley el planteamiento, tramitación y decisión de los conflictos de jurisdicción.

La LOPJ no especificaba a que Ley se refería, aunque ahora sabemos que se refería a la futura Ley de Conflictos, si bien, en ese momento, podían albergarse dudas razonables.

La realidad es que, desde la entrada en vigor de la LOPJ hasta la entrada en vigor de la LOCJ, todas las resoluciones dictadas por el órgano colegiado constituido para decidir los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados, los Tribunales y la Administración el planteamiento y tramitación se rigieron por los trámites de Ley de 1948.

3.5.- Resolución.

La LOPJ incidió directamente en el régimen de resolución establecido hasta su entrada en vigor.

En efecto, como hemos visto era el Jefe de Estado quien resolvía las disputas entre Juzgados y Tribunales y Administración, la LOPJ vino a cambiar el titular de la resolución del asunto por un órgano colegiado constituido para decidir los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados, los Tribunales y la Administración.

En su disposición adicional cuarta, el legislador de la LOPJ dio un plazo de seis meses para la constitución de dicho órgano que, finalmente, se constituyó en fecha 20 de diciembre de 1985, y resolvió un total de 18 procedimientos durante su existencia, con carácter previo a su transformación en el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales tras la entrada en vigor de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 1987 el 9 de junio de 1987.

No es hasta el 26 de octubre de 1987 que aparece la primera resolución del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción tras la entrada en vigor de la Ley que lo reguló finalizando, por tanto, el régimen transitorio procesal a raíz de la aprobación de la LOPJ y la vigencia, en parte, de la Ley de 1948.

4.- ANÁLISIS DE LA LEY ORGÁNICA DE CONFLICTOS JURISDICCIONALES DE 1987.

Las previsiones de la disposición adicional primera de la LOPJ se desarrollaron tardíamente más allá del año previsto en la LOPJ y no fue hasta el 18 de mayo de 1987 que se aprobó la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales (BOE núm. 120, de 20 de mayo de 1987) que entró plenamente en vigor el 9 de junio de 1987.⁴²²

4.1.- Estructura de la Ley.

La Ley se estructuró en un preámbulo, 31 artículos, 4 disposiciones adicionales, 2 disposiciones transitorias y 2 disposiciones derogatorias.

A su vez, los artículos se agruparon en 4 capítulos, el Capítulo primero, de los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales y la Administración (artículos 1 a 21), el Capítulo segundo, de los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales y la jurisdicción militar, (artículos 22 a 29), el Capítulo tercero, De los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales de la jurisdicción militar y la Administración, (artículo 30) y el Capítulo cuarto, De los conflictos con la jurisdicción contable (artículo 31).

En el preámbulo de la Ley se recordó que la Ley de 17 de julio de 1948 se inspiró en el principio de concentración propio de los regímenes autoritarios por lo que se atribuyó al Jefe del Estado la competencia de resolución de los conflictos así como dicha atribución resultaba incompatible con el ordenamiento constitucional en vigor (como ya advirtió el propio Tribunal

⁴²² Transcurridos los veinte días de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado» puesto que en ella no se dispuso otra cosa, según lo que dispone el artículo 2.1 del Código Civil.

Constitucional en su STC 55/1985, de 22 de abril) y con la posición del Rey en dicho ordenamiento constitucional (como también advirtieron el profesor Parada Vázquez o Lorenzo Martín-Retortillo, entre otros).

La Ley, más allá de la referencia en un único artículo, no separa los conflictos positivos y los negativos por lo que, al analizar sus aspectos procesales, separaremos ambos tipos de conflictos.

4.2.- Los conflictos positivos de jurisdicción: su ámbito objetivo.

El objeto esencial de un conflicto de jurisdicción es la contienda de dos jurisdicciones que pretenden conocer las dos sobre un mismo asunto o, tal y como lo definió el órgano colegiado previsto en el artículo 38 de la propia Ley para resolver los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales y la Administración *“Un conflicto de jurisdicción se plantea cuando el órgano promotor intenta conseguir que el que está conociendo de un asunto deje de hacerlo, por considerar aquel que es de su competencia. El requerimiento de inhibición y la consiguiente formalización del conflicto operan, pues, sobre el presupuesto obvio de que un órgano administrativo -o jurisdiccional- entiende que el ámbito propio de sus atribuciones está siendo desconocido o invadido por la actuación de un órgano jurisdiccional -o administrativo-; presupone también, por la propia lógica intrínseca del conflicto, que éste sólo puede trabarse propiamente cuando el órgano requerido está en efecto conociendo de la cuestión sobre la que se proyecta la controversia, lo cual no acontece tanto si no conoce ni ha conocido del asunto, cuanto si, habiéndolo hecho, ha dejado ya de conocer en términos definitivos de suerte que quede sin objeto real el requerimiento de que se inhiba.”*⁴²³

Dicha contienda será resuelta por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción.⁴²⁴

Por otro lado, ya instaurado el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, en relación al objeto del mismo, el Tribunal dijo: *“Entiende el Ministerio Fiscal que en el caso no hay materia propia del proceso de conflictos. Este parecer, sin embargo no puede ser compartido, pues en el caso que ahora resolveremos, dentro del marco jurisdiccional que tiene atribuido este Tribunal, al igual que los precedentes invocados se suscita una controversia jurídica entre las partes contendientes, que tiene los rasgos característicos de las que son propias de la jurisdicción de conflictos. Para definir lo que es propio de un proceso de conflictos jurisdiccionales hay que partir de la interpretación conjunta de los artículos 4.1 y 5 de la Ley Orgánica 2/1987, el*

⁴²³ Sentencia de 10 de noviembre de 1986 en el conflicto 13/1986 (BOE 19/12/1986).

⁴²⁴ Artículo 1 LOCJ: *“Los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales y la Administración, serán resueltos por el órgano colegiado a que se refiere el artículo 38 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que recibirá el nombre de Tribunal de Conflictos de Jurisdicción.”*

*primero cuando asigna como objeto del conflicto la «defensa de su esfera de competencia y el segundo la de reclamar el conocimiento de asuntos».*⁴²⁵

Dejamos de lado la problemática sobre su definición, así como la consideración como jurisdicción de la Administración y el carácter jurisdiccional del Tribunal de Conflictos, a ello nos hemos referido en puntos anteriores y nos referiremos posteriormente, y no es objeto del análisis procesal.

Tras enumerar la anterior definición debemos precisar que en la LOCJ no existe un artículo concreto que defina expresamente el objeto de los conflictos jurisdiccionales si bien, de una lectura conjunta de varios de sus artículos, podemos obtener una delimitación del mismo.

Como paso previo, debemos definir que entendemos por “asunto” puesto que dicho término aparece citado en varios apartados del articulado, sin que se determine a qué asunto concreto se refiere.⁴²⁶

De la lectura de conjunto de la LOCJ entendemos que asunto se refiere o bien al proceso que se conoce en un determinado Juzgado o Tribunal o bien al procedimiento administrativo que se sustenta ante un órgano administrativo y, en ambos casos, no se trata de un acto jurisdiccional concreto o un acto administrativo específico, sino que entendemos asunto como el proceso jurisdiccional o el procedimiento administrativo en su totalidad.

Por ello, si no existe dicho “asunto”, por cuanto haya finalizado el proceso o el procedimiento administrativo, no existirá objeto del conflicto y, en ciertos, casos, se declara que no existe objeto del conflicto.⁴²⁷

⁴²⁵ Sentencia de 11 de diciembre de 1994 (conflicto 1/1995-T).

⁴²⁶ Encontramos la denominación de “asunto” en los artículos 5, 7, 8, 9.1, 11.1, 11.2, 13.1, 23.1, 23.2 y 27.1 de la LOCJ.

⁴²⁷ La sentencia de 11 de julio de 2007 (conflicto 10/2005) acuerda el archivo del conflicto por carencia de objeto, en su fundamento jurídico único establece:

“El artículo 7 de la LO 2/1987, de 18 de mayo establece: «No podrán plantearse conflictos de jurisdicción a los Juzgados y Tribunales en los asuntos judiciales resueltos por auto o sentencia firmes o pendientes sólo de recurso de casación o de revisión, salvo cuando el conflicto nazca o se plantee con motivo de la ejecución de aquéllos o afecte a facultades de la Administración que hayan de ejercitarse en trámite de ejecución».

La puesta en libertad de la interna, según consta en las actuaciones, en virtud del cumplimiento de la pena impuesta, el 1 de septiembre de 2005 priva de objeto al conflicto planteado por la Delegación de Gobierno de Madrid el 19 de julio de 2005, frente al Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid de 5 de julio de 2005. Se está en el caso, pues, de declarar sin objeto el conflicto planteado, ordenando el archivo de las actuaciones.”

En otros casos, como los supuestos en que el asunto judicial sea firme (o únicamente pendiente de recurso de casación o revisión) o el asunto administrativo haya agotado la vía administrativa (supuestos del artículo 7 y 8 de la LOCJ) se establece que sí que existe objeto del conflicto, si bien el mismo no puede plantearse o está mal planteado y, por lo tanto, se declara el conflicto como improcedente.⁴²⁸

4.3.- Delimitación del objeto del conflicto positivo de jurisdicción.

Efectuada la precisión anterior debemos delimitar positiva y negativamente el objeto del conflicto de jurisdicción:

1.- Según el artículo 5 de la LOCJ (en relación con los artículos 2 y 9.1 de la LOCJ) el conocimiento del asunto objeto del conflicto debe fundamentarse de acuerdo a la legislación vigente y citar los preceptos legales que sean de

⁴²⁸ Así consta en la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de fecha 18 de octubre de 2010 (conflicto 2/2010) fundamento jurídico tercero:

“No pueden entablarse conflictos de jurisdicción por los órganos jurisdiccionales cuando el asunto ha sido ya resuelto por medio de acto que agota la vía administrativa, pues a este Tribunal no le corresponde, como antes señalamos y ahora insistimos, ocuparse de cuestiones ajenas al deslinde competencial entre el órgano administrativo y judicial, como resultaría si examinásemos el fondo de un asunto ya resuelto. Dicho de otro modo, no podemos entender que concurren los presupuestos para el correcto planteamiento del conflicto de jurisdicción cuando la actuación controvertida ya ha concluido, y el objeto del conflicto es precisamente enjuiciar lo que ha sido ya resuelto, tratando de traspasar la naturaleza del conflicto jurisdiccional en una suerte de recurso impugatorio.”

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de fecha 17 de noviembre de 1991 (conflicto 5/1992-T) en su fundamento jurídico segundo:

“Este agotamiento de la actividad jurisdiccional ha sido puesto de manifiesto por el Abogado del Estado, quien entiende que la interpretación adecuada del art. 7º de la citada Ley Orgánica 2/1987 lleva a declarar en el caso actual mal planteado el conflicto. Ciertamente el Real Decreto decisorio de competencias de 28-11-1984, que se remite a otro Decreto de competencias de 23-12-1971, establece, interpretando el art. 13 de la Ley de 17-7-1948, que lo que se pretende en él «es que no sean planteadas (las entonces cuestiones de competencia a los Jueces y Tribunales) en procedimientos judiciales conclusos por haberse alcanzado el objeto de la acción ejercitada en ellos», añadiendo la Sentencia de este Tribunal de Conflictos de 10-11-1986, con respecto al mismo precepto que, «el requerimiento de inhibición y la consiguiente formalización del conflicto... presupone también, por la propia lógica intrínseca del conflicto, que éste sólo puede trabarse propiamente cuando el órgano requerido está en efecto conociendo de la cuestión sobre la que se proyecta la controversia, lo cual no acontece tanto si no conoce ni ha conocido del asunto, cuando si habiéndolo hecho, ha dejado ya de conocer en términos definitivos de suerte que quede sin objeto real el requerimiento de que se inhíba».
Estos razonamientos son extensivos al art. 7º de la vigente Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales, pues éste viene en términos generales a perfilar y a ajustar a las normas vigentes el contenido del art. 13 de la Ley de 1948 que acaba de citarse.”

aplicación al caso y aquellos en que se apoye para reclamar el conocimiento del asunto.⁴²⁹

Por lo tanto no hay objeto del conflicto de jurisdicción si lo que se reclama es la falta de competencia para conocer de un determinado asunto sin citar los preceptos legales que atribuyan dicha jurisdicción, por ello es fundamental los fundamentos jurídicos aplicables.

Dicho de otro modo: únicamente se puede plantear conflicto positivo para reclamar aquellos asuntos que, de acuerdo con la legislación vigente, les corresponda atender a ellos mismos o, en el caso de Administraciones públicas, además, de las autoridades que de ellas dependan o en los ramos que representan.

2.- La LOCJ delimita expresamente en un sentido negativo el objeto del conflicto de jurisdicción, así:

a.-) No puede ser objeto de conflicto la iniciación o seguimiento de un procedimiento de “habeas corpus” o de adopción en su seno de las resoluciones de puesta en libertad o a disposición judicial con el claro efecto de proteger un derecho fundamental protegido por el artículo 17.4 de la CE y desarrollado por Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo (artículo 6 LOCJ).⁴³⁰

⁴²⁹ Artículo 2 LOCJ: “Cualquier Juzgado o Tribunal podrá plantear conflictos jurisdiccionales a la Administración. Sin embargo, los Juzgados de Paz tramitarán la cuestión al Juez de Primera Instancia e Instrucción, que, de estimarlo, actuará conforme a lo dispuesto en el artículo 9.”

Artículo 5 LOCJ: “Sólo los titulares de los órganos a que se refiere el artículo 3 podrán plantear conflictos de jurisdicción a los Juzgados y Tribunales, y únicamente lo harán para reclamar el conocimiento de los asuntos que, de acuerdo con la legislación vigente, les corresponda entender a ellos mismos, a las autoridades que de ellos dependan, o a los órganos de la Administración Pública en los ramos que representan.”

Artículo 9 LOCJ: “1. El Juez o Tribunal que, por su propia iniciativa o a instancia de parte, considere de su jurisdicción un asunto de que está conociendo un órgano administrativo, deberá, antes de requerirle de inhibición, solicitar el informe del Ministerio Fiscal, que habrá de evacuarlo en plazo de cinco días. Si decide a su vista formalizar el conflicto de jurisdicción, dirigirá directamente al órgano que corresponda de los enumerados en el artículo 3, un requerimiento de inhibición citando los preceptos legales que sean de aplicación al caso y aquellos en que se apoye para reclamar el conocimiento del asunto.

2. El órgano requerido, una vez que reciba el oficio de inhibición, dará vista, si los hubiere, a los interesados en el procedimiento, para que se pronuncien en el plazo común de diez días, debiendo, en nuevo término de cinco días, pronunciar si mantiene su jurisdicción o si acepta la solicitud de inhibición. Contra esta decisión no cabrá recurso alguno.”

⁴³⁰ Artículo 6 LOCJ: “No podrán plantearse conflictos, frente a la iniciación o seguimiento de un procedimiento de «habeas corpus» o de adopción en el mismo de las resoluciones de puesta en libertad o a disposición judicial.”

b.-) Tampoco puede ser objeto de conflicto las resoluciones judiciales resueltas por auto o sentencia firme o pendiente únicamente de recurso de casación o de revisión, excepto que el conflicto nazca o se plantee con motivo de la ejecución de las resoluciones judiciales o se produzca una afectación a facultades de la Administración que hayan de ejercitarse en el trámite de ejecución (artículo 7 LOCJ)⁴³¹

La regulación de las resoluciones judiciales se halla en la LOPJ y, en concreto, en el Capítulo IV del Título III (acuerdos, providencias, autos y sentencias) si bien el artículo 7 de la LOCJ solo establece la exclusión de los autos y sentencias con contenido jurisdiccional pudiendo, por tanto, ser objeto de conflicto los acuerdos que se regulan en el artículo 244.1 de la LOPJ que no ostentan el carácter jurisdiccional así como las providencias que sí ostentan el carácter jurisdiccional si bien se encargan de la ordenación material del proceso y no son finalizadoras.

Huelga decir que difícilmente cabe la posibilidad de planteamiento de conflictos contra acuerdos por su carácter gubernativo así como contra una providencia de ordenación material el proceso.⁴³²

Dicha delimitación negativa del objeto del conflicto es acorde con el principio de la cosa juzgada, tanto en su esfera formal (artículo 207 de la LEC) como en su esfera material (artículo 222 de la LEC).

En efecto, cuando una sentencia deviene firme o únicamente resta pendiente de recurso de casación (477 y ss. de la LEC, 86 y ss. LRJCA, 205 y ss. de la

⁴³¹ Artículo 7 LOCJ: “No podrán plantearse conflictos de jurisdicción a los Juzgados y Tribunales en los asuntos judiciales resueltos por auto o sentencia firmes o pendientes sólo de recurso de casación o de revisión, salvo cuando el conflicto nazca o se plantee con motivo de la ejecución de aquéllos o afecte a facultades de la Administración que hayan de ejercitarse en trámite de ejecución.”

⁴³² El Tribunal de Conflictos en sentencia 4/1992-T de 4 de noviembre ha tratado levemente el asunto al establecer que:

“Desde este planteamiento, adquiere fuerza concluyente el argumento del Juez en el sentido de que no puede dejar de conocer de un asunto del que ya no conoce, aunque la invocación del artículo 7 de la Ley Orgánica 2/1987 exigiría matizaciones, dado que (prescindiendo de las dudas razonables que suscita el que la resolución judicial tomara la forma de providencia y no de auto) habría un problema atinente a la ejecución de la resolución (en términos que evocarían la salvedad del propio artículo 7) si se estimara que la autorización judicial impuso la reposición de los televisores e impide que, sin incumplimiento de la resolución del Juez (aunque se aceptase que aquel efecto impeditivo no opera ante un eventual cambio de situación o de circunstancias), la Administración Penitenciaria pueda decidir la ulterior retirada de tales aparatos, en correcto ejercicio de su competencia y supuesto que existan razones fundadas para ello. No es el caso, porque no tiene ese alcance obstativo la providencia judicial de 26 de noviembre de 1991.”

LRJS y 847 y ss. LECrim) o revisión (5 bis de la LOPJ, 509 y siguientes de la LEC, 102 LRJCA, 236 LRJS y 954 a 961 de la LECrim) no se puede plantear conflicto de jurisdicción.

Evidentemente, del redactado del artículo 7 in fine de la LOCJ se desprende que nos hallamos ante un cajón de sastre donde la Administración puede justificar el nacimiento de un conflicto en un proceso judicial con sentencia o auto firme o sólo pendiente de recurso de casación o de revisión en el que, en fase de ejecución provisional o definitiva, se puedan afectar *“facultades de la Administración que hayan de ejercitarse en el trámite de ejecución”*.

Debemos plantearnos la duda de a qué facultades se refiere el artículo 7 de la Ley, la respuesta nos puede venir dada del análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Conflictos, así:

- El Tribunal de Conflictos entiende que si se pudo plantear el conflicto antes de la ejecución de la sentencia y el mismo no se planteó, el conflicto es improcedente (Sentencia 2/1989 de 28 de abril)⁴³³
- Por el contrario, el Tribunal entiende que no estamos ante facultades de la Administración que hayan de ejercitarse en el trámite de ejecución cuando la Administración lo que pretende es evitar la ejecución de la sentencia (Sentencia 17/1988 de 7 de julio).⁴³⁴

⁴³³ En su fundamento jurídico tercero de la Sentencia del Tribunal de Conflictos 2/1989 de 28 de abril, se establece lo siguiente:

“En el presente caso, se trata de un conflicto derivado de la ejecución de una sentencia firme dictada en el proceso especial del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, en el que se alega por el Ayuntamiento de Albal, para tratar de evitar la ejecución, que la finca controvertida es propiedad municipal, cuestión esta última que no puede entenderse comprendida en ninguna de las excepciones a la regla general que veda la posibilidad de formalizar el conflicto tan pronto la resolución judicial ha ganado firmeza, ya que aquélla no surge con motivo de la ejecución de la sentencia, sino que es anterior, por lo que el conflicto pudo, en su caso, plantearse antes de pronunciarse la decisión judicial, pero no después, por no ser posible, a través de resoluciones de conflicto, cuestionar el fallo judicial y tratar de evitar su cumplimiento, y ello con independencia de si el Ayuntamiento debió o no ser considerado parte en el referido proceso, así como del resto de las incidencias procesales planteadas en el mismo, por ser ajenas a la incumbencia de este Tribunal, que no tiene otro objeto que determinar el órgano competente para conocer de un asunto, absteniéndose de cualquier juicio sobre problemas procesales o de fondo del mismo.”

⁴³⁴ El segundo párrafo del fundamento jurídico tercero de la sentencia del Tribunal de Conflictos 17/1988, de 17 de julio, dice:

“En el presente caso, el conflicto se plantea una vez que la sentencia ha quedado firme, y con posterioridad a la diligencia de ejecución, a partir de la fecha de aquélla, se abre el expediente por el Ayuntamiento, en orden a la extensión y límites del camino público; actuaciones que exceden en su extensión a la cuestión civil, a la que la sentencia pone fin. El artículo 7.º de la Ley no es, ni puede ser,

c.-) En coherencia con el punto anterior, tampoco pueden ser objeto de conflicto el planteamiento de conflicto contra los actos administrativos que hayan agotado la vía administrativa, salvo que el conflicto se plantee contra la competencia para la ejecución del acto administrativo firme (artículo 8 LOCJ).⁴³⁵

Entendemos que un acto administrativo es firme cuando ha agotado la vía administrativa y, según el artículo 114 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ponen fin a la vía administrativa los siguientes actos:

- a) Las resoluciones de los recursos de alzada.*
- b) Las resoluciones de los procedimientos a que se refiere el artículo 112.2.*
- c) Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca lo contrario.*
- d) Los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento.*
- e) La resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive.*
- f) La resolución de los procedimientos complementarios en materia sancionadora a los que se refiere el artículo 90.4.*
- g) Las demás resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca.*

2. Además de lo previsto en el apartado anterior, en el ámbito estatal ponen fin a la vía administrativa los actos y resoluciones siguientes:

- a) Los actos administrativos de los miembros y órganos del Gobierno.*
- b) Los emanados de los Ministros y los Secretarios de Estado en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas los órganos de los que son titulares.*
- c) Los emanados de los órganos directivos con nivel de Director general o superior, en relación con las competencias que tengan atribuidas en materia de personal.*
- d) En los Organismos públicos y entidades derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los emanados de los máximos órganos de dirección unipersonales o colegiados, de acuerdo con lo que establezcan sus estatutos, salvo que por ley se establezca otra cosa."*

Para finalizar entendemos que, al igual que establece el profesor García de Enterría, no resulta procedente el cajón de sastre del artículo 7 in fine de la LOCJ, así en palabras del reputado profesor: *"Han de ser, pues, los propios juzgadores quienes resuelvan cuantas incidencias se produzcan en fase de ejecución*

una medida para retrasar el cumplimiento de una sentencia ni para cuestionar lo decidido en ella por lo que resulta, conforme a dicho artículo 7.º, que el conflicto se considera improcedente ya que con él se pretende evitar o demorar el cumplimiento de un fallo judicial, por lo que en virtud de lo establecido en los artículos 117.3 y 118 de la Constitución y 2.º; 9.º, 2, y 17 de la Ley 6/1985, Orgánica del Poder Judicial"

⁴³⁵ Artículo 8 LOCJ: *"Los Jueces y Tribunales no podrán suscitar conflictos de jurisdicción a las Administraciones Públicas en relación con los asuntos ya resueltos por medio de acto que haya agotado la vía administrativa, salvo cuando el conflicto verse sobre la competencia para la ejecución del acto."*

de sus resoluciones y sentencias (hoy arts., 103 y ss. LJ vigente). Entregar esa competencia que les otorga sin lugar a dudas la Constitución a un órgano mixto, de composición paritaria, judicial y administrativa, para que sea éste quien decida quién ha de entender sobre las cuestiones que la ejecución de una resolución firme plantea, choca frontalmente con el precepto de la Norma Fundamental que acaba de transcribirse y otorga a la Administración el privilegio de interferir en el ejercicio de la función jurisdiccional. Esta previsión ha de estimarse hoy derogada por los artículos 103 y ss. LJ.”⁴³⁶

4.4.- Ámbito subjetivo del conflicto positivo de jurisdicción.

4.4.1.- Legitimación activa.

El preámbulo ya advierte que, como no podía ser de otra manera, se modifica el orden procedimental de la Ley de 1948 para adecuarlo a la organización de los poderes del Estado derivados del orden constitucional en vigor.

Dicha modificación pasa, en primer lugar y como veremos, por ampliar los órganos legitimados para suscitar los conflictos si bien para analizar la legitimación activa diferenciaremos entre los órganos legitimados de la Administración y aquellos órganos legitimados por parte de los Juzgados y Tribunales.

a.-) Administración.

Desde el punto de vista de la Administración, la Ley amplía la legitimación activa hacia la Administración autonómica y local que se unen a la Administración central siguiendo la estructura territorial del Estado prevista en la Constitución (artículo 3 de la LOCJ).⁴³⁷

⁴³⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “Curso...”, op. cit., (página 541).

⁴³⁷ Artículo 3 LOCJ: “Podrán plantear conflictos de jurisdicción a los Juzgados y Tribunales:

1.º En la Administración del Estado:

- a) Los miembros del Gobierno.
- b) Los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas.
- c) Los Generales con mando de región militar o zona militar, los Almirantes con mando de zona marítima, el Almirante Jefe de la jurisdicción central, el Comandante General de la Flota y los Generales Jefes de región aérea o zona aérea.
- d) Los Gobernadores civiles.
- e) Los Delegados de Hacienda.

2.º En la Administración autonómica, el órgano que señale el correspondiente Estatuto de Autonomía. A falta de previsión en el Estatuto de Autonomía, podrán plantear conflictos, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma o cualquiera de sus miembros, por conducto del Presidente.

3.º En la Administración Local:

- a) Los Presidentes de las Diputaciones Provinciales u órganos de la Administración Local de ámbito provincial.

Dicha ampliación, en el caso de la Administración autonómica, ya se había resuelto por el órgano colegiado constituido para decidir los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados, los Tribunales y la Administración en su conflicto número 10/1986 si bien, respecto en lo que atañe a la Administración local, el conflicto número 4/1986 declaró mal formulado el conflicto y, por lo tanto, negó legitimación activa a dicha administración local.⁴³⁸

Los artículos 3 y 4 de la Ley establecen una diferencia entre los órganos de la Administración del Estado, Autonómica y Local que pueden plantear conflicto de jurisdicción así como del resto de órganos de las Administraciones Públicas.

-
- b) Los Presidentes de los Cabildos y Consejos Insulares.
 - c) Los Alcaldes Presidentes de los Ayuntamientos."

⁴³⁸ La Sentencia de 9 de julio de 1986 (conflicto 10/1986) aceptó la legitimación activa de la Generalitat de Catalunya:

"La innovación de las competencias de la Generalidad de Cataluña en materia penitenciaria, verificada en el requerimiento de inhibición y en el informe del Ministerio Fiscal, resulta pertinente a efectos de fundar la legitimación de la Administración Autonómica para promover el conflicto, pero carece de relevancia para su resolución en cuanto al fondo, puesto que la circunstancia de que la Generalidad de Cataluña haya devenido titular de competencias que tenía la Administración Central del Estado no altera los términos en que legalmente están fijados el ámbito y alcance de las competencias administrativas y de las atribuciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria."

La Sentencia de 10 de noviembre de 1986 (conflicto 4/1986) declaró mal formulado el conflicto y negó la legitimación activa al Ayuntamiento de Albal:

"Se pretende justificar el proceder del Alcalde de Albal y la licitud de su actuar, que legitimaría su conducta procesal activa, en la concepción autonómica de que se estima investido los Ayuntamientos según la orientación que inspira, se afirma, el nuevo orden, pretensiones que se trata engarzar en el artículo 140 de la Constitución Española (RCL 1978\2836), en relación con el 8.º de la Ley 40/1981, de 28 de octubre, pero es necesario tener presente que dicha norma establece un régimen de tutela singular, pero no comporta ni atribuye facultad que frente a la Ley Orgánica del Poder Judicial y Ley específica de regulación de los Conflictos Jurisdiccionales le permita proceder con independencia y al margen del artículo 7.º, pues de lo que se trata es de destacar la sustantividad y plena personalidad jurídica que para el cumplimiento de sus fines se asigna a los Municipios, pero nada más, y, no más lejos, hasta el punto que pueda llegar a infringirse en el supuesto contemplado, los términos estrictos en que se inspira la Ley de 17 de julio de 1948 y la que le respalda: Ley Orgánica del Poder Judicial, sin que por otro lado la Ley 40/1981, de Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, asigne a los Municipios otras atribuciones que las que de manera amplia hemos indicado, y, por el contrario, se destaca una relación con la comunidad y la provincia a que pertenezca -artículo 141 de la Constitución Española, Vid. sentencias del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981 y de 18 de mayo de 1983, sin que lo expuesto menoscabe o afecte al «concepto indeterminado o abierto» que representa la idea de «intereses respectivos» a que alude el artículo 137 de la Constitución Española, por lo que procede declarar mal formulada la cuestión de competencia suscitada por el Ayuntamiento de Albal y que no ha lugar por tanto a resolverlo."

Pueden plantear conflictos de jurisdicción y, por tanto, ostentan legitimación activa, los siguientes órganos:

Administración del Estado (artículo 3.1º de la LOCJ):

- Los miembros del Gobierno
- Los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas
- Los Gobernadores Civiles
- Los Delegados de Hacienda

Respecto a la regulación anterior la Ley vigente dota de legitimación activa a los miembros del Gobierno y a los Delegados del Gobierno en las respectivas Comunidades Autónomas.

Se observa la paradoja que, a falta de previsión estatutaria, el órgano ejecutivo colegiado de las correspondientes comunidades autónomas y sus miembros individuales están legitimados para plantear conflictos de jurisdicción si bien, en el ámbito estatal, el Consejo de Ministros no dispone de legitimación activa sino que ésta corresponde, única y exclusivamente, a sus miembros individuales y no en forma colectiva.

La previsión de legitimación activa a los Delegados de Gobierno en las Comunidades Autónomas obedece a sus competencias atribuidas por Ley 17/1983, de 16 de noviembre de 1983 de desarrollo del artículo 154 de la Constitución⁴³⁹ y que, en las comunidades autónomas un provinciales, por parte del órgano colegiado constituido para decidir los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados, los Tribunales y la Administración ya se les había reconocido dicha legitimación debido a la atribución de las funciones propias de los Gobernadores Civiles.⁴⁴⁰

⁴³⁹ La Ley aprobada con carácter previo a la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en sus artículos 5 y 6a dice:

“Artículo quinto.

El Delegado del Gobierno ostenta la representación del Gobierno en el territorio de la Comunidad Autónoma y ejerce su superior autoridad sobre los Gobernadores civiles y sobre todos los órganos de la Administración civil del Estado en el territorio de la Comunidad Autónoma.

Artículo sexto.

Corresponde al Delegado del Gobierno:

a) Dirigir y coordinar la Administración civil del Estado en el ámbito de la Comunidad Autónoma, e impartir, conforme a las directrices del Gobierno, las instrucciones necesarias para ordenar la actividad de sus servicios.”

⁴⁴⁰ Sentencias número 11/1986 de 20 de julio de 1986 y 12/1986 de 9 de julio de 1986, fundamento jurídico segundo:

Si bien los órganos enumerados obedecen a razones de competencia, otros obedecen a razones históricas y/o prácticas: este es el caso de los Gobernadores Civiles y de los Delegados de Hacienda.

En efecto, nótese que los Gobernadores Civiles disponen de legitimación activa desde la Ley para el Gobierno de fecha 2 de abril de 1845 en la que se le asigna el carácter de “gefe político” que enumera el Real Decreto de 6 de junio de 1844 a cuya figura se le otorgaba en exclusiva la legitimación activa.⁴⁴¹

El motivo de mantener los Delegados de Hacienda como legitimados activamente obedece, también, a una razón histórica (desde el año 1924 acompañan a los Gobernadores Civiles como legitimados activamente)⁴⁴² y práctica puesto que estadísticamente los supuestos en los que el

“Segundo. El conflicto de jurisdicción ha de entenderse regular y formalmente planteado por cuanto: a) el Delegado del Gobierno requirente, como titular de las competencias atribuidas al Gobernador Civil en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, según lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 17/1983, de 16 de noviembre está legitimado para suscitarlo al amparo de lo establecido en el artículo 7 de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 17 de julio de 1948.” y “Segundo. Expuesto lo anterior, el conflicto de jurisdicción ha de entenderse regular y formalmente planteado, puesto que se da el concurso de los presupuestos siguientes: a) El Delegado del Gobierno requirente, como titular de las competencias atribuidas al Gobernador Civil en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, está legitimado para promover conflictos jurisdiccionales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 17 de julio de 1948, en relación con el 11 de la Ley 11/1983, de 16 de noviembre.”

⁴⁴¹ El artículo 1º de la Ley de 2 de abril de 1845 decía: “Para el gobierno de las provincias de la monarquía habrá en cada una de ellas una autoridad superior nombrada por el Rey, bajo la dependencia inmediata del ministerio de la Gobernación de la Península; esta autoridad conservará por ahora el título de gefe político.” Si bien la denominación de Gobernador civil aparece por primera vez en el Real Decreto de 28 de diciembre de 1849 (Gaceta de Madrid, número 5631 de 30 de diciembre de 1849) donde en su artículo 5 se establece: “Las atribuciones de los Gobernadores, en la parte política y administrativa, serán las mismas que han tenido los Jefes políticos”.

⁴⁴² Desde el Real Decreto de 29 de julio de 1924 por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento Económico-Administrativo donde en su artículo 60 dice:

“Artículo 60. Los Delegados de Hacienda de las provincias son las únicas autoridades encargadas de suscitar cuestiones de competencia a los Tribunales y Juzgados de todos los órdenes, en las materias referentes a dicho ramo.

Cuando se trate de asuntos correspondientes a la Administración provincial, deberán oír previamente al Abogado del Estado en la provincia.

Cuando se trate de asuntos correspondientes a la Administración Central, el Jefe del organismo respectivo, previo informe de la Dirección general de lo Contencioso, se dirigirá al Delegado de Hacienda de la provincia en que tenga su residencia el Tribunal o Juzgado que haya de ser requerido, a fin de que promueva en forma la cuestión de competencia.”

planteamiento de los conflictos es iniciado por los Delegados de Hacienda es mucho mayor al resto de legitimados.⁴⁴³

Administración Autónoma (artículo 3.2º de la LOJ):

- Los órganos que señalen los Estatutos de Autonomía
- En su defecto, el Consejo de Gobierno o cualquiera de sus miembros a través del presidente autonómico.

La Ley de conflictos traslada a las Comunidades Autónomas la capacidad de determinar qué órganos están legitimados activamente para plantear un conflicto jurisdiccional (artículo 3.2º de la LOJ) si bien la LOJ delimita cualitativamente la norma autonómica capacitada para su determinación, que no es otra que el Estatuto de Autonomía correspondiente, norma superior del ordenamiento autonómico y con fuerza de Ley Orgánica (artículo 81.1 de la CE).

En defecto de previsión estatutaria, la Ley de conflictos establece la legitimación del Consejo de Gobierno autonómico o cualquiera de sus miembros que lo harán a través de su presidente si bien dicha legitimidad opera única y exclusivamente en falta de previsión estatutaria, en caso contrario deberá estarse a lo prevenido en el Estatuto de Autonomía correspondiente.⁴⁴⁴

⁴⁴³ Así consta en la estadística elaborada por DOMPER FERRANDO, Javier Domper, en “Repertorio de la jurisprudencia de conflictos jurisdiccionales (1948-1975)”, INAP, 1978, si bien, en la actualidad, según la estadística de los años 1987 a 2020, el número de conflictos planteados por los Delegados de Hacienda ha descendido notablemente.

⁴⁴⁴ La previsión de legitimación de los miembros del Gobierno autonómico fue el resultado de la aceptación de una enmienda al texto del Congreso por parte de Minoría Catalana y del Grupo de CDS, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, III Leg, Pleno y Diputación permanente, pagina 1728, enmiendas 4 y 17.

Asimismo, el órgano colegiado constituido para decidir los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados, los Tribunales y la Administración, en la sentencia de 5 de diciembre de 1986 (conflicto 18/1986) aplicó dicho artículo:

“En el conflicto de jurisdicción, suscitado por el Presidente de la Junta de Andalucía respecto del Magistrado de Trabajo número 5 de Sevilla, en cuanto a la actuación de este órgano jurisdiccional, como dubitada, en lo que a su competencia se refiere, al haber decretado el embargo de la subvención a la gratuidad de la enseñanza adjudicada al Colegio «Calderón de la Barca», de Sevilla, para responder de los conceptos de indemnización debida por despido, declarado nulo por sentencia firme, por los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, e intereses y costas; requerimiento que, realizado por el Presidente de la Junta de Andalucía, al amparo del artículo 42.1 de la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto de Autonomía de Andalucía, que expresamente dispone: «El Consejo de Gobierno por conducto de su Presidente, podrá plantear conflictos de jurisdicción a los Jueces y Tribunales conforme a las Leyes reguladoras de aquéllas», existe perfecta adecuación formal, adjetiva, en cuanto a su formalización, respecto a la norma rectora que, no obstante ser remota, tiene plena

Como hemos visto, en el ámbito transitorio, el órgano colegiado constituido para decidir los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados, los Tribunales y la Administración, ya reconoció la legitimación de un miembro del Consejo de Gobierno autonómico para promover el conflicto en aras a la asunción de la Comunidad Autónoma de las competencias que tenía la Administración Central del Estado (conflicto 10/1986).

Administración local (artículo 3.3º de la LOCJ):

- Presidentes de las Diputaciones Provinciales o órganos de la Administración Local de ámbito provincial
- Presidentes de Cabildos y Consejos Insulares
- Los Alcaldes de los Ayuntamientos

La previsión de la legitimación activa en la Administración local no consta en ninguno de los textos legales de régimen local.⁴⁴⁵

Órganos de otras Administraciones Públicas (artículo 4 de la LOCJ):

El artículo 4 de la LOCJ prevé los demás órganos de las Administraciones Públicas puedan proponer la promoción de un conflicto jurisdiccional en defensa de su esfera de competencias.⁴⁴⁶

Podrán solicitar su planteamiento al órgano correspondiente de los mencionados en el artículo 3 de la LOCJ.

virtualidad, no sólo reconocida por este órgano en numerosas resoluciones, sino de una manera explícita y terminante por Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, en su disposición adicional cuarta y artículos 38 y siguientes de la misma, y, por consiguiente, los presupuestos que en la misma se establecen en orden a la actuación de la Presidencia de la Junta de Andalucía, a través del Consejo de Gobierno, suspensión del curso de los autos, informes previos y traslado a las partes interesadas se han cumplido."

⁴⁴⁵ Dicha previsión no consta en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local ni en su texto refundido ni en las normas autonómicas de desarrollo.

⁴⁴⁶ Artículo 4 LOCJ: "1. Cuando los demás órganos de las Administraciones Públicas estimen que deben proponer la promoción de un conflicto jurisdiccional en defensa de su esfera de competencias, podrán solicitar su planteamiento al órgano correspondiente de los mencionados en el artículo anterior. A tal efecto, se dirigirán a él por conducto reglamentario, destacando los motivos que aconsejen el planteamiento del conflicto y razonando, con invocación de los preceptos legales en que se funde, los términos de la propuesta.

2. Si el órgano que recibió la propuesta decide aceptarla, promoverá el conflicto y dirigirá las demás actuaciones que se sigan, sin perjuicio de recabar del órgano solicitante toda la información que necesite."

- Pueden plantearlo previa petición motivada y razonada (con invocación de los preceptos legales en que se funde) a cualquiera de los mencionados en el artículo 3 de la LOCJ
- Corresponde a dicho órgano de los enumerados en el artículo 3 de la LOCJ la discrecionalidad de aceptarlo o no.

La previsión del artículo 4 de la Ley nos plantea la duda de a qué órganos se refiera con la denominación de “los demás órganos de las Administraciones Públicas”, puesto que nos sitúa ante la propia definición de la Administración y su clasificación que ha sido abordada en los puntos anteriores.

En efecto, estamos en el ámbito de aplicación del artículo 1 h) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa donde se establece que se entenderán como Administraciones Públicas las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales y del artículo 2.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Pública y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público donde se establece que también tienen la consideración de Administraciones Públicas los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones estatales, autonómicas y locales.

En definitiva, se plantea otra problemática, puesto que dichos órganos ostentan una legitimación activa de segundo grado, ¿qué sucedería ante la negativa del órgano estatal, autonómico o local en aceptar la petición efectuada y, por lo tanto, de plantear conflicto de jurisdicción?

De todo ello, por el redactado de la norma, se entiende que estamos ante una potestad discrecional del órgano que ostenta la legitimación activa de primer grado quien deberá dar, en todo caso, audiencia a los interesados en el expediente correspondiente (así queda establecido en el artículo 10.1 de la LOCJ si bien sólo sería preceptiva la audiencia en los casos en que se decida plantar el conflicto “entienda que, (...), deba plantear”).

Así, la previsión del artículo 4 de la LOCJ es un cajón de sastre donde no solo caben los demás órganos de las Administraciones Públicas sino que también aquellos órganos que forman parte de la denominada Administración Institucional, Universidades y Colegios profesionales.⁴⁴⁷

⁴⁴⁷ La incorporación autónoma de las Universidades y Colegios profesionales fue objeto de la enmienda 40 presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Popular en la tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados, si bien dicha enmienda fue rechazada:

b.-) Poder Judicial

En relación al Poder Judicial la legitimación activa se amplía prácticamente a todos sus órganos, con lógica aplicación del principio de independencia, exclusividad y la atribución del monopolio judicial a favor de los Juzgados y Tribunales (artículo 117.1 CE, 117.3 CE y 2.1 LOPJ).

Únicamente existe la excepción de los Juzgados de Paz que, como legitimados activamente en segunda instancia, deberán tramitar el planteamiento del conflicto al Juez de Primera Instancia e Instrucción que, en caso que lo estime conveniente, planteará el conflicto de jurisdicción (artículo 2 de la LOCJ).⁴⁴⁸

Nos encontramos ante un supuesto similar al del artículo 4 de la LOCJ donde el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción goza de la potestad discrecional de plantear o no el conflicto jurisdiccional, supuesto que, aparentemente,

“Y, por supuesto, no hace mención nunca a la posibilidad de que puedan iniciar conflictos de jurisdicción. Y es lógico, también, porque es muy difícil -no digo que no haya algún caso, pero es muy difícil; por lo menos, en toda la jurisprudencia no he encontrado un solo caso plantearse como hecho una situación en que la Universidad entienda que los Jueces, que es el problema que se puede plantear, se han entrometido en su competencia. Al contrario, sí. Es posible que los Jueces entiendan que, por ejemplo, en el tema de sanciones a los alumnos, la Universidad se está metiendo en una competencia que es propia de los Jueces. Es muy difícil que pueda darse esa situación. No sé si se podrá dar. Pero, si se diera, hay mecanismos en la legislación vigente para que la Universidad pueda plantear ante los Tribunales, respetando su autonomía, lo que ellos crean que es de su propia competencia.” (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados 12/02/1987 número 30, página 1728).

Dicho aspecto se reiteró en la tramitación en el Senado, por el mismo grupo y, también, fue rechazada, en el debate en el Pleno del Senado se opusieron a dicha enmienda en base a los siguientes argumentos:

“Nos oponemos a la enmienda número 1, del Grupo Parlamentario de Coalición Popular, porque en ella se pretende que las universidades y los consejos generales de los colegios profesionales puedan plantear también conflictos de jurisdicción. La oposición que hacemos a esta enmienda está fundada, a mi juicio, en que se desconoce por el Grupo Popular en este caso la existencia de la Ley de 26 de diciembre de 1958, aún vigente, sobre régimen de las entidades estatales autónomas, que comprende en la sinopsis de la Administración institucional nada menos que la friolera de 140 organismos, y en ese caso, si a 140 organismos se les da el mismo derecho, porque en definitiva las universidades forman parte de esas instituciones estatales autónomas, sería de locura. Por tanto, entendemos que no es posible, en modo alguno, acceder a la petición que se formula de contrario. Nada más.” (Diario de Sesiones del Senado, de 31 de marzo de 1987, número 25, página 1016).

⁴⁴⁸ La exclusión de los Juzgados de Paz tuvo lugar, sin justificación alguna, por inclusión de oficio en el dictamen emitido por la Comisión de Constitución del Senado (Diario de Sesiones del Senado, de 26 de marzo de 1987 número 40 (d) página 38) y aprobado por 175 votos favorables y dos abstenciones de un total de 177 votos por el Pleno del Senado (Diario de Sesiones del Senado, de 31 de marzo de 1987, número 25, página 1007): *“La Comisión se reunió para dictaminar el día 24 de marzo. En dicho trámite se aceptó el informe de la Ponencia y se presentó una modificación al artículo 2; para mejorar el texto, haciendo una referencia a los juzgados de paz.”*

choca con el principio de independencia judicial (artículo 117.1 CE y 1 LOPJ) y que se traduce, entre otros, en la sumisión exclusiva a la Ley y a la ausencia de jerarquía entre órganos jurisdiccionales.

Se podría argumentar que dicha potestad discrecional proviene de una Ley orgánica así como que la decisión de plantear un conflicto de jurisdicción se aleja del ejercicio de la función jurisdiccional y, por ello, puede ser objeto de decisión discrecional por parte de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción con un mayor conocimiento de la legalidad aplicable en cada caso a diferencia, como sabemos, de los Jueces de Paz que no se les exige ostentar la condición de jurista (artículo 102 LOPJ).

Dicha medida fue introducida mediante una modificación, por parte de la Comisión de Constitución, al texto de la ponencia en el seno del trámite legislativo sin que fuera objeto de una enmienda anterior ni tampoco de motivación o justificación que fuera objeto de publicación oficial.⁴⁴⁹

En relación a qué debemos entender por Juzgados y Tribunales resulta claro que se refiere a aquellos órganos jurisdiccionales dotados de jurisdicción que forman parte del Poder Judicial.

Por otro lado, se plantea la duda de si la legitimación activa puede extenderse a las jurisdicciones especiales (Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas, tribunales consuetudinarios y tradicionales, el Tribunal del Jurado y los Tribunales Militares) si bien la lógica y la regulación específica en los Capítulos segundo, tercero y cuarto de la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales despeja toda duda al respecto.

Respecto al **Tribunal Constitucional**, su propia regulación prohíbe la promoción de cualquier cuestión de jurisdicción o de competencia⁴⁵⁰ y, por

⁴⁴⁹ En la transcripción del informe de la ponencia designada en el seno de la Comisión de Constitución para estudiar el proyecto de Ley (BOCG de 23 de marzo de 1987, número 40 c) se constata que no se han presentado enmiendas al artículo 2 y el texto de la Ley que figura anexo nada dice en relación a los Juzgados de Paz; por contra, el dictamen de la comisión de Constitución del Senado (BOCG de 26 de marzo de 1987, número 40 d) consta el texto actual sin que podamos establecer el motivo o justificación de su inclusión. Para dilucidar los motivos debemos acudir al Diario de Sesiones del Senado (IIIa legislatura número 25 de 1987) en el que observamos que se presentó una modificación al artículo 2 por parte de la ponencia.

⁴⁵⁰ El artículo 4.1 de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional establece: *“En ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia al Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional delimitará el ámbito de su jurisdicción y adoptará cuantas medidas sean necesarias para preservarla, incluyendo la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscaben; asimismo podrá apreciar de oficio o a instancia de parte su competencia o incompetencia.”*

dicho motivo, la doctrina afirma que no estaría legitimado activamente para plantear conflicto de jurisdicción.⁴⁵¹

Si bien hasta el momento no ha sucedido, y existen pocos supuestos en que sería imaginable el planteamiento por parte del Tribunal Constitucional de un conflicto de jurisdicción frente a un acto administrativo de una de las Administraciones previstas en el artículo 3 de la LOCJ, no se puede descartar dicha posibilidad puesto que nada se prohíbe al respecto.

En efecto, el hecho de que el Tribunal Constitucional no puede ser legitimado pasivamente para plantear un conflicto de jurisdicción en nada obsta, pese a que sea poco probable, a que el mismo Tribunal Constitucional decida plantear un conflicto de jurisdicción ante un órgano administrativo.

El artículo 4 de la LOTC, en cuanto faculta al Tribunal Constitucional para delimitar el ámbito de su jurisdicción y adoptar cuantas medidas sean necesarias para preservarla, incluyendo la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscaben, ofrece un abanico de posibilidades al Alto Tribunal para que decida cual adoptar (declaración de nulidad o apreciación de su competencia o incompetencia) sin que se aprecie que sean de numerus clausus.

Respecto al **Tribunal de Cuentas** y a los **Tribunales Militares** estarían excluidos puesto que tienen su propia regulación específica en la misma LOCJ (Capítulos II y III para la jurisdicción militar y Capítulo IV para la jurisdicción contable) y, como hemos comentado, no son objeto del presente trabajo.

Respecto a los **tribunales consuetudinarios y tradicionales** entendemos que nada obstaría a que los mismos planteen conflictos de jurisdicción ante un órgano administrativo que amenace su jurisdicción.

Finalmente, respecto al **Tribunal del Jurado** tampoco existen motivos para impedir su legitimación activa si bien es cierto que existen pocas posibilidades que se planteen conflictos debido a su cometido específico.

4.4.2.- Legitimación pasiva en el conflicto positivo de jurisdicción.

⁴⁵¹ Citando a GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús en "La Jurisdicción: unidad jurisdiccional y conflictos jurisdiccionales", volumen I, del libro "El Poder Judicial" del Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, donde afirma que la unilateralidad de la LOTC veda al TC de perturbar la actuación de los Tribunales, a su vez, LAVILLA, Juan José, en sus comentarios a la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales, Tecnos, 1987 entiende que el Tribunal Constitucional no estaría habilitado para la formulación de requerimientos.

En cuanto a la legitimación pasiva se impone, una vez más, distinguir entre los dos poderes en conflicto.

a.- Administración

Los órganos administrativos legitimados pasivamente son los enumerados en el artículo 3 de la LOCJ, según el artículo 9.1 de la LOCJ citados en los párrafos anteriores. Como veremos, a diferencia de los órganos jurisdiccionales, no tienen por qué conocer del asunto objeto del conflicto de jurisdicción.

En efecto, no todos los órganos enumerados en el artículo 3 de la LOCJ conocen directamente de los asuntos que les puedan ser requeridos por el órgano jurisdiccional que plantea un conflicto de jurisdicción si bien la LOCJ, en coherencia con su artículo 4, rompe con lo estipulado en la Ley de 1948 y otorga a dichos órganos administrativos la legitimación activa y pasiva y, asimismo, les faculta para decidir discrecionalmente plantear o, como veremos, inhibirse del conflicto.⁴⁵²

b.- Poder Judicial.

El órgano jurisdiccional legitimado pasivamente es aquél que esté conociendo las actuaciones, según lo establecido en el artículo 10.2 de la Ley orgánica de Conflictos jurisdiccionales, pues a él se dirigirá el requerimiento.

En la legitimación pasiva el Juzgado de Paz actúa de forma directa sin que deba acudir a los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción a diferencia de lo que ocurre con su legitimación activa que, como hemos visto, ostenta de forma indirecta.

4.5.- El procedimiento en el conflicto positivo de jurisdicción.

El preámbulo de la Ley explica la simplificación que fue objetivo de los redactores del anteproyecto: *“La regulación del procedimiento para el planteamiento y la resolución de los conflictos es objeto de una notoria simplificación.*

⁴⁵² El artículo 17 de la Ley de 17 de julio de 1948 establecía que: *“Los requerimientos de inhibición se dirigirán a los Jueces, Tribunales o Autoridades administrativas que estén conociendo del asunto, y solo cuando unos u otras procedan por delegación podrán dirigirse al delegante.”* Dicho artículo legitimaba pasivamente a las autoridades administrativas que estuvieran conociendo el asunto objeto de conflicto, con independencia de si ostentaban legitimación activa para plantearlo ante los Juzgados y Tribunales.

Esta es especialmente visible en la regulación de los llamados conflictos negativos, inspirada en la que se contiene en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.”

4.5.1.- Consideraciones generales.

a.- Consideraciones generales de carácter formal.

El preámbulo de la Ley ya nos advierte de la simplificación de la regulación del procedimiento para el planteamiento y resolución de los conflictos y ello es así puesto que, efectivamente, es poca la regulación procedimental.

En este punto, debemos exponer que el Tribunal de Conflictos exige el cumplimiento estricto de las formas reguladas en la Ley (artículo 17.2 de la LOCJ) si bien con efectos moderados en supuestos susceptibles de subsanación (artículo 15.1 de la LOCJ).⁴⁵³

En efecto, existen ciertas resoluciones que declaran que el conflicto fue planteado incorrectamente y, por ello, se ordena la reposición de las actuaciones al momento en que se produjo el defecto procedimental (según lo establecido en el artículo 17.2 LOCJ) sin perjuicio de la imposición de la correspondiente multa cuando la promoción del conflicto se haya realizado con manifiesta temeridad o mala fe o para obstaculizar el normal funcionamiento de la Administración o de la Justicia (artículo 18 LOCJ).⁴⁵⁴

⁴⁵³ Artículo 15 LOCJ: “1. Si en cualquier momento anterior a la sentencia apreciare el Tribunal la existencia de irregularidades procedimentales de tal entidad que impidan la formulación de un juicio fundado acerca del contenido del conflicto planteado, pero que puedan ser subsanadas, oficiará al contendiente o contendientes que hubieren ocasionado las irregularidades, dándoles a su discreción un breve plazo para subsanarlas.

2. Igualmente, el Tribunal podrá, si lo estima conveniente para formar su juicio, requerir a las partes en conflicto o a otras autoridades, para que en el plazo que señale le remitan los antecedentes que estime pertinentes.

3. De estimar el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción que a través de las actuaciones previstas en los párrafos anteriores se han incorporado nuevos datos relevantes, dará nueva vista al Ministerio Fiscal y a la Administración Pública contendiente, por plazo común de cinco días, y en los diez días siguientes dictará su sentencia.”

Artículo 17 LOCJ: “1. La sentencia declarará a quién corresponde la jurisdicción controvertida, no pudiendo extenderse a cuestiones ajenas al conflicto jurisdiccional planteado.

2. El Tribunal podrá también declarar que el conflicto fue planteado incorrectamente, en cuyo caso ordenará la reposición de las actuaciones al momento en que se produjo el defecto procedimental.”

⁴⁵⁴ En concreto, entre el año 1987 y 2020, existen tres resoluciones en el que el Tribunal declara que el conflicto fue planteado incorrectamente:

Sentencia de 07/07/1988, conflicto 6/1988, en su fundamento jurídico quinto:

“Esbozado el sistema de conflictos e indicado el significado del que irregularmente se ha tratado de canalizar, ha llegado el momento de concretar el sentido de nuestra sentencia, aplicando lo que, en este

Por otro lado, tampoco son pocas las resoluciones en que el Tribunal de Conflictos decide resolver sobre el fondo al entender que no existen irregularidades formales que tengan la entidad suficiente para impedir la formulación de un juicio fundado acerca del contenido del conflicto planteado (artículo 15.1 de la LOCJ).⁴⁵⁵

Encontramos, asimismo, otros aspectos de carácter formal como la potestad del Tribunal de conflictos para requerir a las partes o a aquellas otras autoridades para que les remitan aquellos antecedentes que estime pertinentes (artículo 15.2 LOCJ).

b.- Consideraciones generales de carácter procesal.

punto, dispone el artículo 17.2 de la LCJ, esto es, declarando que el conflicto fue planteado incorrectamente, pues debió atemperarse a lo que establece el artículo 13 de aquella Ley."

La Sentencia de fecha 07/07/1997, en el conflicto 2/1997, en su fundamento jurídico cuarto, dice:

"Así las cosas, no se vislumbra aquí un ejercicio de la vía del conflicto jurisdiccional para defender una esfera de competencia ni para reclamar el conocimiento de un asunto, que son los términos en que los artículos 4 y 5 definen el objeto del proceso de conflictos. En estos términos planteados no cabe otra conclusión que la prevista en el artículo 17.2."

⁴⁵⁵ La sentencia de 23 de marzo de 1998 (conflicto 34/1997) ante la alegación de numerosos defectos formales en el planteamiento del conflicto, en su fundamento jurídico primero dice:

"El principio espiritualista que obliga a no dar transcendencia invalidante a aquellos defectos de procedimiento que carecen de efectos materiales o sustantivos (implícitamente recogido en el artículo 15 de la Ley de Conflictos de Jurisdicción -que en este artículo no tiene carácter orgánico-, pues allí sólo se reconoce la transcendencia de aquellas irregularidades procedimentales de tal entidad que impidan la formulación de un juicio fundado acerca del contenido del conflicto planteado) comporta, pues, que, atendiendo a las concretas circunstancias del caso enjuiciado, deba tenerse por bien planteado el conflicto de jurisdicción, no obstante los importantes defectos de procedimiento observados."

Asimismo, la sentencia de 28 de junio de 2004 (conflicto 1/2004-T) en su fundamento jurídico primero:

"En la tramitación del presente conflicto se han puesto de manifiesto algunas irregularidades. Singularmente, en primer lugar, la paralización durante un año de la tramitación por la falta de planteamiento formal del conflicto llevó a que el requerimiento del Juzgado número 26 de Barcelona de 4 de noviembre de 2002 sólo fuera contestado realmente el 30 de enero de 2004 y, en segundo lugar, probablemente esa paralización dio lugar a que no quede del todo claro cuáles son en concreto los actos de la Delegación respecto de los cuales quedó planteado el conflicto, tal y como se examinará en el fundamento inmediatamente siguiente. Ahora bien, precisamente esa paralización y el hecho de que, de ponerse en marcha el mecanismo procesal previsto en el artículo 15 de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales, contribuiría sin duda a retrasar todavía más el proceso en el seno del cual se ha planteado el conflicto, llevan a este Tribunal a estimar que dichas irregularidades no tienen suficiente entidad para devolver el expediente al Juzgado y Delegación."

La simplificación del procedimiento obedece a la voluntad del legislador de agilizar la resolución del conflicto y evitar un tedioso y largo proceso que, como sabemos, puede derivar en una vulneración de la tutela judicial efectiva promulgada en el artículo 24 de la CE.⁴⁵⁶

Dicha encomiable y necesaria medida tiene su cruz: la falta de regulación expresa de determinados aspectos de la órbita procesal (prueba, diligencias preliminares, abstenciones y recusaciones, etc...).

Dado el carácter eminentemente procesal del cometido del Tribunal de Conflictos resulta lógico acudir, por un lado, a las determinaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil y su carácter supletorio respecto del resto de normas procesales de otros órdenes jurisdiccionales así como a la Ley Orgánica del Poder Judicial como norma de desarrollo del mandato constitucional del artículo 122 CE.⁴⁵⁷

Por otro lado, existe una remisión expresa a la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación a la deliberación y votación de las actuaciones del

⁴⁵⁶ El tercer párrafo del preámbulo de la LOCJ es tajante al decir que la regulación del procedimiento para el planteamiento y la resolución de los conflictos es objeto de una notoria simplificación. LOZANO, Blanca, en “Los Conflictos entre la Administración y los Tribunales: perspectiva histórica y nueva configuración”, RAP, número 118, enero-abril 1989, (página 212) hace referencia a las palabras del profesor Lorenzo Martín-Retortillo y su ejemplo del Decreto 372/1971 que resolvió un conflicto cuyas primeras actuaciones se remontaban a 1964: *“En cuanto a la tramitación del procedimiento, destaca la simplificación y celeridad que le ha imprimido la LOCJ frente al sistema anterior, cuya lentitud y excesivo formalismo había llevado a la doctrina a compararlo con «los planteamientos procesales del antiguo régimen en que, por la lentitud de los medios de comunicación, por la rutina de los engranajes burocráticos, por la intervención de variados tribunales o consejos, el despacho de un asunto se demoraba años y años”*

⁴⁵⁷ En la sentencia de 23 de septiembre de 2020 (conflicto 1/2020, BOE 267 de 09/10/2020) el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales reconoce expresamente la supletoriedad de la LEC en su fundamento jurídico quinto, al decir:

“Respecto de la nulidad por no corresponderle dichas decisiones al Letrado de la Administración de Justicia, el artículo 38.1 de la LOPJ determina que el Secretario de Gobierno del Tribunal Supremo actuará como Secretario del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales. Por ello, en su en su calidad de tal impulsa el procedimiento de los asuntos competencia de este Tribunal, y contra sus resoluciones cabe en general recurso de revisión (artículo 454 bis de la LEC de aplicación general supletoria en todos los procedimientos), sin perjuicio de la posibilidad de solicitud en todo momento de instar la nulidad de actuaciones (artículos 227 y 228 de la LEC). Corresponde, pues, al Secretario, como Letrado de la Administración de Justicia, el impulso de los procedimientos (artículo 456 de la LOPJ) incluido el pronunciamiento acerca de la personación en los procedimientos de conflictos jurisdiccionales del capítulo Primero de la LOCJ y acerca de la gratuidad o no de los recursos, sin perjuicio de su revisión o examen por el propio Tribunal de Conflictos cuando se plantee recurso de revisión o nulidad de actuaciones.”

Tribunal de conflictos (artículo 14.2 LOCJ en relación al Título III del Libro III de la LOPJ, de las actuaciones judiciales, artículos 229 a 278 de la LOPJ).⁴⁵⁸

Otro aspecto de carácter procesal es la gratuidad de la sustanciación y resolución de los conflictos (artículo 21 LOCJ) que, si bien se halla acorde con lo establecido en el artículo 119 de la CE y 20 LOPJ, nada obsta a la imposición de tasas para la prestación del servicio si el legislador así lo entendiera conveniente.^{459 460}

Respecto a la gratuidad del Tribunal de Conflictos, en la sentencia de 23 de septiembre de 2020 (conflicto 1/2020, BOE 267 de 09/10/2020) en su fundamento jurídico quinto:

“Entrando en la posible revisión de los términos del Decreto, en lo que se refiere al depósito de 25 euros de la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ, la misma regula dichos depósitos para los órdenes jurisdiccionales civil, social y contencioso-administrativo (y penal para la acusación popular). No teniendo tal carácter el procedimiento de conflictos jurisdiccionales de la LOCJ de 1987 y siendo tajante la afirmación de su artículo 21 («El procedimiento para la sustanciación y resolución de los conflictos de jurisdicción será gratuito», similar al artículo 95.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), se estima que no es aplicable la exigencia de dicho depósito, se trate de un recurso de revisión, de un

⁴⁵⁸ Artículo 14 LOCJ: “1. Para resolver cualquier conflicto de jurisdicción, el Tribunal de conflictos dará vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a la Administración interviniente por plazo común de diez días, dictando sentencia dentro de los diez días siguientes.

2. Las actuaciones del Tribunal de conflictos jurisdiccionales se registrarán, en cuanto a deliberación y votación, por lo previsto en el título III del libro III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sin perjuicio del voto de calidad que corresponde al Presidente en caso de empate.”

⁴⁵⁹ En la sentencia que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 10/2012 (STC 140/2016), el Tribunal Constitucional manifestó en su fundamento jurídico tercero:

“La doctrina de este Tribunal tiene asentado, así, que el derecho a una justicia gratuita deviene instrumental del ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva [por todas, SSTC 9/2008, de 21 de enero, FJ 2; y 10/2008, de 21 de enero, FJ 2, así como las que en ellas se citan]. Ahora bien, el art. 119 CE consagra un derecho de configuración legal, en cuya consecuencia ha de reconocerse libertad al legislador para regular los requisitos de su otorgamiento, pudiendo «modular la gratuidad en función del orden jurisdiccional afectado -penal, laboral, civil, etc...- o incluso del tipo concreto de proceso y, por supuesto, en función de los recursos económicos de los que pueda disponer en cada momento» [STC 16/1994, de 20 de enero, FJ 3].

Ciertamente, hemos identificado dentro del enunciado de este derecho un “núcleo indisponible” para el legislador, el cual atiende solamente a una circunstancia personal, que es la insuficiencia de recursos para litigar del solicitante [STC 16/1994, de 20 de enero, FJ 3]. El art. 119 CE no reconoce un derecho a la gratuidad de la justicia en atención a la naturaleza de los derechos e intereses legítimos controvertidos o al tipo de proceso que permite su tutela. Ningún orden jurisdiccional, ni siquiera el penal, tiene garantizado ex Constitutione la gratuidad para quienes entablan acciones o recursos en ellos.”

⁴⁶⁰ Artículo 21 LOCJ: “El procedimiento para la sustanciación y resolución de los conflictos de jurisdicción será gratuito.”

incidente de nulidad de actuaciones, o del recurso de súplica, único previsto expresamente contra las resoluciones de trámite del Tribunal en la LOCJ (artículo 20.2). Ello no obstante no es preciso retrotraer actuaciones pues los fundamentos de la impugnación del Decreto obran en el expediente y por tanto basta con afirmar la no necesidad de depósito de la misma; depósito que, por lo demás, no se ha producido.”

Pese a la gratuidad del procedimiento para la sustanciación y resolución de los conflictos de jurisdicción plasmado en el artículo 20 de la LOCJ existe la posibilidad de que el Tribunal imponga determinados apercibimientos e incluso multas económicas a aquellas personas que no prestaren la necesaria colaboración y diligencia para la tramitación de los conflictos de jurisdicción, previo, en todo caso, el pertinente requerimiento (artículo 16 LOCJ) y en los supuestos que hubieren promovido un conflicto de jurisdicción con manifiesta temeridad o mala fe o para obstaculizar el normal funcionamiento de la Administración o de la Justicia (artículo 18 LOCJ).⁴⁶¹

Una vez analizada la jurisprudencia existente entre 1986 y 2020, pese a alguna petición de imposición por parte del Ministerio Fiscal, no nos consta ninguna imposición de multa con fundamento a dichos artículos.⁴⁶²

4.5.2.- Planteamiento del conflicto positivo de jurisdicción.

⁴⁶¹ Artículo 16 LOCJ: “1. El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción podrá apercibir o imponer multa, no superior a 50.000 pesetas, a aquellas personas, investidas o no de poder público, que no prestaren la necesaria colaboración y diligencia para la tramitación de los conflictos de jurisdicción, previo, en todo caso, el pertinente requerimiento.

2. La multa a que hace referencia el párrafo anterior podrá ser reiterada, si es preciso, y se impondrá sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar.”

Artículo 18 LOCJ: “1. El Tribunal de conflictos podrá imponer una multa no superior a 100.000 pesetas, a aquellas personas, investidas o no de poder público, que hubieren promovido un conflicto de jurisdicción con manifiesta temeridad o mala fe o para obstaculizar el normal funcionamiento de la Administración o de la Justicia.

2. Igual sanción podrá imponerse a la autoridad administrativa o judicial que, por haberse declarado incompetente de forma manifiestamente injustificada, hubiere dado lugar a un conflicto de jurisdicción.

3. Lo dispuesto en los párrafos anteriores se entiende sin perjuicio de la exigencia de las demás responsabilidades a que hubiere lugar.”

⁴⁶² En la sentencia del Tribunal de Conflictos de fecha 30 de marzo de 1999 (conflicto 27/1998. BOE 12/05/1999) el Ministerio Fiscal solicitó que el planteamiento del conflicto por parte del Ayuntamiento era merecedor de sanción por carecer de todo fundamento razonable a lo que el Tribunal determinó que:

“No llega a apreciar este Tribunal que concurran en puridad las circunstancias previstas en el artículo 18.1 de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales, por lo que no procede acoger la petición de imposición de multa también deducida por el Ministerio Fiscal.”. En los mismos términos la sentencia del Tribunal de Conflictos de fecha

La Ley establece como paso previo al inicio del conflicto el planteamiento del mismo si bien, como hemos visto, existen dos casos en que habrá un proceso previo para determinar si es procedente el planteamiento o no.

Esto dos casos son los previstos en el artículo 2 in fine de la LOCJ en relación a la legitimación activa indirecta de los Juzgados de Paz y el supuesto previsto en el artículo 4 de la LOCJ, para el resto de órganos no previstos en el artículo 3 LOCJ que, al igual que los Juzgados de Paz, ostentan la legitimación activa indirecta sujeta a la discrecionalidad del órgano administrativo correspondiente y de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción.

Asimismo, a nivel terminológico, existe una cierta confusión puesto que en relación al planteamiento del conflicto entre Administración y Tribunales, la Ley, si bien utiliza en mayor medida el término “*planteamiento*” (artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 12, 15 y 17 de la LOCJ) también utiliza otros términos para referirse al mismo término y con el mismo significado, así la Ley también habla de “*promoción*” (artículos 4.1 y 18 LOCJ), “*propuesta*” (artículo 4.2 LOCJ), “*suscitación*” (8 y 10.3 LOCJ), “*instar*” (13 LOCJ) y “*sustentar*” (21 LOCJ).

Una vez efectuadas las anteriores precisiones debemos analizar el planteamiento del conflicto desde la óptica de los dos actores en conflicto.

a.- Administración.

Desde el punto de vista de la Administración, como paso previo al requerimiento de inhibición, debe iniciar un procedimiento administrativo de oficio o a instancia de parte (artículo 10.1 LOCJ).⁴⁶³

⁴⁶³ Artículo 10 LOCJ: “1. Cuando un órgano administrativo de los habilitados especialmente para ello por esta Ley entienda, de oficio o a instancia de parte, que debe plantear a un Juzgado o Tribunal un conflicto de jurisdicción, dará, en primer lugar, audiencia a los interesados en el expediente, si los hubiere.

2. Si el órgano administrativo acuerda, cumpliendo los requisitos establecidos por las normas sobre procedimiento administrativo y, en su caso, las previsiones de la presente Ley, tomar la iniciativa para plantear el conflicto de jurisdicción, dirigirá oficio de inhibición al Juez o Tribunal que esté conociendo de las actuaciones, expresando los preceptos legales a que se refiere el artículo 9.1.

3. Si el órgano que plantear el conflicto fuere uno de los comprendidos en el número 3, del artículo 3, el acuerdo de suscitarlo deberá ser adoptado, en todo caso, por la mayoría absoluta de los miembros del Pleno de la Corporación, previo informe del Secretario, quien deberá emitirlo en un plazo no superior a diez días.

4. Recibido el requerimiento, el Juez o Tribunal dará vista a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo común de diez días para que se pronuncien y dictará auto, en el plazo de cinco días, manteniendo o declinando su jurisdicción.

5. Si el Juez o Tribunal declinara su competencia podrán las partes personados y el Ministerio Fiscal interponer recurso de apelación ante el órgano jurisdiccional superior, a cuya resolución se dará preferencia y sin que contra ella quepa ulterior recurso. Los autos que dicte el Tribunal Supremo no serán, en ningún caso, susceptibles de recurso.”

Dicho procedimiento, de oficio o a instancia de parte, deberá seguir las determinaciones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas así lo establece la propia Ley de conflictos (artículo 10.2 LOCJ).

Dicho procedimiento, entre otros aspectos, en defecto de otro plazo establecido por su procedimiento específico, no podrá tener una duración superior a tres meses (artículo 21.3 LPACAP) ya sea iniciado de oficio o a instancia de parte.

En relación al **inicio a instancia de parte** del procedimiento entendemos que, sin perjuicio de la obligación legal de resolver (regulada en el artículo 21, 24.3 y 25.1 de la LPACAP), el transcurso del plazo máximo para resolver sin que se haya dictado resolución expresa determinaría el silencio administrativo negativo (según el artículo 24.1 LPACAP) al entender que se pretende impugnar actos o disposiciones o bien instar de parte la revisión de oficio de un acto administrativo por entender que pertenece a otra jurisdicción.⁴⁶⁴

No descartamos que se podría dar una interpretación que daría un sentido positivo al silencio administrativo si partimos de la base del entendimiento que la petición de parte para instar el planteamiento de un conflicto no se halla en ninguno de los supuestos del artículo 24.1 de la LPACAP (norma con rango de Ley o Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable a España que establezcan lo contrario, un procedimiento que tenga por objeto el acceso a actividades o su ejercicio en el que su ley reguladora así lo determine por razones imperiosas de interés general, el ejercicio del derecho de petición del artículo 29 CE, procedimientos que transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio o al servicio público, procedimientos que impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente, procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, procedimientos de impugnación de actos y disposiciones y los procedimientos de revisión de oficio iniciados a solicitud de los interesados).

⁴⁶⁴ El artículo 24.1 in fine de la Ley 39/2015 establece:

“El sentido del silencio también será desestimatorio en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones y en los de revisión de oficio iniciados a solicitud de los interesados. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase y notificase resolución expresa, siempre que no se refiera a las materias enumeradas en el párrafo anterior de este apartado.”

En este último caso, el sentido positivo del silencio determinaría la obligación de los órganos administrativos previstos en el artículo 3 LOCJ de dirigir el oficio de inhibición previsto en el artículo 10.2 LOCJ.

Para el caso de **inicio de oficio** del procedimiento, el vencimiento del plazo máximo para resolver tampoco exime a la Administración de su obligación de resolver (artículo 25.1 LPACAP) si bien resulta difícil encuadrar el sentido del silencio administrativo al no encontrarnos con ninguno de los supuestos del artículo 25.1a LPACAP (procedimientos del que se deriven el reconocimiento o constitución de derechos o situaciones jurídicas favorables) o 25.1b LPACAP (procedimientos en los que la Administración ejercite potestades sancionadoras o de intervención que pudieran producir efectos desfavorables o de gravamen).

En dicho caso, podríamos decantarnos por el supuesto del artículo 25.1b si aceptamos como cierto que en el procedimiento iniciado de oficio para determinar el inicio de un conflicto de jurisdicción se ejercita una potestad administrativa de intervención (puesto que tendría como objeto determinar si procede o no el oficio de inhibición) que puede producir efectos desfavorables o de gravamen (para el caso de que no se acepte tomar la iniciativa para plantear el conflicto de jurisdicción).

La Ley de conflictos determina que el órgano administrativo habilitado especialmente para ello, esto es, el que ostente la legitimación activa directa (artículo 3 LOCJ) o aquellos órganos administrativos legitimados activamente por la vía directa que asuman la promoción del conflicto en aplicación del artículo 4.2 LOCJ) que entiendan que deban plantear un conflicto de jurisdicción a un Juzgado o Tribunal, en primer lugar deberán dar audiencia a los interesados en el expediente administrativo correspondiente, evidentemente, si los hubiere (artículo 10.1 LOCJ).

La Ley de conflictos no establece un plazo determinado para llevar a cabo dicho trámite de audiencia por lo que deberemos acudir a las normas básicas del procedimiento común (artículo 82 LPACAP) que establecen un plazo discrecional no inferior a diez días ni superior a quince.

Entendemos que el procedimiento para la toma de decisión administrativa deberá seguir todas las medidas y trámites previstos en la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (garantías del procedimiento, medidas provisionales, informes preceptivos, prueba, etc.).

La resolución por la que el órgano administrativo decida tomar la iniciativa para plantear el conflicto de jurisdicción o, por el contrario, decida no

plantear dicho conflicto, deberá ser motivada al tratarse de una potestad de carácter discrecional (así lo establece el artículo 35.1.i en relación al artículo 88.3 de la LPACAP) y será objeto de los recursos administrativos correspondientes (artículos 112 a 126 LPACAP) sin perjuicio de la suspensión de su ejecutividad y eficacia (artículos 38, 39, 98, 108 y 117 LPACAP).

El artículo 10.3 LOCJ, en concordancia con las normas de régimen local, establece que si el órgano que plantea el conflicto fuese una Administración local el acuerdo deberá ser adoptado por la mayoría absoluta de los miembros del Pleno de la Corporación, con informe previo del Secretario, que deberá emitirlo en el plazo máximo de diez días.⁴⁶⁵

b.- Tribunales.

Del mismo modo que ocurre con la Administración la Ley de conflictos prevé que el Juez o Tribunal, con carácter previo al requerimiento de inhibición, determine discrecionalmente si considera procedente formalizar el requerimiento de inhibición ante un órgano administrativo.

En efecto, dicha decisión puede producirse de oficio o a instancia de parte (artículo 9.1 LOCJ) y, en ambos casos, deberá solicitar previamente un informe al Ministerio Fiscal que tendrá un plazo de cinco días para aportarlo al proceso.⁴⁶⁶

A diferencia de lo previsto para la Administración, la Ley de conflictos nada dice en relación al otorgamiento de un trámite de audiencia de las partes o interesados en el proceso.⁴⁶⁷

⁴⁶⁵ Artículo 47.2 o de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local en relación al régimen de adopción de acuerdos de las corporaciones locales. Artículo 50.25 LRBRL respecto al régimen de adopción de acuerdos de los Ayuntamientos y artículo 70.29 LRBRL respecto a la adopción de acuerdos por el Pleno de las Diputaciones provinciales y artículo 173.1b LRBRL respecto al informe del secretario en supuestos en los que se exija una mayoría especial del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento de Organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales.

⁴⁶⁶ *En relación a la intervención del Ministerio Fiscal, la Ley Orgánica 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal establece como función del Ministerio Fiscal: "8. Mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales, promoviendo los conflictos de jurisdicción y, en su caso, las cuestiones de competencia que resulten procedentes, e intervenir en las promovidas por otros."*

⁴⁶⁷ En la primera fase de la tramitación parlamentaria de la LOCJ en la enmienda a la devolución planteada ya se planteó que la ausencia de este trámite resulta un requisito inexcusable que justificaría por sí solo la condición antidemocrática del tribunal (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, número 280, sesión 10 de abril de 1986, página

A nivel procesal, ante la decisión del órgano jurisdiccional de formalizar el requerimiento de inhibición ante un órgano administrativo, nos encontramos que surge en el procedimiento jurisdiccional una “*crisis procesal*” entendida como una situación procesal, de naturaleza diversa cuya nota común es suponer una paralización, dilación o suspensión del normal desarrollo del proceso.⁴⁶⁸

En este punto debemos determinar si dicha decisión que supone una “*crisis procesal*” se trata de una cuestión prejudicial o, por el contrario, nos hallamos ante una cuestión incidental.

En efecto, una cuestión prejudicial se da en aquellos supuestos en que en relación al proceso una cuestión deba ser decidida antes de la cuestión principal si bien, del análisis de su regulación (en general el artículo 10 LOPJ) vemos como las cuestiones prejudiciales se circunscriben a los diferentes órdenes jurisdiccionales por lo que difícilmente sería aplicable al supuesto del artículo 9.1 LOCJ.

Por el contrario, la regulación de las cuestiones incidentales plasmadas en el Capítulo VII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 387 a 393 LEC) que, recordemos, ostenta carácter supletorio respecto a la regulación procesal del resto de órdenes jurisdiccionales (artículo 4 de la LEC), encaja perfectamente en el trámite previsto en el artículo 9.1 LOCJ.

Se define legalmente las cuestiones incidentales como aquellas que, siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del pleito, guarden con éste relación inmediata, así como las que se susciten respecto de presupuestos y requisitos procesales de influencia en el proceso (artículo 387 LEC).

12574), también fue objeto de diversas enmiendas (la número 18 y 46 en el BOCG número 10-2 de 23 de octubre de 1986) si bien dichas enmiendas fueron rechazadas por considerar que, en supuestos de rebeldía procesal, la resolución del conflicto podría alargarse:

“Comprendemos la preocupación y coincidimos en la pretensión del señor Buil, pero creemos que tal v como está planteada la enmienda -a lo mejor no se ha percatado v se lo sugiero para que lo vaya meditando- quizá sea más limitativa. Usted mismo ha dicho en su exposición que habría que recurrir a los edictos. Pensemos en la posibilidad de personas ausentes no por voluntad propia, sino por otras circunstancias, con lo cual, si aceptásemos su enmienda, en muchos supuestos de imposibilidad de personarse en el proceso habría que acudir a los edictos, lo cual creemos que complicaría más el problema y sería más limitativo. Coincidimos con su pretensión, pero insistimos en que sería mucho más limitativa. Por tanto, vamos a mantener el informe de la Ponencia.” (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, número 53, Comisión Constitucional de 16 de diciembre de 1986, página 2175)

⁴⁶⁸ Según la definición de ARMENTA DEU, Teresa, en “Lecciones de Derecho procesal civil”, décima edición, Editorial Marcial Pons, Barcelona 2017, (página 259).

Las cuestiones incidentales pueden ser de previo pronunciamiento o de especial funcionamiento en función de si el Tribunal deba decidir sobre ellas separadamente en la sentencia antes de resolver sobre el objeto principal del proceso (artículo 389 LEC) o bien aquéllas que por su naturaleza suponen un obstáculo a la continuación del proceso por sus trámites ordinarios (artículo 390 LEC).

Indudablemente nos encontramos ante un supuesto de cuestión incidental de previo pronunciamiento puesto que, por su naturaleza, de estimarse, supondría un obstáculo a la continuación del juicio por sus trámites ordinarios (artículo 390 LEC).

En lo que se refiere al procedimiento de las cuestiones incidentales, cuando se trate de la petición de inicio del planteamiento del conflicto **a instancia de parte**, según lo establecido en el artículo 393 LEC, no se admitirá el planteamiento de ninguna cuestión incidental una vez iniciado el juicio ordinario o una vez admitida la prueba propuesta en el juicio verbal.

Nada dice la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando quien plantee la cuestión incidental, como consecuencia de la duda de oficio en relación a un conflicto de jurisdicción, sea el propio órgano jurisdiccional, en este supuesto de la petición de inicio del planteamiento del conflicto **de oficio** entendemos que no opera el límite procedimental indicado.

El procedimiento incidental determina que es en la providencia sucintamente motivada que admite o inadmite el planteamiento de la cuestión donde se resuelve si la misma tiene la condición de previo o de especial pronunciamiento, suspendiéndose, para el supuesto que se entienda que estamos ante una cuestión incidental de previo pronunciamiento el curso de las actuaciones.

A continuación, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado y audiencia a las partes para que aleguen lo que consideren oportuno en el plazo de cinco días y, transcurrido dicho plazo, el Letrado de la Administración de Justicia señalará día y hora para la celebración de una vista ante el Tribunal, que se celebrará conforme a lo establecido para las vistas de los juicios verbales.

En este punto entendemos que deberá solicitarse el informe del Ministerio Fiscal (artículo 9.1 LOCJ) que, como vemos, deberá evacuarlo en el mismo plazo de cinco días previstos en el artículo 393.3 de la LEC.

Una vez se hayan formulado, en su caso, las alegaciones y se hayan practicado las pruebas admitidas, en el caso de las cuestiones de previo pronunciamiento, se dictará, en el plazo de diez días, Auto resolviendo la cuestión.

Establece el artículo 393.5 de la LEC que, cuando la cuestión se resuelva por medio de auto, si éste acordare poner fin al proceso, cabrá recurso de apelación, y si decidiere su continuación, no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que la parte perjudicada pueda impugnar la resolución al apelar la sentencia definitiva.

Este supuesto es coherente con lo contenido en el artículo 9.1 LOCJ por cuanto, tras el procedimiento incidental, si el Tribunal decide, mediante auto y a la vista del informe del Ministerio Fiscal, formalizar el conflicto entonces el proceso continuará su cauce sin que quepa recurso alguno si bien las partes, en los procedimientos dispositivos, podrán solicitar la suspensión del proceso (vía artículo 19.4 de la LEC).

Si, por el contrario, el Tribunal decide que no procede formalizar el conflicto de jurisdicción y decide continuar con el conflicto únicamente cabrán los recursos correspondientes contra la resolución que ponga fin al proceso.

Finalmente, existe un tercer supuesto donde el Tribunal puede aceptar su falta de jurisdicción y dar por finalizado el proceso, momento en que cabrá recurso de apelación (artículo 393.5 LEC) y los demás que sean de aplicación.

4.5.3.- Oficio o requerimiento de inhibición en el conflicto positivo de jurisdicción.

Una vez finalizado el procedimiento por el que se determine la iniciativa para formalizar el conflicto de jurisdicción (según terminología del artículo 9.1 LOCJ) o plantearlo (terminología del artículo 10.2 LOCJ) el paso siguiente es el oficio o requerimiento.

a.- Suspensión del procedimiento.

La Ley de Conflictos de Jurisdicción determina que, una vez que el órgano administrativo o jurisdiccional haya recibido el requerimiento u oficio, respectivamente, suspenderá el procedimiento a qué se refiera el asunto cuestionado hasta la resolución del conflicto con la adopción, en todo caso y con carácter provisional, de aquellas medidas imprescindibles para el buen

fin de la acción de la justicia y evitar grave perjuicio al interés público o daños graves e irreparables (artículo 11.1 LOCJ).⁴⁶⁹

La Ley Orgánica de Conflictos de Jurisdicción especifica que, en supuestos de requerimientos dirigidos a órganos jurisdiccionales del orden penal o del orden contencioso administrativo que conozca del procedimiento preferente para la tutela de los derechos y libertades fundamentales previsto en el artículo 53.2 CE, no habrá suspensión inmediata sino que la misma se situará en el momento de dictar sentencia así como dichos conflictos tendrán preferencia frente al resto, como lógica a los derechos subjetivos público en conflicto (de orden penal y constitucional).

Con ello se abre un procedimiento cautelar que opera *ope legis* y no está previsto específicamente en la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil o Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Si bien dicha suspensión no está expresamente prevista en dichas leyes adjetivas sí que podemos encontrar supuestos en que serían perfectamente subsumibles.

En efecto, en la ley jurisdiccional civil encontramos el artículo 64 que se refiere a la proposición de la declinatoria por falta de jurisdicción y sus efectos inmediatos sobre el proceso o bien las medidas correspondientes a los conflictos de competencia del artículo 48 LOPJ.⁴⁷⁰

⁴⁶⁹ Artículo 11 LOCJ: “1. El órgano administrativo o jurisdiccional, tan pronto como reciba el oficio de inhibición, suspenderá el procedimiento en lo que se refiere al asunto cuestionado, hasta la resolución del conflicto, adoptando, en todo caso, con carácter provisional, aquellas medidas imprescindibles para evitar que se eluda la acción de la justicia, que se cause grave perjuicio al interés público o que se originen daños graves e irreparables.

2. Cuando el requerimiento se dirija a un órgano jurisdiccional del orden penal o que esté conociendo de un asunto tramitado por el procedimiento preferente para la tutela de los derechos y libertades fundamentales previsto en el artículo 53.2 de la Constitución no se suspenderá el procedimiento, sino, en su caso, hasta el momento de dictar sentencia. El Tribunal de conflictos otorgará preferencia a la tramitación de los conflictos en que concurran estas circunstancias.

3. Al remitirse las actuaciones al Tribunal de conflictos se expresarán las medidas que, en su caso, se hubieren adoptado en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo.”

⁴⁷⁰ Artículo 64.: “Momento procesal de proposición de la declinatoria y efectos inmediatos.

1. La declinatoria se habrá de proponer dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda, y surtirá el efecto de suspender, hasta que sea resuelta, el plazo para contestar y el curso del procedimiento principal, suspensión que declarará el letrado de la Administración de Justicia.

2. La suspensión del procedimiento principal producida por la alegación previa de declinatoria no obstará a que el tribunal ante el que penda el asunto pueda practicar, a instancia de parte legítima, cualesquiera actuaciones de aseguramiento de prueba, así como las medidas cautelares de cuya dilación pudieran seguirse perjuicios irreparables para el actor, salvo que el demandado prestase caución

En el ámbito del procedimiento administrativo existen dos preceptos aplicables a la suspensión que opera en el ámbito de los conflictos. Estamos hablando de la suspensión del plazo máximo para resolver un procedimiento administrativo cuando para la resolución del procedimiento sea indispensable la obtención de un previo pronunciamiento por parte de un órgano jurisdiccional (artículo 22.1.g de la LPACAP) y, en sede de ejecución del acto administrativo, cuando se suspenda el procedimiento de ejecución de oficio o a instancia de parte como consecuencia de la impugnación de dicho acto administrativo (artículo 117 LPACAP).

b.- Medidas cautelares.

En el momento en que se haya suspendido el curso de procedimiento administrativo o jurisdiccional deberán adoptarse aquellas medidas provisionales e imprescindibles para evitar la acción de la justicia, que se cause grave perjuicio al interés público o que se originen daños graves o irreparables.

Dicha medidas de carácter preventivo no las adopta el Tribunal de Conflictos sino el órgano administrativo correspondiente o el órgano jurisdiccional objeto de conflicto.

Encuadramos dichas medidas dentro de la figura de las medidas cautelares reguladas en las leyes adjetivas de cada orden jurisdiccional y aquellas reguladas en las normas de procedimiento administrativo denominadas medidas provisionales o cautelares.⁴⁷¹

No entendemos necesario extendernos en dichas medidas cautelares puesto que su regulación se halla en la normativa propia de cada orden jurisdiccional y procedimiento administrativo común o específico.

c.- Administración, oficio de inhibición.

bastante para responder de los daños y perjuicios que derivaran de la tramitación de una declinatoria desprovista de fundamento.

La caución podrá otorgarse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate."

⁴⁷¹ Título VI de la LEC, artículos 721 y siguientes, 544 y concordantes LECrim, artículo 79 LRJS, 129 a 136 LRJCA, artículo 56 de la Ley 39/2015 sobre medidas provisionales, artículo 81 Ley 28/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Una vez finalizado el procedimiento para determinar la iniciativa para plantear el conflicto de jurisdicción, el órgano administrativo de los previstos en el artículo 3 LOCJ dirigirá oficio de inhibición al Juez o Tribunal que esté conociendo de las actuaciones con expresión de los preceptos legales que sean de aplicación al caso y aquellos en que se apoye para reclamar el conocimiento del asunto (artículo 10.2 y 9.1 LOCJ).

Por el contrario, si uno de los órganos administrativos de los previstos en el artículo 3 LOCJ recibe un requerimiento de inhibición por parte de un Juzgado o Tribunal, deberá otorgar un trámite de vista y audiencia a los interesados en el procedimiento administrativo de diez días hábiles para que se pronuncien al respecto, una vez finalizado dicho trámite el órgano administrativo dispone de un plazo de cinco días hábiles para dictar resolución por la que se mantenga en su jurisdicción o bien acepte la solicitud de inhibición.

Contra la resolución del órgano administrativo, en contra de lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (artículos 112 y siguientes LPACAP) y a diferencia de los órganos jurisdiccionales (artículo 10.5 LOCJ), no cabe recurso alguno (artículo 9.2 LOCJ).

Entendemos que, para el caso que por parte del órgano administrativo se acuerde aceptar la solicitud de inhibición, estaremos ante un supuesto de terminación del procedimiento administrativo por imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas (artículo 84 LPACAP) o bien, en los procedimientos iniciados de oficio, nos encontraríamos ante la figura del desistimiento (artículo 93 LPACAP).

En dicho supuesto, el órgano administrativo lo hará saber en el plazo de cinco días hábiles al órgano jurisdiccional que solicitó el requerimiento de inhibición, remitiéndole las actuaciones (artículo 12.1 LOCJ).⁴⁷²

d.- Tribunales, requerimiento de inhibición.

⁴⁷² Artículo 12 LOCJ: "1. Cuando el requerido muestre su conformidad con el oficio de inhibición lo hará saber, en el plazo de cinco días, al órgano que tomó la iniciativa, remitiéndole las actuaciones y extendiendo la oportuna diligencia, sin perjuicio de lo previsto en el párrafo 5 del artículo 10.

2. Si el requerido decide mantener su jurisdicción, oficiará inmediatamente al órgano administrativo o Tribunal requirente, anunciándole que queda así formalmente planteado el conflicto de jurisdicción, y que envía en el mismo día las actuaciones al Presidente del Tribunal de conflictos, requiriéndole a que él haga lo propio en el mismo día de recepción. Ello no obstante, requirente y requerido conservarán, en su caso, testimonio de lo necesario para realizar las actuaciones provisionales que hayan de adoptarse o mantenerse para evitar que se eluda la acción de la justicia, que se cause grave perjuicio al interés público o que se originen daños graves e irreparables."

Del mismo modo, el Juez o Tribunal que decida formalizar el conflicto de jurisdicción dirigirá directamente al órgano administrativo, de los previstos en el artículo 3 de la LOCJ, un requerimiento de inhibición citando los preceptos legales que sean de aplicación al caso y aquellos en que se apoye para reclamar el conocimiento del asunto (artículo 9.1 LOCJ).

Del mismo modo, una vez recibido el oficio por parte del órgano administrativo correspondiente donde se solicita la inhibición, el Juez o Tribunal dará vista a las partes y al Ministerio Fiscal por el plazo de diez días hábiles y, una vez transcurrido dicho plazo, dictará auto en el plazo de cinco días hábiles, manteniendo o declinando su jurisdicción.

Del mismo modo que se nos ha planteado la duda de la figura procesal aplicable cuando se plantee, de oficio o a instancia de parte, la necesidad de plantear un conflicto de jurisdicción, para el supuesto del caso contrario, esto es, cuando sea el Juez o Tribunal el objeto de la petición de inhibición, entendemos que nos encontramos, también, ante una cuestión incidental de previo pronunciamiento con el procedimiento y las consecuencias ya explicadas.

Una vez recibido el oficio de inhibición de un órgano administrativo si el Juez o Tribunal, a la vista de lo manifestado por las partes y por el Ministerio Fiscal, decide declinar su jurisdicción dicha resolución puede ser objeto de recurso de apelación ante el órgano jurisdiccional superior, con carácter preferente, sin que quepa ulterior recurso. Ante la resolución que dicte el Tribunal Supremo en relación a los supuestos de mantenimiento o declinación de jurisdicción no cabrá recurso alguno (artículo 10.5 LOCJ).

En este punto nos encontramos con una contradicción entre la regulación de la LOCJ y la LEC, en efecto, el artículo 10.5 de la LOCJ establece que si el Juez o Tribunal declinara su competencia podrán las partes personadas y el Ministerio Fiscal interponer recurso de apelación ante el órgano jurisdiccional superior, a cuya resolución se dará preferencia y sin que contra ella quepa ulterior recurso y, por el contrario, el artículo 66.2 de la LEC establece que contra el auto por el que se rechace la falta de competencia internacional, de jurisdicción o de competencia objetiva, sólo cabrá recurso de reposición, sin perjuicio de alegar la falta de esos presupuestos procesales en la apelación contra la sentencia definitiva.

No resulta claro que prevalezca la regulación del artículo 10.5 de la LOCJ teniendo en cuenta, además, que no goza de carácter de orgánico según lo dispuesto en la disposición adicional cuarta de la LOCJ.

Para el supuesto que se resuelva declinar la jurisdicción a favor del órgano administrativo que ha planteado el oficio de inhibición se comunicará dicha decisión al órgano que tomó la iniciativa en el plazo de cinco días hábiles y se le remitirán las actuaciones (artículo 12.1 LOCJ).

4.5.4.- El planteamiento formal del conflicto positivo de jurisdicción.

Una vez que ambos sujetos legitimados en la contienda mantengan su jurisdicción, se haya suspendido los procedimientos y se hayan adoptado las medidas cautelares o provisionales pertinentes, el siguiente paso procesal es el planteamiento formal del conflicto donde se abre una fase procesal en que el requerido que haya resuelto mantener su jurisdicción debe comunicarlo al sujeto correspondiente (órgano administrativo, Juzgado o Tribunal).

Dicha comunicación se formaliza mediante un oficio en el que se anuncia que queda formalmente planteado el conflicto de jurisdicción y que, en el mismo día, se remiten las actuaciones al Presidente del Tribunal de Conflictos con el correspondiente requerimiento para que la otra parte haga lo mismo en el momento de su recepción. En ambos casos, las partes conservaran, en su caso, testimonio de las actuaciones para adoptar o mantener las medidas cautelares o provisionales que se estimen convenientes (artículo 12.2 LOCJ en relación al artículo 11.1 LOCJ).

4.5.5.- La resolución del conflicto.

En este punto procesal nos encontramos en el momento en que ambas partes han remitido al Tribunal de Conflictos las actuaciones correspondientes, siendo el trámite siguiente aquél en que el Tribunal de conflictos otorga un plazo de diez días hábiles para que el Ministerio Fiscal y la Administración que intervenga aleguen aquello que crean conveniente (artículo 14.1 y 15.3 LOCJ).

En relación a dicho trámite de vista del expediente se plantearon dos dudas en sede de la tramitación parlamentaria de la Ley orgánica:

- El carácter escrito o verbal de las alegaciones.⁴⁷³

⁴⁷³ Aunque el texto del artículo 14.1 LOCJ nada dice en relación al carácter escrito u oral de las alegaciones, lo cierto es que se planteó la duda en el debate de las enmiendas al Senado, si bien la enmienda 10 al artículo 15.3 LOCJ formulada por el grupo de Coalición Popular fue rechazada si bien la respuesta del Senador Ruiz Mendoza del Grupo Socialista a dicha enmienda da a entender que existe dicha posibilidad, así:

- La necesidad de dar vista al órgano jurisdiccional y a los interesados del expediente administrativo y las partes de las actuaciones procesales.⁴⁷⁴

Vemos como quedó claro que, pese a las discusiones dogmáticas en sede parlamentaria, únicamente el Ministerio Fiscal y la Administración disponen de voz en este trámite procesal.

Hemos visto como el Tribunal de conflictos puede requerir a las partes para que subsanen las irregularidades observadas (artículo 15.1 LOCJ), requerir a las partes o a otras autoridades para que aporten los antecedentes que estime pertinentes para formar su juicio (artículo 15.2 LOCJ) así como, si como consecuencia de la subsanación de irregularidades o la aportación de dichos antecedentes, se incorporan nuevos datos relevantes, puede dar un nuevo trámite de audiencia al Ministerio Fiscal y a la Administración contendiente por un plazo de cinco días hábiles.

“En cuanto a la enmienda 10, desde el punto de vista rigurosamente procesalista, quizá S.S. pudiera estar en lo cierto. No obstante, cuando se da vista, en este caso al Ministerio Fiscal y al representante de la Administración, es para que hagan las alegaciones o el informe escrito o tengan la posibilidad, a juicio del Tribunal, del informe oral. No es la primera vez, señoría, que un tribunal en apelación señala la conveniencia de presentar cuartillas o, por el contrario, hacer el informe oral. No es la primera vez y su señoría lo sabe cómo letrado en ejercicio.” (Diario de Sesiones del Senado, sesión plenaria número 25 de 31 de marzo de 1987, III legislatura, página 1020.)

⁴⁷⁴ Dicha duda fue, en parte, objeto de la enmienda de devolución a la totalidad del proyecto de Ley de la IIª legislatura que finalizó antes de tiempo y que frustró la aprobación de la Ley de conflictos (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, IIª legislatura, sesión plenaria número 280 de 10 de abril de 1986, páginas 12.573 a 12.579).

En la tramitación de la IIIª legislatura no se planteó una enmienda a la totalidad sino que dichos motivos se reprodujeron en las enmiendas 52, 54 a 56 y 65 a 67 en el Congreso (BOCG, Congreso de los Diputados, III legislatura, número 10-3 de 24 de noviembre de 1986, páginas 22 a 24 y 26), enmiendas 6, 8 y 10 a 13 en el Senado (BOCG, Senado, III legislatura, número 40 b de 11 de marzo de 1987, páginas 11 a 14). Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, III legislatura, número 53, sesión de la Comisión constitucional de fecha 16 de diciembre de 1986, páginas 2177 y 2178 donde se defienden las enmiendas justificando su inclusión para favorecer la audiencia de los interesados en los procedimientos administrativos y los particulares que intervienen en los procedimientos si bien se obtuvo como respuesta que el conflicto no se plantea como la satisfacción de un derecho subjetivo de los particulares o de los interesados sino de determinar qué órgano es el competente así como dicha vista alargaría los trámites de forma innecesaria. Dichas argumentaciones se reiteraron en el debate en el Pleno del Congreso y en el Senado (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, III legislatura, número 30, sesión del Pleno y Diputación Permanente número 29 de fecha 12 de febrero de 1987, páginas 1722, 1729 a 1731, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, III legislatura, número 53 de la Comisión constitucional de fecha 16 de diciembre de 1986, páginas 2177 y 2178 Diario de Sesiones del Senado, sesión plenaria número 25 de 31 de marzo de 1987, III legislatura, página 1023 a 1024).

Una vez transcurridos dichos plazos el Tribunal de conflictos dictará sentencia en los diez días siguientes (artículo 14.1 y 15.3 LOCJ).

Para la deliberación y votación del fallo del Tribunal de conflictos jurisdiccionales la Ley prevé una referencia expresa a la regulación del Título III del Libro III de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin perjuicio del voto de calidad que se atribuye al Presidente en caso de empate en concordancia con lo establecido en el artículo 38.2 de la LOPJ.

La sentencia declarará a qué órgano corresponde la jurisdicción controvertida o bien declarará que el conflicto fue planteado incorrectamente, supuesto en el que ordenará la reposición de las actuaciones en el momento en que se produjo el defecto procedimental (artículo 17 LOCJ).

En relación a la sentencia que resuelve el conflicto debemos efectuar dos apreciaciones:

1.- El Tribunal no puede extenderse a cuestiones ajenas al conflicto jurisdiccional planteado, este punto ha sido tratado ampliamente por parte de la jurisprudencia de conflictos.⁴⁷⁵

2.- La retroacción por defecto procedimental se produce en el momento administrativo o procesal en que se produjo el mismo entendiendo que

⁴⁷⁵ A título de ejemplo podemos enumerar la sentencia de fecha 22 de junio de 1998 (conflicto 10/1998) en la que en su fundamento jurídico cuarto dice:

“Y no cabe alegar que, en el presente caso, el conflicto se ha planteado con motivo de la ejecución de un auto o sentencia firmes, porque el procedimiento de ejecución 129/1994, dimanante de los Autos 1504 a 1508/1993 del Juzgado requerido estaba ya concluido con la adjudicación de la finca, que dio lugar a la extinción de las actuaciones ejecutivas, de suerte que el requerimiento de inhibición quedó sin objeto real y sin sentido; no pudiéndose cuestionar en esta sede si la decisión del Juzgado al adjudicar la finca fue acertada o no, porque el artículo 17.1 de la Ley Orgánica 2/1987 prohíbe a este Tribunal extenderse a cuestiones ajenas al conflicto jurisdiccional planteado.”

Del mismo modo la sentencia de fecha 26 de octubre de 2001 (conflicto 9/2001) en su fundamento jurídico tercero:

“La razón de las decisiones mencionadas no podía ser más evidente: a este Tribunal no le corresponde extenderse en cuestiones ajenas al conflicto planteado (artículo 17 de la LO 2/1987), y ha de limitar su fallo a resolver a cuál de las dos autoridades en discrepancia corresponde seguir conociendo, o dejar de hacerlo, de la cuestión sobre la que dicha controversia se plantea. De manera que si la actuación controvertida ha concluido, el conflicto carece razón de ser, tanto desde el punto de vista meramente especulativo como estrictamente normativo (artículos 7º y 8º).”

procede volver a plantear el conflicto si desaparece el defecto procedimental.⁴⁷⁶

Una vez dictada y notificada la sentencia se publicará la misma en el Boletín Oficial del Estado y se devolverán las actuaciones a quien corresponda (artículo 19 LOCJ).⁴⁷⁷

4.6.- Los conflictos negativos de jurisdicción.

Del mismo modo que ocurría en la regulación anterior, la Ley de conflictos jurisdiccionales prevé un cierre del sistema que protege aquellos sujetos que ven cómo ni la Administración ni los Juzgados o Tribunales aceptan cobijar su tutela jurisdiccional.⁴⁷⁸

Es preciso resaltar que los conflictos negativos de jurisdicción no se mencionan en la regulación de la LOPJ, sino que únicamente aparecen citados

⁴⁷⁶ La sentencia de 16 de diciembre de 1991 (conflicto 58/1991) en su fundamento jurídico segundo y tercero dice:

“La cuestión se centra así en dos puntos: si el requerimiento del Delegado de Hacienda aceptado, en sus propios términos argumentales por el Juez requerido, agotó el conflicto, impidiendo todo planteamiento ulterior respecto de bienes comprendidos también en la prioridad del embargo administrativo, y en la hipótesis de que esto no fuera así, si el incumplimiento de los requisitos formales acusados (los del art. 10.2 en relación con el art. 9.1 de la Ley de Conflictos) determina el pronunciamiento de que el conflicto ha sido planteado incorrectamente, dando lugar (en los términos del art. 17.2 de la citada Ley) a una reposición de actuaciones al momento que se produjo el defecto procedimental. Por lo que se refiere al primer punto, el agotamiento de la pretensión de conflicto hay que entenderlo referida objetivamente a los bienes respecto de cuyo embargo la Autoridad requirente invocó la competencia propia, según el principio de prioridad, de modo que es procesalmente correcto un nuevo planteamiento conflictual respecto de bienes no comprendidos en la delimitación objetiva efectuada en el requerimiento anterior; en cuanto al segundo punto, se trata de esclarecer si los defectos formales del ulterior requerimiento tienen la intensidad suficiente para justificar una nulidad -con reposición de actuaciones- pronunciamiento que por su propia naturaleza no impedirían, corregidas las omisiones, que el conflicto pudiera surgir. Sobre este segundo punto, versan las consideraciones del Fundamento Tercero de esta sentencia.” (...) “Este Tribunal de Conflictos tiene facultades, de acuerdo con el art. 17.2 de la misma Ley, para apreciar la importancia de los defectos de procedimiento que se observen en función de la «ratio legis», y que, como se ha dicho, desde esta perspectiva son irrelevantes en el caso considerado.”

⁴⁷⁷ Artículo 19 LOCJ: *“La sentencia se notificará inmediatamente a las partes y se publicará en el «Boletín Oficial del Estado», devolviéndose las actuaciones a quien corresponda.”*

⁴⁷⁸ Artículos 38 a 47 y 53 Ley de 17 de julio de 1948, relativa a conflictos jurisdiccionales (BOE número 200 de 18 de julio de 1948, páginas 3272 a 3277).

en la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales en un único artículo (el artículo 13 de la LOCJ).⁴⁷⁹

El preámbulo de la Ley menciona expresamente que la notoria simplificación es especialmente visible en la regulación de los conflictos negativos y que su regulación se inspira en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

4.6.1.- Objeto del conflicto negativo.

El objeto del conflicto negativo ya no es la contienda entre dos “jurisdicciones” que pretenden conocer las dos sobre un mismo asunto sino la de una Administración y un Juez o Tribunal que declina conocer de un asunto.

4.6.2.- Los sujetos en el conflicto negativo.

El sujeto del conflicto negativo será toda persona física o jurídica que fuera interesada en un procedimiento administrativo o proceso jurisdiccional y viere rechazado el conocimiento de su asunto tanto por la Administración como por el Juez o Tribunal.

4.6.3.- El procedimiento en el conflicto negativo.

Ante el rechazo inicial por parte del órgano administrativo correspondiente o del órgano jurisdiccional ante el que se conozca un asunto, aquella persona interesada en el procedimiento administrativo o en el proceso jurisdiccional deberá, luego que sea firme la resolución administrativa o jurisdiccional, dirigir una copia auténtica o testimonio fehaciente de la resolución denegatoria a la otra autoridad administrativa o jurisdiccional.

Si la otra autoridad administrativa o jurisdiccional se declara, asimismo, incompetente el interesado podrá formalizar el conflicto negativo de

⁴⁷⁹ Artículo 13 LOCJ: “1. Quien viere rechazado el conocimiento de un asunto de su interés tanto por el Juez o Tribunal como por el órgano administrativo que él estime competentes, podrá instar un conflicto negativo de jurisdicción.

2. Una vez que se haya declarado incompetente, en resolución firme la autoridad judicial o administrativa a la que inicialmente se hubiese dirigido, el interesado se dirigirá, acompañando copia auténtica o testimonio fehaciente de la resolución denegatoria dictada, a la otra autoridad.

3. Si también se declara incompetente, el interesado podrá formalizar sin más trámites y en el plazo improrrogable de quince días el conflicto negativo de jurisdicción, mediante escrito dirigido al Tribunal de conflictos de jurisdicción al que se unirán copias de las resoluciones de las autoridades administrativa y judicial, que se presentará ante el órgano jurisdiccional que se hubiera declarado incompetente. Este elevará las actuaciones al Tribunal de conflictos de jurisdicción y requerirá al órgano administrativo que hubiera intervenido para que actúe de igual forma, todo ello en plazo de diez días.

4. En todo caso se notificarán al interesado las resoluciones que se adopten.”

jurisdicción en el plazo de quince días hábiles mediante escrito dirigido al Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, al que debe acompañarse copias de las resoluciones administrativas y jurisdiccionales declarándose incompetentes.

El escrito de formalización se presentará ante el órgano jurisdiccional que se hubiese declarado incompetente y éste deberá elevar las actuaciones al Tribunal de Conflictos de Jurisdicción y requerirá al órgano administrativo que se hubiese declarado incompetente para que haga lo mismo, todo en el plazo de diez días.

En relación al procedimiento, se establece que todas las resoluciones que se adopten deberán notificarse al interesado.

La Ley de conflictos da a entender que únicamente deberá ser firme la primera resolución (administrativa o jurisdiccional) que planteé su incompetencia siendo suficiente que la otra autoridad dicte resolución declarándose incompetente sin que sea necesario que la misma gane firmeza.

El motivo, si bien parece coherente con el objetivo de simplificación que se enumera en el preámbulo y con preservar, por un lado, el derecho a la racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y, por otro lado, el del proceso sin dilaciones indebidas constitucionalizado en el artículo 24.2 CE, podría ser contrario al derecho a la tutela judicial efectiva.⁴⁸⁰

En efecto, entendemos que el interesado puede esperar a que la segunda resolución sea firme puesto que el ordenamiento jurídico dota de suficientes mecanismos revisores para salvaguardar la negativa de un órgano administrativo o jurisdiccional que se niega a conocer de un asunto concreto por entender que no es de su competencia.

Así, en el ámbito administrativo se dispone, en todos los casos, de los recursos de alzada y reposición que, ante el silencio administrativo negativo únicamente demorarían la formalización del conflicto negativo un máximo de tres meses siendo posible, en algunos casos, que el propio órgano administrativo o bien su superior jerárquico enmendara la resolución de incompetencia.⁴⁸¹

⁴⁸⁰ Artículo 3.1.d Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y 103 CE.

⁴⁸¹ El artículo 122.2 de la Ley 39/2015 establece que el recurso de alzada deberá resolverse en el plazo máximo de 3 meses, en caso contrario, se podrá entender desestimado el recurso, del mismo modo, el artículo 124.2 de la Ley 39/2015 establece que el plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso de reposición será de un mes.

Para el caso jurisdiccional ocurre lo mismo: ante la resolución de un órgano jurisdiccional de Primera Instancia e Instrucción cabría el correspondiente Recurso de Apelación y, en su caso, de Casación por lo que sería un modo más acorde con el sistema que nos hemos dotado a nivel jurisdiccional esperar a la firmeza de una resolución judicial antes de formalizar un conflicto negativo de jurisdicción.⁴⁸²

4.6.4.- La resolución del conflicto negativo.

No existen diferencias en el apartado resolutivo entre los conflictos positivos y los conflictos negativos por lo que debemos remitirnos a lo ya manifestado en el apartado correspondiente.

4.7.- Los recursos contra la resolución del conflicto positivo o negativo de jurisdicción.

Contra la resolución el conflicto positivo o negativo únicamente cabe el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (artículo 20 LOCJ).⁴⁸³

Si bien de una lectura simplista del artículo 20 LOCJ parece que cualquier resolución del Tribunal de Conflictos está sujeta a revisión por parte del Tribunal Constitucional lo cierto es que las resoluciones recurribles se limitan a las que vulneren los derechos y libertades públicas relacionados en el artículo 53.2 de la CE y 41 a 58 de la LOTC.

⁴⁸² Este supuesto se ha dado y así consta, por ejemplo, en la sentencia de 31 de marzo de 2014 (conflicto negativo 10/2013) donde en su fundamento jurídico cuarto dice:

“En relación con el argumento del Fiscal, de que al haber optado por interponer un recurso de apelación, la Administración reconocía la competencia judicial para resolver, entendemos que no puede acogerse pues es compatible que una resolución se recurra en vía judicial, evitando así que gane firmeza, (aparte de poder discutirse no solo por la falta de competencia, sino por otros motivos legales), y al mismo tiempo se plantee un conflicto de jurisdicción, teniendo en cuenta que cuando se produce el planteamiento, no existía sentencia firme, ni tampoco estábamos ante el supuesto de que la resolución judicial estuviera pendiente tan solo de un recurso de casación o revisión, por lo que el recurso, a tenor de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Conflictos, era tempestivo.”

⁴⁸³ Artículo 20 LOCJ: “1. Contra las sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción no cabrá otro recurso que el de amparo constitucional, cuando proceda. No obstante, podrá interponerse escrito de aclaración en los tres días siguientes a la notificación de la sentencia.
2. Las demás resoluciones del Tribunal de conflictos serán susceptibles de recurso de súplica ante el propio Tribunal que se interpondrá en los tres días siguientes a la notificación de la resolución recurrida.”

A fecha de hoy, no existe ningún recurso de amparo que el Tribunal Constitucional haya resuelto en relación a la revisión de una resolución del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción por lo que carecemos de jurisprudencia alguna al respecto.⁴⁸⁴

4.8.- Los conflictos entre los Juzgados y Tribunales y la jurisdicción militar.

El capítulo II de la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales regula los conflictos entre dos jurisdicciones: la jurisdicción ordinaria, por un lado, y la jurisdicción militar, por otra.

En este caso, a diferencia del resto de conflictos jurisdiccionales “ordinarios”, estamos ante dos verdaderas jurisdicciones, una de ordinaria y otra de especial, con reconocimiento específico en la Constitución y en la Ley Orgánica del Poder Judicial que respeta el principio de unidad jurisdiccional.⁴⁸⁵

Los Tribunales Militares están principalmente regulados en la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y, a nivel procesal, por la Ley Orgánica 2/89, de 13 de abril, Procesal Militar. Los Tribunales Militares se ocupan fundamentalmente de juzgar

⁴⁸⁴ Sí que existe un recurso de amparo resuelto si bien bajo el régimen de la Ley de conflictos de 1948 y, por lo tanto en conflicto con la Constitución. En dicho supuesto el Tribunal Constitucional se pronunció sobre dicha distorsión en la resolución de un recurso de amparo interpuesto contra la resolución del presidente de la Junta de Andalucía por la que se requería de inhibición a la Magistratura del Trabajo dando lugar a una cuestión de competencia bajo la aplicación de la Ley de conflictos jurisdiccionales de 17 de julio de 1948 (STC 55/1985 de 22 de abril de 1985).

⁴⁸⁵ 117.5 CE: “El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.” art. 3 LOPJ: 1. “La jurisdicción es única y se ejerce por los juzgados y tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos. 2. Los órganos de la jurisdicción militar, integrante del Poder Judicial del Estado, basan su organización y funcionamiento en el principio de unidad jurisdiccional y administran Justicia en el ámbito estrictamente castrense y, en su caso, en las materias que establezca la declaración del estado de sitio, de acuerdo con la Constitución y lo dispuesto en las leyes penales, procesales y disciplinarias militares”. 9.2 LOPJ:” 2. Los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional. En este orden civil, corresponderá a la jurisdicción militar la prevención de los juicios de testamentaría y de abintestato de los miembros de las Fuerzas Armadas que, en tiempo de guerra, fallecieren en campaña o navegación, limitándose a la práctica de la asistencia imprescindible para disponer el sepelio del difunto y la formación del inventario y aseguramiento provisorio de sus bienes, dando siempre cuenta a la Autoridad judicial civil competente.”

sobre los delitos tipificados en el Código Penal Militar y de los cometidos durante el estado de sitio.⁴⁸⁶

La estructura de la jurisdicción militar culmina en la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Se trata realmente de una situación singular, al insertarse en un órgano de la jurisdicción ordinaria en una Sala (es decir, un órgano jurisdiccional) que no le pertenece.⁴⁸⁷

a.- La Sala de Conflictos de Jurisdicción.

El artículo 39 de la LOPJ establece que: *“1. Los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales de cualquier orden jurisdiccional de la jurisdicción ordinaria y los órganos judiciales militares, serán resueltos por la Sala de Conflictos de Jurisdicción, compuesta por el Presidente del Tribunal Supremo, que la presidirá, dos Magistrados de la Sala del Tribunal Supremo del orden jurisdiccional en conflicto y dos Magistrados de la Sala de lo Militar, todos ellos designados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial. Actuará como Secretario de esta Sala el de Gobierno del Tribunal Supremo.”*⁴⁸⁸

⁴⁸⁶ El artículo 4 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar señala que *“la jurisdicción militar se extiende a materia penal, tutela jurisdiccional en vía disciplinaria y demás materias que, en garantía de algún derecho y dentro del ámbito estrictamente castrense, vengan determinadas por las leyes así como las que establezca la declaración de estado de sitio”*. Respecto a las competencias en materia penal, el artículo 12 de la LOCOM establece que: *“en tiempo de paz, la jurisdicción militar será competente en materia penal para conocer de los siguientes delitos y faltas: 1. Los comprendidos en el Código Penal Militar. Salvo lo dispuesto en el art. 14, en todos los demás casos la Jurisdicción militar conocerá de los delitos contenidos en el Código Penal Militar, incluso en aquellos supuestos en que siendo susceptibles de ser calificados con arreglo al Código Penal común, les corresponda pena más grave con arreglo a este último, en cuyo caso se aplicará éste. 2. Los cometidos durante la vigencia del estado de sitio que se determinen en su declaración, conforme a la Ley Orgánica que lo regula. 3. Aquellos que señalen los tratados, acuerdos o convenios internacionales en que España sea parte, en los casos de presencia permanente o temporal fuera del territorio nacional de Fuerzas o Unidades españolas de cualquier ejército. 4. En los casos del número anterior y cuando no existan tratados, acuerdos o convenios aplicables, todos los tipificados en la legislación española siempre que el inculcado sea español y se cometan en acto de servicio o en los lugares o sitios que ocupan Fuerzas o Unidades militares españolas. En este supuesto, si el inculcado regresare a territorio nacional y no hubiera recaído sentencia, los órganos de la jurisdicción militar se inhibirán en favor de la ordinaria, salvo en los supuestos contemplados en los núm. 1 y 2 de este artículo.”* También tienen competencias en el ámbito de lo contencioso-administrativa, así, el artículo 17 establece que: *“corresponde a la jurisdicción militar la tutela de los derechos de quienes recurran contra sanciones impuestas en aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, de los derechos que concedan las normas de su desarrollo y la tutela jurisdiccional de quienes recurran contra sanciones impuestas en vía disciplinaria judicial militar”*.

⁴⁸⁷ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, *“Introducción al derecho procesal”*, editorial Marcial Pons, séptima edición, Barcelona, 2019, (página 60).

⁴⁸⁸ El artículo 39.1 se modificó por la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. La redacción original (vigente desde 3 de julio de 1985 hasta 30 de abril de 1988) era la siguiente: *“Los*

2. *El Presidente tendrá siempre voto de calidad en caso de empate.*"

En consonancia con dicha norma, la LOCJ, en su artículo 22 establece que: *"Los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados y Tribunales ordinarios y los órganos de la jurisdicción militar serán resueltos por la Sala a que se refiere el artículo 39 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que se denominará Sala de Conflictos de Jurisdicción."*

Por lo tanto, ya no estamos ante un Tribunal de Conflictos de Jurisdicción sino ante una Sala del Tribunal Supremo denominada *"de Conflictos de Jurisdicción"* cuyos miembros son designados, todos ellos, por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

b.- Objeto de los conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar.

El objeto de los conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar es la contienda sobre la jurisdicción de un "asunto" entendido este, tal y como analizamos en los conflictos jurisdiccionales ordinarios, como al proceso que se conoce en un determinado Juzgado o Tribunal por lo que, si dicho asunto no existe estaremos ante un *"conflicto de jurisdicción mal formado"* por cuanto no conoce del asunto según lo establecido en el artículo 23 de la LOCJ.^{489 490}

conflictos de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales y la jurisdicción militar serán resueltos por una Sala compuesta por el Presidente del Tribunal Supremo, que la presidirá, dos Magistrados de la Sala de lo Penal de dicho Alto Tribunal, designados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, y dos Consejeros Togados del Consejo Supremo de Justicia Militar designados por dicho Consejo."

⁴⁸⁹ LUQUE REGUEIRO, Adolfo, en la ponencia "Conflictos entre jurisdicción ordinaria y militar, principales problemas procesales" publicado en la revista Estudios jurídicos, Ministerio de Justicia, número 2007, (página 17): *"Lo que hoy conocemos como "conflicto de jurisdicción mal formado" es un concepto que ha sido acuñado por la propia Sala de Conflictos de Jurisdicción, refiriéndose con él a aquellos conflictos jurisdiccionales en los que uno de los órganos judiciales involucrados no estaba conociendo del asunto en cuestión en el momento de trabarse el conflicto porque ya había archivado (o sobreseído provisionalmente) su procedimiento."*

⁴⁹⁰ Artículo 23 LOCJ: *"1. El Juez o Tribunal que, por propia iniciativa o a instancia de parte, considere de su jurisdicción un asunto del que esté conociendo un órgano de la jurisdicción militar, solicitará el informe del Ministerio Fiscal, que deberá evacuarlo en término de cinco días. Si decide a su vista formalizar el conflicto de jurisdicción, se dirigirá directamente al órgano de la jurisdicción militar requerido.*

2. Si un órgano de la jurisdicción militar considera de su jurisdicción un asunto del que esté conociendo un Juez o Tribunal ordinario, solicitará el parecer del Fiscal Jurídico Militar. Si visto éste, decide formalizar el conflicto, se dirigirá directamente al Juez o Tribunal requerido.

3. En los dos supuestos previstos en los párrafos anteriores, el requerimiento deberá ir acompañado de una exposición de los argumentos jurídicos y preceptos legales en que se funda."

c.- Sujetos de los conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar.

Los sujetos en dichos conflictos son aquellos a que se refieren sus normas reguladoras específicas por lo que, para el caso de la jurisdicción ordinaria, acudiremos a la Ley Orgánica del Poder Judicial y, para el caso de la jurisdicción militar, acudiremos a la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

El artículo 19 de la LOCOM establece que: *“Todos los órganos judiciales militares podrán promover y sostener conflictos de jurisdicción con las Administraciones públicas y con los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción ordinaria. El procedimiento para su tramitación será el establecido en la Ley de Conflictos Jurisdiccionales.”*

Los órganos judiciales militares son los previstos en la misma Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar en su Título II con la rúbrica *De la composición y atribuciones de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, de los Tribunales y de los Juzgados Militares* (artículos 22 a 62), son los siguientes:

- Sala de lo Militar del Tribunal Supremo o Sala Quinta (artículos 22 a 31 de la LOCOM)
- El Tribunal Militar Central (artículos 32 a 43 de la LOCOM)
- Los Tribunales Militares Territoriales (artículos 44 a 52 de la LOCOM)
- Los Juzgados Togados Militares Centrales (artículos 56 a 58 de la LOCOM)
- Los Juzgados Togados Militares Territoriales (artículos 59 a 62 de la LOCOM)

Si bien la Sala Quinta del Tribunal Supremo se encuentra dentro de la organización jurisdiccional militar y, según lo establecido en el artículo 19 de la LOCOM, en un principio podría sostener y promover conflictos de jurisdicción con los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción ordinaria lo cierto es que no es así.⁴⁹¹

En efecto, es constante jurisprudencia que la Sala Quinta del Tribunal Supremo no puede plantear conflictos de jurisdicción con los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción ordinaria sino que el cauce adecuado es el

⁴⁹¹ Según LUQUE REGUEIRO, Adolfo, en la ponencia “Conflictos entre jurisdicción ordinaria y militar, principales problemas procesales” publicado en la revista Estudios jurídicos, Ministerio de Justicia, número 2007.

conflicto de competencia previsto en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.⁴⁹²

Respecto a los órganos de la jurisdicción ordinaria capacitados para poder suscitar un conflicto entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar debemos acudir a la Ley Orgánica del Poder Judicial y, en concreto, serán todos los órganos previstos en su artículo 26.⁴⁹³

En este caso, a diferencia de los conflictos de jurisdicción ordinarios, no existe la exclusión de los Juzgados de Paz prevista en el artículo 2 de la LOCJ.⁴⁹⁴

⁴⁹² Al poco tiempo de la instauración de la Sala de Conflictos de Jurisdicción se plantearon ante ella una serie de conflictos entre la Sala Segunda del Tribunal Supremo y el Consejo Supremo de Justicia Militar (después Sala Quinta del Tribunal Supremo).

En dichos conflictos la Sala de Conflictos de Jurisdicción estableció que para el conocimiento de los mismos era competente la Sala Especial del Tribunal Supremo prevista en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (sentencias de la Sala de Conflictos de Jurisdicción 1988/10316, 1988/10317, 1988/10318, 1988/10319, 1988/10320 y 1988/10321) el argumento que se repite en todos ellos es el mismo, a título de ejemplo, el Auto de fecha 13 de julio de 1988:

“ La jurisdicción militar forma parte integrante del Poder Judicial del Estado (artículo 1 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio), y en el Tribunal Supremo de Justicia pasa a ser un orden jurisdiccional más que se suma a los cuatro órdenes de la jurisdicción ordinaria; ciertamente, la Ley expresada hace sólo referencia explícita a los conflictos de jurisdicción (artículo 19) y a las cuestiones de competencia (artículos 20 y siguientes), pero el artículo 55 de la Ley Orgánica del Poder Judicial -reformado por la Ley Orgánica 4/1987- somete la Sala de lo Militar, supletoriamente, «al ordenamiento común a las demás Salas del Tribunal Supremo», y ello autoriza para entender que en los conflictos con otras Salas del Tribunal debe prevalecer su condición de orden jurisdiccional, si es que se quiere mantener «la unidad en el vértice -según palabras del preámbulo de la Ley- de las dos jurisdicciones que integran el Poder Judicial». Por ende, nos hallaríamos ante un «conflicto de competencia» promovido entre dos Tribunales de distinto orden jurisdiccional, integrados en el Poder Judicial, deferido al conocimiento y resolución de la «Sala Especial» del Tribunal Supremo prevista en el art. 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; otra solución conduciría a establecer distintas normas de procedimiento (las establecidas en el capítulo II de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo), y distinto órgano colegiado (la Sala de Conflictos de Jurisdicción del artículo 39 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, reformado por la Ley Orgánica 4/1987) para los conflictos que se susciten entre la Sala Quinta de lo Militar con las demás Salas del Tribunal, rompiendo la unidad que se pretende realizar en el supremo nivel jurisdiccional. Sala esta última que debe reservarse, siguiendo las pautas marcadas en el artículo 39 citado, para los conflictos que se susciten entre los Juzgados y Tribunales de cualquier orden de la jurisdicción ordinaria y los «órganos judiciales militares.»

⁴⁹³ El ejercicio de la potestad jurisdiccional se atribuye a los siguientes juzgados y Tribunales: Juzgados de Paz. Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Mercantil, de Violencia sobre la Mujer, de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria. Audiencias Provinciales. Tribunales Superiores de Justicia. Audiencia Nacional. Tribunal Supremo.

⁴⁹⁴ Es posible y probable que dicha falta de exclusión se deba a lo difícil que pueda existir un conflicto de jurisdicción entre la jurisdicción militar y los juzgados de paz (o a la inversa)

d.- Procedimiento en los conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar.

El inicio del procedimiento en dichos conflictos (contemplado en el artículo 23 de la LOCJ) se asimila a los de los conflictos de jurisdicción ordinarios previstos, para los Jueces y Tribunales, en el artículo 9 de la LOCJ.

En todo caso se exige informe del Ministerio Fiscal (o Fiscal Jurídico Militar) que deberá evacuar el informe en el plazo de cinco días si bien, a la vista de dicho informe, la diferencia con la tramitación de los conflictos de jurisdicción ordinarios es que no se establece que el Juez o Tribunal plantee *un requerimiento de inhibición citando los preceptos legales que sean de aplicación al caso y aquellos en que se apoye para reclamar el conocimiento del asunto.* (Artículo 9.1 in fine de la LOCJ) sino que simplemente *se dirigirá directamente al Juez o Tribunal requerido.* (Artículo 23.1 in fine de la LOCJ) y, posteriormente, señala que *el requerimiento deberá ir acompañado de una exposición de los argumentos jurídicos y preceptos legales en que se funda.* (Artículo 23.3 de la LOCJ)

El inicio del conflicto puede producirse, para el caso de la jurisdicción ordinaria, de oficio o a instancia de parte, si bien en lo que respecta a la jurisdicción militar no está previsto el inicio a instancia de parte.

Una vez que el órgano que entienda que su jurisdicción ha sido vulnerada haya oído el Ministerio Fiscal (o Fiscal Jurídico Militar) se dirigirá directamente al órgano requerido y éste, recibido el requerimiento, suspenderá o no el procedimiento según el ya estudiado artículo 11 de la LOCJ así como, tras oír las partes y al Ministerio Fiscal o Fiscal Jurídico Militar, dictará auto contra el que no cabrá recurso alguno, manteniendo o declinando su jurisdicción. (Artículo 24 de la LOCJ).⁴⁹⁵

En caso de que el órgano jurisdiccional requerido acepte la jurisdicción del órgano jurisdiccional requirente finaliza el conflicto (artículo 25 de la LOCJ)

debido a las escasas competencias de los Juzgados de paz (en materia civil: el artículo 47 de la LEC establece que conocen, en primera instancia, de los asuntos civiles de cuantía no superior a 90 euros que no estén comprendidos en ninguno de los casos a que, por razón de la materia, se refiere el apartado 1 del artículo 250 LEC y no disponen de competencias en el ámbito penal).

⁴⁹⁵ Artículo 24 LOCJ: *“Recibido el requerimiento, el órgano requerido actuará según lo previsto en los párrafos 1 y, en su caso 2, del artículo 11, y dará vista a las partes y al Ministerio Fiscal o Fiscal Jurídico Militar, según corresponda, por plazo común de diez días, transcurrido el cual dictará auto, contra el que no cabrá recurso alguno, manteniendo o declinando su jurisdicción.”*

y, por el contrario, si se mantiene la jurisdicción, tras la oportuna comunicación al órgano requirente, queda planteado formalmente el conflicto con remisión de las actuaciones a la Sala de Conflictos de Jurisdicción para su resolución. (Artículo 26 de la LOCJ).⁴⁹⁶

En todo caso, la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales prevé que, a los efectos de la tramitación de los conflictos, sea aplicable lo dispuesto en los artículos 15 a 21 de la Ley sin otra especialidad que la sustitución de la autoridad administrativa por los órganos correspondientes de la jurisdicción militar. (Artículo 29 de la LOCJ).⁴⁹⁷

e.- La resolución de los conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar.

En lo que se refiere a la resolución de los conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar también resulta aplicable lo establecido por los conflictos de jurisdicción ordinarios, si bien, resulta interesante resaltar que, a diferencia de los conflictos de jurisdicción ordinarios, no existe referencia normativa al título III del libro III de la Ley Orgánica del Poder Judicial por cuanto, lógicamente, todos los miembros de la Sala de Conflictos de Jurisdicción son nombrados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial puesto que son parte integrante del Poder Judicial.⁴⁹⁸

Otra de las diferencias entre la resolución en el ámbito de los conflictos de jurisdicción ordinarios y los conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar es el plazo de que dispone el Ministerio Fiscal y el Fiscal

⁴⁹⁶ Artículo 25 LOCJ: “Cuando el requerido muestre su conformidad con el oficio de inhibición, lo hará saber inmediatamente al órgano que tomó la iniciativa, remitiéndole las actuaciones y extendiendo la oportuna diligencia.”

Artículo 26 LOCJ: “1. Si el requerido decide mantener su jurisdicción, lo comunicará inmediatamente al órgano requirente, anunciándole que queda así planteado formalmente el conflicto de jurisdicción y que envía en el mismo día las actuaciones a la Sala de Conflictos de Jurisdicción, instándole a que él haga lo propio.

2. No obstante, ambos órganos conservarán los testimonios precisos para garantizar las medidas cautelares que, en su caso, hubiere adoptado.”

⁴⁹⁷ Artículo 29 LOCJ: “Será de aplicación, para la tramitación de los conflictos regulados en este capítulo, lo dispuesto en los artículos 15 a 21 de la presente Ley, sin más especialidades que las derivadas de la sustitución de la autoridad administrativa por los órganos correspondientes de la jurisdicción militar.”

⁴⁹⁸ Si bien la jurisdicción militar dispone de su regulación procesal específica el artículo 3.2 de la LOPJ dispone claramente que son parte integrante del Poder Judicial Estatal.

Jurídico Militar para la vista de las actuaciones que se amplía a quince días frente a los diez días del artículo 14.1 de la LOCJ (artículo 28 de la LOCJ).⁴⁹⁹

f.-) El conflicto negativo entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar.

La Ley de Conflictos Jurisdiccionales regula en su artículo 27 los conflictos negativos de jurisdicción:

1. *Quien viere rechazado el conocimiento de un asunto de su interés, tanto por los Jueces y Tribunales ordinarios como por los órganos de la jurisdicción militar, podrá instar un conflicto negativo de jurisdicción.*
2. *A tal fin, deberá agotar la vía jurisdiccional, ordinaria o militar, por la que inicialmente hubiera deducido su pretensión, y se dirigirá después a la alternativa acompañando copia auténtica o testimonio fehaciente a la que inicialmente se dirigió.*
3. *Si también este órgano jurisdiccional se declara incompetente, podrá formalizar sin más trámite, y en el plazo improrrogable de quince días, el conflicto negativo de jurisdicción mediante escrito dirigido a la Sala de Conflictos de Jurisdicción, al que se acompañarán copias de las resoluciones de los órganos de la jurisdicción ordinaria y militar y que se presentará ante el órgano de aquella que se hubiera declarado incompetente. Este elevará las actuaciones a la Sala de Conflictos, y requerirá al órgano de la jurisdicción militar que hubiera intervenido para que actúe de igual forma, todo ello en el plazo de diez días.*
4. *En todo caso, se notificarán al interesado las resoluciones que se adopten."*

En relación a dicho artículo y a la regulación del conflicto negativo en los conflictos de jurisdicción ordinario, debemos puntualizar lo siguiente:⁵⁰⁰

a.-) El artículo 27 de la LOCJ no prevé la intervención del Ministerio Fiscal en el inicio y formación de estos conflictos si bien, resulta lógico, que debe entenderse que, para que los órganos judiciales involucrados en un conflicto negativo puedan dictar una resolución declarando su incompetencia (o falta de jurisdicción), será necesaria la audiencia del Ministerio Fiscal (por aplicación supletoria de los artículos 15 a 21 de la LOCJ y por lo que establece el artículo 3.8 del EOMF).

b.-) El expresado artículo, del mismo modo que el artículo 13 de la LOCJ, únicamente señala la posibilidad de que el conflicto negativo se formalice a

⁴⁹⁹ Artículo 28 LOCJ: *"Recibidas las actuaciones, la Sala de Conflictos de Jurisdicción dará vista de las mismas al Ministerio Fiscal y al Fiscal Jurídico Militar, por plazo de quince días, dictando sentencia dentro de los diez días siguientes."*

⁵⁰⁰ Según LUQUE REGUEIRO, Adolfo, en la ponencia "Conflictos entre jurisdicción ordinaria y militar, principales problemas procesales" publicado en la revista Estudios jurídicos, Ministerio de Justicia, número 2007, (páginas 15 a 17).

instancia de parte si bien la jurisprudencia de la Sala de Conflictos ha admitido que el órgano judicial acuerde, de oficio, su formalización.⁵⁰¹

4.9.- Los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción militar y la Administración.

En lo que respecta a los conflictos de jurisdicción que puedan surgir entre los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción y la Administración es totalmente aplicable lo contenido en la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales en su Capítulo I, así se establece por la misma Ley en su artículo 30 LOCJ por lo que damos por reproducido todo lo dicho al analizar dicha regulación.⁵⁰²

⁵⁰¹ En relación a dicho asunto la sentencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de fecha 17 de marzo de 1994 dijo lo siguiente:

“Un tema o cuestión previa a la resolución del presente conflicto nos suscita el M^o Fiscal, en su preceptivo informe, y es el relativo a la normativa procesal aplicable a los conflictos negativos de jurisdicción, planteados de oficio, sin iniciativa alguna de parte y de cuya aplicación al caso dependerá que pueda considerarse bien o mal planteado el conflicto en cuestión. Sobrada razón asiste a dicho Ministerio cuanto apunta la laguna legal existente sobre dicho tema o cuestión, a la que da solución, acudiendo a la aplicación de la normativa procesal penal sobre cuestiones negativas de competencia y, en concreto, del art. 46 LECr.

Ciertamente, ni los arts. 22 a 29 LO 2/1987 de 18 mayo, de Conflictos jurisdiccionales, ni las remisiones que a la misma hacen los arts. 41 LOPJ, 19 LOCOJM y 7 Ley procesal militar, nos desvelan cuál sea el concreto trámite a seguir en los conflictos negativos de jurisdicción, cuando su promoción tenga lugar de oficio.

Por ello nos parece aceptable la sugerencia de aplicación a dichos supuestos de las normas sobre cuestiones negativas de competencia en el orden penal, a las que se refieren -para la jurisdicción penal ordinaria- los arts. 46 y 47 LECr., y -para la jurisdicción militar- el art. 21 Ley procesal militar, mucho más expresivo este último que aquéllos, al establecer unas exigencias procesales concretas, plazos y actuación más acordes a la simplificación procesal que predica la antes citada ley de conflictos jurisdiccionales, y a la configuración de un conflicto negativo en el que, rehusando dos órganos jurisdiccionales el conocimiento de un mismo asunto, solamente uno de ellos tiene actuaciones de naturaleza material y es al que incumbe promover la resolución del conflicto negativo por la Sala especial, una vez que el inicialmente requerido a aceptar el conocimiento lo hubiere rechazado y siempre que aquél persistiere en las razones de inhibición.”

Del mismo modo se pronunció la Sala de Conflictos de Jurisdicción en sentencia de fecha 5 de marzo de 1997:

“Esa Sala ya estudió dicha laguna legal, resolviéndola, a iniciativa del Ministerio Fiscal, mediante la aplicación a los conflictos negativos de jurisdicción de las normas procesales penales sobre cuestiones negativas de competencia, y en concreto los artículos 46 y 47 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y el artículo 21 de la Ley Procesal Militar, más expresivo este último en cuanto a los trámites a seguir para promover el conflicto.”

⁵⁰² Artículo 30 LOCJ: *“Lo dispuesto en esta Ley en su capítulo I, es aplicable en su totalidad a los conflictos de jurisdicción que surjan entre los Juzgados o Tribunales de la jurisdicción militar y la Administración, sin más que entender referida la expresión Juzgados o Tribunales del articulado del*

4.10.- Los conflictos con la jurisdicción contable.

En relación a dichos conflictos la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales los regula en su artículo 31:

“1. Los conflictos de jurisdicción que se susciten entre los órganos de la jurisdicción contable y la Administración y los que surjan entre los primeros y los órganos de la jurisdicción militar, serán resueltos por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción y por la Sala de Conflictos de Jurisdicción, respectivamente, según el procedimiento establecido en la presente Ley Orgánica.

2. A los efectos de los conflictos de competencia y cuestiones de competencia regulados en los capítulos II y III del título III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los órganos de la jurisdicción contable se entenderán comprendidos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.”

Dicho artículo plantea dos tipos de conflictos:

- Los que surjan entre la jurisdicción contable y la Administración, que serán resueltos por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción.
- Los que surjan entre la jurisdicción contable y la jurisdicción militar, que serán resueltos por la Sala de Conflictos de Jurisdicción.

Asimismo, resulta también aplicable lo dicho respecto a la denominación de conflictos de jurisdicción cuando una de las partes carece del tal carácter jurisdiccional.

No existe conflictos de jurisdicción entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción contable por la simple razón que la jurisdicción contable no tiene competencias en materia de jurisdicción ordinaria y, por otro lado, la propia Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales prevé que, a los efectos de los conflictos de competencia y cuestiones de competencia, los órganos de la jurisdicción contable se entenderán comprendidos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.⁵⁰³

capítulo a los Juzgados Militares o Tribunales Militares y la del Ministerio Fiscal, a la Fiscalía Jurídico Militar.”

⁵⁰³ El artículo 16 de la Ley Orgánica 2/1982 establece que: *“No corresponderá a la jurisdicción contable el enjuiciamiento de: a) Los asuntos atribuidos a la competencia del Tribunal Constitucional. b) Las cuestiones sometidas a la jurisdicción contencioso-administrativa. c) Los hechos constitutivos de delito o falta. d) Las cuestiones de índole civil, laboral o de otra naturaleza encomendadas al conocimiento de los órganos del Poder Judicial.”*

Resulta conveniente resaltar que el artículo 31 de la LOCJ se añadió en sede de tramitación legislativa por una enmienda presentada a la Mesa del Pleno del Senado introduciendo el Capítulo IV, que comprende dicho artículo sin especificar su contenido.⁵⁰⁴

En el texto del articulado aprobado por el Pleno del Senado consta el redactado actual del artículo 31 de la LOCJ si bien no constaba de título alguno al Capítulo IV que se añadió con posterioridad en el trámite de la aprobación definitiva por el Congreso de los Diputados.⁵⁰⁵

a.- Sujetos de los conflictos con la jurisdicción contable.

En relación a los sujetos que pueden suscitar dichos conflictos se encuentra la jurisdicción contable, la Administración y la jurisdicción militar.

Ya hemos analizado dos de los sujetos intervinientes, la Administración y la jurisdicción militar, por lo que no reiteraremos lo estudiado en el presente trabajo, por lo que debemos analizar qué órganos forman parte de la jurisdicción contable.

La Constitución en su artículo 136 encomienda al Tribunal de Cuentas la función fiscalizadora y la jurisdiccional.⁵⁰⁶

Asimismo, la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, viene a regular la propia jurisdicción del Tribunal de Cuentas como una auténtica jurisdicción, coincidiendo con lo que, según hemos visto, propugna el intérprete supremo

⁵⁰⁴ Así consta en el Diario de Sesiones del Senado, de la sesión plenaria número 26 celebrada el 1 de abril de 1987, página 1025 y Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, de la sesión plenaria de 30 de abril de 1987, página 64.

⁵⁰⁵ Según consta publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, número 40 (e), página 53.

⁵⁰⁶ En relación a la función jurisdiccional, el Tribunal Constitucional, tuvo ocasión de pronunciarse en su STC 215/2000 de fecha 18 de setiembre del año 2000 en su fundamento jurídico sexto:

“Lo primero, en atención a la caracterización de dicho órgano en la Ley de 29 de junio de 1934 como aquél que, con categoría de «supremo», posee una «jurisdicción especial y privativa» en materia contable (art. 1), lo que se reitera en la Ley de 3 de diciembre de 1953 (art. 2). Lo segundo, dado que la referencia a la «propia jurisdicción» del Tribunal de Cuentas fue introducida conscientemente por el constituyente, al aceptarse una enmienda al Anteproyecto en este sentido. Y en cuanto a lo último, pues basta observar que en todos los supuestos en los que la Constitución de 1978 emplea el término «jurisdicción» o sus derivados [arts. 53.3; 117.3 y 5; 123.1; 152.1, segundo párrafo y 153 c)] lo hace por referencia a órganos que ejercen funciones jurisdiccionales”

de la Constitución. Por otro lado, la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, concreta dichas funciones jurisdiccionales.⁵⁰⁷

Del análisis de la legislación de la jurisdicción contable podemos concluir que existen dos órganos con función jurisdiccional.⁵⁰⁸

Si bien ello es así, el único sujeto capacitado para suscitar conflictos es el Tribunal de Cuentas (artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas), y, en concreto, sólo puede plantear los conflictos que afecten a las competencias o atribuciones del Tribunal de Cuentas al Tribunal de Cuentas en Pleno, según se establece el artículo 21.3.b de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas.

b.- Procedimiento de los conflictos con la jurisdicción contable.

El procedimiento aplicable a dichos conflictos es el mismo que los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales y la Administración (artículos 1 a 21 de la LOJ).

Debemos tener en cuenta, respecto a la tramitación de los conflictos y de los aspectos procedimentales, que la Disposición adicional segunda, 2, de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, establece que el derecho supletorio para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales del Tribunal no es otro que el contenido en las leyes procesales típicas: la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

c.- Resolución de los conflictos con la jurisdicción contable.

Existe en dichos conflictos una dualidad de órganos resolutorios por cuanto, por un lado, los que surjan entre la jurisdicción contable y la Administración, son resueltos por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción y, por otro lado, los que surjan entre la jurisdicción contable y la jurisdicción militar, son resueltos por la Sala de Conflictos de Jurisdicción.

⁵⁰⁷ MEDINA GUIJARRO, Javier, Consejero del Tribunal de Cuentas, y PAJARES GIMÉNEZ, José Antonio, Secretario General del Tribunal de Cuentas, en el artículo "La función de enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas como su «propia jurisdicción» en la historia y en la Constitución Española" Revista española de control externo, Vol. 7, número 21, 2005, (páginas 33 a 68).

⁵⁰⁸ De acuerdo con el artículo 52 de la Ley 5/1998: La jurisdicción contable se ejercerá por: a) Los Consejeros de Cuentas. b) Las Salas del Tribunal de Cuentas.

En relación a las actuaciones del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción y de la Sala de Conflictos de Jurisdicción resulta totalmente aplicable lo anteriormente analizado respecto el resto de conflictos ordinarios y con la jurisdicción militar.

No nos consta, a fecha de hoy, que haya habido ninguna resolución en aplicación del artículo 31 de la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales, ya sea en su vertiente del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, Sala de Conflictos de Jurisdicción o los supuestos del artículo 31.2 de la Ley Orgánica. En otra dirección sí que se han dado casos de requerimiento de inhibición de la jurisdicción contable hacia la jurisdicción ordinaria si bien no han llegado a la resolución del conflicto al aceptarse la jurisdicción requerida.⁵⁰⁹

Asimismo, también nos consta un Auto del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, en un conflicto planteado por el Tribunal de Cuentas contra el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en el que el Tribunal de Conflictos tiene por no formalizado el conflicto de Jurisdicción y acuerda remitir las actuaciones a la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Supremo puesto que no existe un conflicto de jurisdicción sino un conflicto de competencia.⁵¹⁰

⁵⁰⁹ SUÁREZ ROBLEDANO, José Manuel, Consejero del Tribunal de Cuentas de España, en el artículo "Presente y futuro de la Jurisdicción Contable." Revista Española de Control Externo, del Tribunal de Cuentas, Vol XV, septiembre de 2013, número 45, (página 116): "La Audiencia Provincial de Madrid, en Auto de 8-06-1990, declaró, en relación a la determinación de la responsabilidad civil por hechos constitutivos de delito y de alcance contable, la procedencia de acceder a la inhibición requerida por el Tribunal de Cuentas en base a las previsiones de los arts. 49.3 y 50 LFTCu, 18.2 LOTCu y 31.2 de la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales."

⁵¹⁰ El Auto del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de fecha 25 de enero de 2006, en su fundamento jurídico único, dice:

"Único.- La exposición de hechos que se ha dejado transcrita pone de manifiesto que tanto la jurisdicción contencioso administrativa como la jurisdicción contable se estiman competentes para conocer de un determinado litigio. No existe, pues, propiamente un conflicto de jurisdicción de los regulados en el capítulo I de la Ley Orgánica 2/1982, de 18 de mayo, de Conflictos de jurisdicción, que deba resolver este Tribunal de Conflictos sino, en principio, un conflicto de competencia entre aquellas dos jurisdicciones. Razón por la cual la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, tras no acceder al requerimiento planteado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León, así lo comunicó al requirente y, con cita expresa del artículo 47 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, (precepto inserto en el capítulo precisamente dedicado a los conflictos de competencia) elevó las actuaciones a la sala de Conflictos del Tribunal Supremo.

Dado que el artículo 31.2 de la citada Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos de Jurisdicción, dispone que a los efectos de los conflictos de competencia y cuestiones de competencia regulados en los capítulos II y III del Título III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los órganos de la Jurisdicción contable se entenderán comprendidos en el orden jurisdiccional contencioso administrativo, el conflicto de competencia se convierte, tal y como afirman el Abogado

del Estado y el Ministerio fiscal, en cuestión de competencia planteada entre dos órganos del mismo orden jurisdiccional (uno de los a estos solos efectos). A la aplicación del citado artículo 31.2 de la Ley Orgánica 2/1987 se llega asimismo por remisión del artículo 50 de la Ley 7/1985, de 5 de abril, Reguladora del funcionamiento del Tribunal de Cuentas, a tenor del cual los que se susciten entre los órganos de la jurisdicción contable y la administración o las restantes jurisdicciones serán resueltos de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales.

Así las cosas, resulta aplicable el artículo 51.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, a cuyo tenor las cuestiones de competencia entre Juzgados y Tribunales de un mismo orden jurisdiccional se resolverán por el órgano inmediato superior común, conforme a las normas establecidas por las leyes procesales. El inmediato superior común de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León y de la Sala de Justicia de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas es la Sala de lo Contencioso Administrativo Del Tribunal Supremo, competente para conocer de los recursos de casación interpuestos indistintamente contra las resoluciones de aquellas dos Salas.

Procede, pues, no tener por formalizado conflicto de Jurisdicción y remitir las actuaciones a la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Supremo, a los efectos ya expresados.”

CAPÍTULO VI

Algunos aspectos relevantes sobre la actividad del tribunal de conflictos de jurisdicción desde el 1986 hasta la actualidad.

SUMARIO:

- 1.- APROXIMACIÓN ESTADÍSTICA A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN (DESDE 1986 HASTA 2021) Y GRÁFICOS REPRESENTATIVOS.**
- 2.- SELECCIÓN DE CIERTAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN ESPECIALMENTE RELEVANTES.**
- 3.- EL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS JURISDICCIONALES.**
- 4.- BREVE REFERENCIA LA COMPOSICIÓN PERSONAL DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS JURISDICCIONALES DESDE 1987 HASTA 2021.**

1.- APROXIMACIÓN ESTADÍSTICA A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN (DESDE 1986 HASTA 2021) Y GRÁFICOS REPRESENTATIVOS.

Como ya nos hemos referidos anteriormente en este documento, merece especial atención el análisis jurisprudencial publicado en los diferentes números de la Revista de Administración Pública.

En efecto, dicha publicación, ya desde su primer número, analizó diferentes resoluciones del tribunal de conflictos jurisdiccionales.

Desde su primer número hasta el número 30 se encargó el profesor Jesús González Pérez, a partir del número 31 fue el profesor Sebastián Martín-Retortillo Baquer, desde el número 45 hasta el número 90 tomó el relevo su hermano, el profesor Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, esto es, en el período que abarca desde el año 1964 hasta el año 1979.

También el profesor Javier Domper en su “repertorio de la jurisprudencia de conflictos jurisdiccionales” analizó la jurisprudencia entre los años 1948 a 1975.⁵¹¹

Posteriormente, el profesor Lorenzo Martín-Retortillo Baquer retomaría su análisis jurisprudencial en el número 98 de la RAP allá por el año 1982 donde con carácter preliminar analizó la Ley de Conflictos Jurisdiccionales tras la entrada en vigor de la Constitución para posteriormente analizar el impacto de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal de Conflictos desde el año 1979 hasta el año 1982.

Tras el “parón” consecuencia de la aprobación de la Constitución el profesor Lorenzo Martín-Retortillo Baquer en dicho número 98 de la RAP (mayo-agosto de 1982) analizó las resoluciones publicadas en el BOE desde el 15 de marzo de 1979 hasta el 31 de octubre de 1980.

No encontramos más notas jurisprudenciales de conflictos jurisdiccionales en dicha revista hasta el número 138 (septiembre-diciembre de 1995) donde el profesor Juan Francisco Mestre Delgado publica una crónica sobre jurisprudencia reciente del tribunal de conflictos de jurisdicción.⁵¹²

⁵¹¹ DOMPER FERRANDO, Javier, “Repertorio de la jurisprudencia de conflictos jurisdiccionales (1948-1975)”, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978.

⁵¹² MESTRE DELGADO, Juan Francisco, “Crónica sobre jurisprudencia reciente del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción”, Revista de Administración Pública, número 138, septiembre-diciembre 1995, (páginas 315 a 362).

A nivel particular, es posible efectuar una búsqueda de la jurisprudencia de conflictos en el Boletín Oficial del Estado o bien en las publicaciones del Consejo General del Poder Judicial editadas por el BOE sobre las sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción.

Huelga decir que gran parte de dichos análisis jurisprudenciales publicados en la Revista de Administración Pública, si bien son proverbiales, son previos al estudio jurisprudencial del presente trabajo donde tomamos como punto de inicio el año 1986, punto de partida “moderno” del actual sistema de conflictos jurisdiccionales.

Gracias a dichos estudios jurisprudenciales publicados en las diferentes publicaciones especializadas disponemos de un análisis de calidad de la jurisprudencia existente en sede de conflictos si bien, como hemos visto, únicamente en aplicación de la legislación anterior.

La jurisprudencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción se ha tratado, con la honrosa excepción de los estudiosos citados, de manera esporádica, dispersa y con los únicos efectos de alinear aspectos concretos de diferentes disciplinas jurídicas.

Debemos poner de manifiesto que se hace difícil buscar dichas resoluciones en los buscadores oficiales (BOE o CENDOJ) puesto que no existe un repositorio específico de jurisprudencia de conflictos. Si analizamos y buscamos en los buscadores “privados” (Westlaw, La Ley, Vlex y demás...) nos encontramos que, o bien no disponen de dichas resoluciones, o bien solo disponen de los fundamentos jurídicos por lo que no se puede llevar a cabo un análisis y estudio riguroso de los hechos que traen causa de la resolución.

Tampoco nos ha sido de utilidad las estadísticas existentes en el Instituto Nacional de Estadística ofrecidas por el Consejo General del Poder Judicial puesto que los datos anteriores a 1998 son prácticamente inexistentes y los datos posteriores no efectúa una diferenciación entre los diferentes tipos de conflictos así como se mezclan los asuntos resueltos por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción y por la Sala de Conflictos de Jurisdicción.⁵¹³

Por ello, ha sido arduo y laborioso efectuar una búsqueda y una recopilación rigurosa a través del buscador del BOE pero, tras escarbar un poco en las entrañas del Boletín Oficial por excelencia, podemos ofrecer una visión de conjunto de la materia y analizar su resultado.

⁵¹³ Podemos consultar la base de datos de estadística judicial en la siguiente página web: <http://www6.poderjudicial.es/PxWeb/pxweb/es/>

A tal efecto, podemos ofrecer los siguientes resultados estadísticos:

a.- Número total de resoluciones:

El Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales ha dictado un total de 340 sentencias desde su creación hasta el 31 de diciembre de 2020.

Asimismo, el órgano colegiado al que corresponde resolver los conflictos de jurisdicción que se planteen entre los Tribunales y la Administración dispuesto en la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica del Poder Judicial dictó un total de 19 sentencias desde su constitución (el 20 de diciembre de 1985) hasta su disolución el 1 de abril de 1987).



Gráfico 1: Resoluciones por año y por tipo de conflicto donde se puede observar un claro descenso de los asuntos tratados con el paso de los años. En relación a los datos estadísticos de las resoluciones se ha utilizado la fecha de su resolución y no la de publicación en el BOE.

Podemos efectuar una comparación con los datos obtenidos de las estadísticas publicadas por el propio Tribunal Supremo (en la serie de Salas especiales del Tribunal Supremo) si bien, como hemos observado, debe tenerse en cuenta que en dicha estadística no existe una diferenciación entre los diferentes tipos de conflictos jurisdiccionales mezclándose con los conflictos de índole militar.



Gráfico 2: número de conflictos de jurisdicción resueltos por las salas especiales del Tribunal Supremo entre 1999 y 2019.

b.- Número de resoluciones por tipo de conflicto:

Del total de los conflictos resueltos por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (340 conflictos) 240 de ellos son conflictos positivos (lo que representa el 70,5%) y 100 pertenecen a la esfera de conflictos negativos (el 29,5%) si bien, la mayor parte de dichos conflictos negativos, en concreto 78 de 100, conciernen a conflictos negativos en materia de concesión de la asistencia jurídica gratuita.



Gráfico 3: donde podemos observar el número total de conflictos y su división por tipo siendo el alto número de conflictos negativos una anomalía puesto que entre los años 1998 y 1999 se acumularon el 42% del total de los conflictos negativos siendo, la gran mayoría de ellos, de un asunto concreto.

c.- Número de resoluciones por asunto tratado:

En lo que respecta a los asuntos tratados podemos dividirlo en diferentes temas siendo los más numerosos los siguientes:

- Los conflictos suscitados en los expedientes de concesión de asistencia jurídica gratuita ascienden a un total de 77 sentencias lo que supone el 22 % aproximadamente del total de resoluciones.
- Los conflictos suscitados en materia de suspensión de pagos o concurso de acreedores ascienden a un total de 68 sentencias, lo que supone el 20% del total de resoluciones.
- Los conflictos en materia de concurrencia de embargos judiciales y administrativos se tradujeron en unas 42 resoluciones, lo que suponen el 12% de las resoluciones.
- Los conflictos en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración ascienden a un total de 27 resoluciones, lo que supone el 8 % del total, el mismo número de resoluciones que en materia de medidas penitenciarias.
- A continuación, existe un variado número de resoluciones y de materias:
 - o Interdictos contra la Administración: 17 sentencias.
 - o Liquidación y recaudación de cuotas de la Seguridad Social: 10 sentencias.
 - o Ejecución de sentencias judiciales: 10 sentencias
 - o Entrega de documentación por mandato judicial: 7 sentencias
 - o Expedientes laborales: 6 sentencias.
 - o Liquidación de entidades aseguradoras: 5 sentencias



Gráfico 4: representación de las resoluciones por temas.

d.- Resoluciones por resultado obtenido:

En lo que se refiere al resultado del conflicto podemos dividir las resoluciones entre las siguientes:

- A favor administración: 189 resoluciones
- A favor Juzgados y Tribunales: 112 resoluciones

A partir de esta división existen una serie de resoluciones dispares, así:

- En tres ocasiones el Tribunal establece que no existe materia para plantear el conflicto.
- En 18 ocasiones establece que el conflicto está planteado improcedentemente y en 5 ocasiones declara que el requerimiento de inhibición es improcedente por lo que podemos agrupar dichas denominaciones al ser coincidentes.
- En 2 ocasiones se declara incompetente.
- En una ocasión da por concluido el conflicto por desistimiento de la autoridad requirente.
- En 3 ocasiones declara el conflicto planteado incorrectamente.
- En una ocasión declara que el conflicto está indebidamente planteado.
- En 4 ocasiones declara que el conflicto no tiene objeto (en 3 de ellas lo archiva por carencia de objeto).
- En una ocasión declara el conflicto inadmisibile.
- En una ocasión declara que no procede pronunciamiento.
- En una ocasión desestima el recurso de queja.



Gráfico 5: resultados de la resolución de los conflictos entre 1987 y 2020.

Del gráfico podemos observar como del total de conflictos resueltos, el conflicto se decanta del lado de la Administración el 55,88% y a favor de los Juzgados y Tribunales el 32,35%.

e.- Resoluciones por procedencia de los sujetos intervinientes en conflicto:

En cuanto a los sujetos intervinientes en los conflictos separaremos entre los promotores del conflicto y los órganos requeridos.

En relación a los órganos **promotores de conflictos** los resultados son los siguientes:

- Administración local: 51 conflictos planteados (15%)
- Administración autonómica: 18 conflictos planteados (5,3%)
- Administración central o periférica: 106 conflictos planteados (31,2%)
- Juzgados y Tribunales: 165 conflictos planteados (48,5%)
 - o Juzgados: 154 conflictos.
 - o Audiencias Provinciales: 5 conflictos.
 - o Tribunales Superiores de Justicia: 6 conflictos.



Gráfico 6: promotores de los conflictos entre los años 1987 y 2020.

En relación a los **órganos requeridos** en los conflictos planteados por los anteriores órganos podemos indicar los siguientes datos debidamente diferenciados por tipo de órganos:

- Administración local: 19 requerimientos (5,6%)
- Administración autonómica: 5 requerimientos (1,5%)
- Administración central o periférica: 136 requerimientos (40%)⁵¹⁴
- Juzgados y Tribunales: 179 requerimientos (52,6%)
 - o Juzgados: 159 requerimientos.
 - o Audiencias Provinciales: 13 requerimientos.
 - o Tribunales Superiores de Justicia: 5 requerimientos.
 - o Audiencia Nacional: 1 requerimientos.
 - o Tribunal Supremo: 1 requerimiento.
- Registros de la Propiedad: 1 requerimiento (0,3%)

⁵¹⁴ Se incluyen los requerimientos efectuados a las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita.

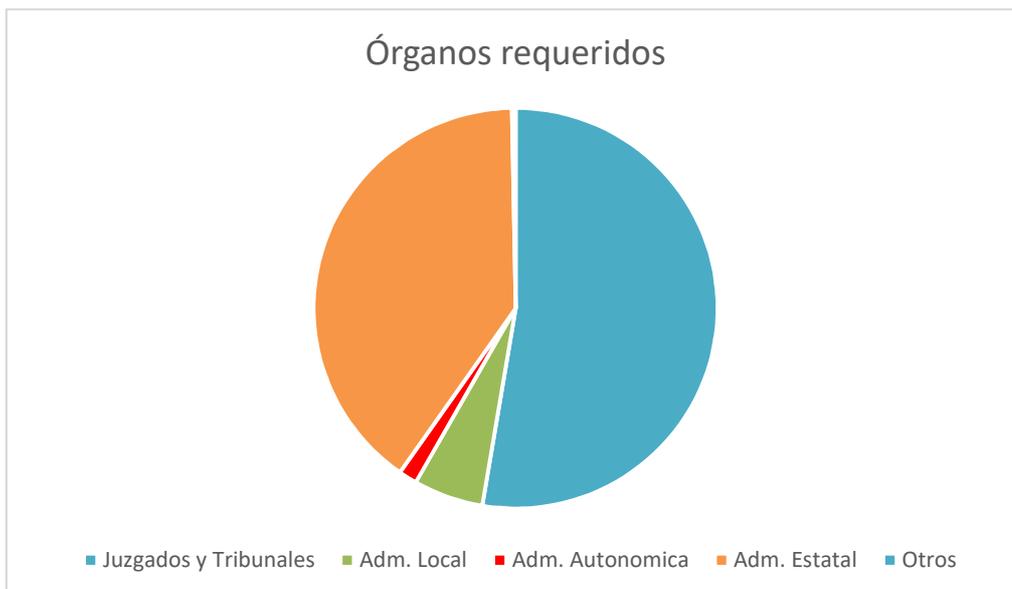


Gráfico 7: órganos requeridos separados por tipo entre 1987 y 2020.

2.- SELECCIÓN DE CIERTAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN ESPECIALMENTE RELEVANTES.

Tal y como hemos advertido, existen algunas resoluciones que, por su importancia, entendemos que merecen una especial consideración, como veremos, alguna de ellas fueron resueltas por el órgano colegiado al que correspondió resolver los conflictos de jurisdicción que se plantearon entre los Tribunales y la Administración según la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

No pretendemos en este apartado efectuar un análisis doctrinal de dichas resoluciones, simplemente se trata de poner de relevancia aquellas resoluciones que, en cierto modo, han trascendido más allá del ámbito estrictamente de atribución competencial, nuestra elección es la siguiente:

1.-) Resolución del conflicto de jurisdicción 12/1986 de fecha 9 de julio de 1986 planteado por el delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Madrid a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (BOE número 205 de 27 de agosto de 1986).

En primer lugar, debemos especificar que la resolución no es del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción sino del órgano colegiado constituido para decidir los conflictos jurisdiccionales entre los Tribunales y la Administración puesto

que nos hallamos ante una resolución a caballo entre la aprobación de la LOPJ y la LOCJ.

El objeto del conflicto es la solicitud de extradición formulada por la embajada en Madrid de los Estados Unidos de América y la República de Colombia respecto a un ciudadano colombiano ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y habiéndose pronunciado ésta a favor de la República de Colombia.

El Delegado del Gobierno en la Comunidad de Madrid promovió la cuestión de competencia y requirió de inhibición a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional puesto que dicha extradición había sido objeto de sendos acuerdos del Consejo de Ministros y la competencia era del Gobierno a tenor de lo dispuesto en la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva.

La sección segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dio traslado de la petición de inhibición a las partes a lo que el Ministerio Fiscal se mostró a favor de la inhibición, el ciudadano colombiano por el contrario entendió que se debería mantener la jurisdicción y, por ello, su extradición a la República Colombiana y, finalmente, oídas las partes, le Sección Segunda de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional no accedió al requerimiento formulado y ratificó su competencia por lo que se remitieron las actuaciones a la Presidencia del Tribunal Supremo a fin de que la Sala Especial de Conflictos decidiera sobre la cuestión.

Entra el tribunal en la fase de los fundamentos jurídicos en los que, a grandes rasgos, estima debidamente formulado el requerimiento y se centra el objeto de resolución en si se trata de un procedimiento finalizado y, por lo tanto, sin posibilidad de conflicto o, por el contrario, se trata de un conflicto surgido como consecuencia de la ejecución de una resolución firme con lo cual el conflicto puede seguir vivo.

El tribunal resuelve que el conflicto ha de entenderse improcedentemente planteado puesto que se pretende reabrir una causa fenecida por resolución judicial firme y, por lo tanto, no procede el conflicto.

En el presente caso, aunque la resolución es de 1986 y la legislación aplicable al caso es la de 1948 merece especial atención el conflicto por su momento y por el voto particular emitido por Don Gregorio Peces-Barba del Brío.

En efecto, Peces-Barba discrepa tanto de los antecedentes de hecho como de los fundamentos jurídicos y, finalmente de la resolución.

En primer lugar, Peces-Barba resalta y hace suyo el voto particular emitido en la resolución del Juzgado Central de Instrucción 5 por parte del Magistrado presidente de la Sección Segunda de la Audiencia Nacional que, tras relatar la compleja normativa sobre extradiciones, viene a establecer que la legislación determina que el Gobierno que primero solicita la extradición (en este caso, Estados Unidos) debería obtener dicha extradición así como el territorio donde se cometió el supuesto delito fue los Estados Unidos puesto que era el país de destino de los estupefacientes y, por ello, la teoría adecuada es la del resultado.

En el análisis crítico de los fundamentos jurídicos Peces-Barba ataca la solución formal adoptada por el fallo mayoritario y critica que no se haya buscado la solución más justa que trascienda la literalidad de la norma y capte el sentido último de la institución de conflictos (citando el título preliminar del Código Civil) que será inútil cuando no se pueda reaccionar ante una invasión competencial por parte de otro poder por un problema formal.

Finalmente, establece que todo jurista debe respetar el principio de no interferencia de las decisiones judiciales si bien, en el caso de la política exterior de un Estado, también debe ser un hombre de Estado y, por ello, debe respetar, sin invadir, las decisiones políticas en materia exterior y los tribunales no deberían resolver una cuestión tan claramente política por lo que entiende que la decisión del tribunal debió ser la de que el Gobierno ostenta la plena competencia para decidir a qué Estado extraditar al ciudadano solicitado.

A modo de conclusión debemos manifestar que Peces-Barba mezcla cuestiones de Estado con cuestiones sometidas al ordenamiento jurídico y, por último, cuestiones formales que a nuestro entender no se pueden eludir. Finalmente, Peces-Barba, en su voto particular, mantiene que el Consejo General del Poder Judicial podría plantear un conflicto constitucional con el Gobierno en aplicación de lo establecido en el artículo 59.3 de la ley Orgánica del Tribunal Constitucional si bien, como sabemos, el Tribunal Constitucional (STC 45/1986) tiene establecido que el Consejo General del Poder Judicial no tiene legitimación para plantear conflictos de atribuciones, pues los órganos judiciales en sí mismos considerados no son «órganos constitucionales» a los efectos de plantear conflicto de atribuciones según el art. 59.3 LOTC, y los conflictos posibles entre Juzgados y Tribunales y otros órganos del Estado tienen previstos otros cauces procedimentales en los que no tiene cabida el propio Consejo.

Finalmente indicar que dicha resolución es prácticamente idéntica con el conflicto de jurisdicción 11/1986 de fecha 20 de julio de 1986 planteado por

el delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Madrid a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (BOE número 205 de 27 de agosto de 1986).

2.-) Sentencia del conflicto negativo de jurisdicción 2/1988 de fecha 26 de diciembre de 1988 suscitado entre la Magistratura de Trabajo número 11 de Madrid y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (BOE número 31 de 6 de febrero de 1989).

En la presente resolución nos encontramos ante un conflicto negativo donde la Administración (Ministerio de Trabajo) entiende que es incompetente para conocer acerca de la inclusión o exclusión de trabajadores en los despidos acordados en resolución de un expediente de regulación de empleo.

Del mismo modo, la jurisdicción laboral, en el procedimiento contra la empresa demandada, entiende que tampoco es competente para conocer de dicho asunto por entender que la materia correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Así las cosas, se planteó conflicto negativo de jurisdicción a resolver por el recién creado Tribunal de Conflictos de Jurisdicción que analizó la jurisprudencia aplicada por el Tribunal Supremo y por el mismo Tribunal de Conflictos así como las normas aplicables hasta llegar a la conclusión que el legislador extendió, por razones de servicio y de interés público, la intervención administrativa a dicha inclusión o exclusión de trabajadores en los despidos acordados en resolución de un expediente de regulación de empleo por lo que declaró que la Administración era la competente para resolver la petición formulada por los trabajadores.

Hasta aquí los hechos, fundamentos básicos y resolución del asunto que pasaría inadvertido sino fuera por el voto particular firmado por el presidente del Tribunal, al que se adhirió otro magistrado del Tribunal.⁵¹⁵ Dicho voto particular, en un primero momento, trata de establecer la diferenciación entre la intervención administrativa subsistente en la normativa aplicable, que es anterior a la Constitución, y la resolución de controversias en el ámbito laboral definido por el nuevo marco jurisdiccional. Acto seguido, los firmantes del voto particular efectúan una encendida defensa de la división de poderes y, por ello, merece la pena su transcripción literal:

“La consagración constitucional de principios básicos como el de la división de poderes, el de la exclusiva atribución de funciones jurisdiccionales a los Juzgados y Tribunales y el de

⁵¹⁵ El firmante del voto particular y presidente del Tribunal de Conflictos, era Don Antonio Hernández Gil, presidente, a su vez, del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial. Se adhirió al voto particular, el Magistrado Juan García-Ramos Iturralde.

sumisión de éstos últimos únicamente a la Ley (artículo 117 de la Constitución Española), ha supuesto, de una parte, la total exclusión de la Administración estatal del ámbito de las funciones jurisdiccionales propiamente dichas, así como de casi toda intervención heteronómica en la regulación y desenvolvimiento de la relación jurídica derivada del contrato de trabajo y, de otra, una más acabada configuración de los diversos órdenes jurisdiccionales y, muy concretamente, del orden social de la jurisdicción, cuyos perfiles, en cuanto orden jurisdiccional con marcada especificación objetiva, han quedado claramente definidos y notoriamente ampliados. Si, conforme al artículo 9.4 de la indicada Ley Orgánica del Poder Judicial, la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo queda referida «a los actos de la administración Pública sujetos a Derecho Administrativo y con las disposiciones reglamentarias» y, a tenor del apartado 5 del expresado precepto orgánico, corresponde al orden jurisdiccional social «las pretensiones que se promuevan en la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral», parece que una pretensión, como la ahora entablada por los 13 trabajadores promotores del conflicto jurisdiccional en trance de resolución, que se funda en una norma de índole estrictamente socio-laboral -Ley 25/1971, de 19 de julio-, no debe ser objeto de reenvío, para su conocimiento y resolución, a la autoridad administrativa o, en su caso, al orden jurisdiccional contencioso administrativo, por cuanto se advierte su clara configuración como pretensión encuadrable dentro de la «rama social:» del derecho.”

Séptimo.- Aun cuando la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo conoce de los problemas para atribuir el conocimiento a uno u otro orden jurisdiccional, mientras en casos como el presente, la cuestión se suscita ente: la Administración y un orden jurisdiccional, es indudable la similitud que se aprecia en muchos aspectos por lo que interesa resaltar como lo precedentemente razonado se revela acorde con el criterio mantenido por la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, la que, en sus autos de fechas 16 de octubre y 4 de diciembre de 1986, mantiene la tesis de que la sola intervención de un órgano de la Administración Pública no basta para atribuirle la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa si el acto impugnado no está sujeto al Derecho Administrativo y que, únicamente, procede atribuir la competencia a dicho orden jurisdiccional si concurre un interés que trasciende la esfera particular. También cabe citar, en el mismo sentido, la sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, de fecha 21 de octubre de 1987 (referencia Aranzadi 6.899) que resuelve un recurso de apelación en proceso de impugnación, en vía contencioso-administrativa, de una resolución dictada por la Dirección General de Trabajo sobre rotación, en descanso semanal, de los Jefes de Estación y Factores de Circulación de RENFE. Con base en los principios de unidad jurisdiccional y de exclusiva atribución de la potestad jurisdiccional a los Juzgados y Tribunales, la Sala recuerda que conforme al artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no corresponde a esta última el conocimiento y resolución de las cuestiones que, aunque relacionadas con actos de la Administración, se atribuyan por una Ley -artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 1º de la Ley de Procedimiento Laboral, de 13 de junio de 1980- al orden jurisdiccional social. Siendo claro que la cuestión a dilucidar en el recurso que, a la sazón, conocía la Sala Quinta del Tribunal Supremo se refería al descanso dominical de determinados trabajadores de RENFE, el órgano Judicial no duda en calificarla de pretensión típicamente laboral correspondiente a la rama social del Derecho, sin que sea óbice a ello la intervención de la Administración Pública y la concurrencia de una resolución de la misma que constituye el objeto de la impugnación en vía judicial, pues no por esto se desnaturaliza la verdadera esencia laboral de la reclamación entablada. La similitud que existe, sin perjuicio

de las diferencias de planteamiento, entre la situación jurídica aquí debatida y el problema resuelto por la Sala Quinta del Tribunal Supremo permite llegar a análoga conclusión."

3.-) Sentencia de 14 de diciembre de 1995 del conflicto positivo de jurisdicción planteado entre el Ministerio de Defensa y el Juzgado de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional (conflicto 10/1995-T, BOE número 306 de 23/12/1995).

Este es una resolución que ha sido ampliamente comentada por sectores doctrinales por lo que nos remitimos a dichas voces más autorizadas para su análisis crítico.⁵¹⁶

El conflicto se inició por un requerimiento del titular del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional al director del CESID a los efectos de que evacuase informe sobre diferentes extremos relativos a la organización GAL.⁵¹⁷

La respuesta a dicho requerimiento fue que no podía ser atendido puesto que las materias objeto de requerimiento estaban incluidas en la legislación de secretos oficiales. El Juzgado Central de Instrucción reiteró en varias ocasiones dicho requerimiento que, uno tras otro, fue rechazado por el CESID y por el Ministerio de Defensa en base a idénticos motivos.

Así las cosas el Ministerio de Defensa formuló un requerimiento de inhibición en los términos de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales y éste lo tuvo por planteado así como recabo informe al Ministerio Fiscal que informó a favor del Ministerio de Defensa en igual sentido que el Abogado del Estado.

Después de resolver cuestiones de carácter procedimental el Tribunal de Conflictos entró en el fondo del asunto y, en primer lugar, el Tribunal entiende que existe un claro conflicto jurisdiccional por cuanto lo que está en

⁵¹⁶ Así LOZANO, Blanca, en "El sistema de conflictos jurisdiccionales, las materias clasificadas y el control de la Administración", REDA, número 94, (páginas 437 a 463), la misma autora efectuó un trabajo más resumido en el artículo "En los confines del Estado de Derecho: el control judicial de los secretos de Estado" para la revista "Jueces para la democracia" número 29, año 1997, (páginas 20 a 28). Por otro lado, GARRIDO CUENCA, Núria publicó el artículo "El episodio judicial de la desclasificación de los papeles del CESID: las sentencias del tribunal supremo de 4 de abril de 1997. Paradojas y parallogismos de un conflicto entre la función de gobierno y el derecho a la tutela judicial efectiva", en la Revista de Administración Pública número 143, de mayo-agosto de 1997. Finalmente, no podemos obviar a GARRIDO FALLA, Fernando y su artículo "Ética y razón de Estado: los documentos del CESID y el "Caso Gal", publicado en los Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, número 73, 1996, (páginas. 175 a 192).

⁵¹⁷ El titular de dicho Juzgado era el Magistrado Baltasar Garzón, el CESID fue el antecesor del actual CNI como organismo de inteligencia nacional.

discusión es si las actuaciones jurisdiccionales trascienden la función jurisdiccional y se insertan en un ámbito de la función del Gobierno.

El Tribunal entiende que la Ley de secretos oficiales en vigor en el momento de dicha resolución establece un ámbito competencial claramente residenciado en el Consejo de Ministros.

A continuación, el Tribunal define la tarea del Juez de instrucción y su actuación, así como argumenta que sus poderes de investigación deben discurrir dentro de los cauces establecidos por las Leyes (117 CE y 1 LOPJ) y, cuando dicha legislación modula restrictivamente la utilización de determinados medios probatorios del procedimiento de investigación no estamos ante unos espacios de impunidad sino ante dicha modulación restrictiva.⁵¹⁸

Finalmente, el Tribunal argumenta que la técnica del secreto para sustraer al conocimiento público determinadas materias reservadas es común en países de nuestro entorno (Alemania, Francia, Italia o Reino Unido) así como establece que el Juez de Instrucción no tiene competencia para obtener determinados instrumentos probatorios en materia de secretos oficiales y, si los requiere, debe solicitarlo al Consejo de Ministros y, éste, discrecionalmente, decidir.

4.-) Sentencia de 19 de diciembre de 1997 del conflicto negativo de jurisdicción planteado entre el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Aranjuez y la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita del Ministerio de Justicia (conflicto 31/1997, BOE número 33 de 07/02/1998).

Dicho conflicto negativo es uno de tantos otros que se plantearon entre los años 1997 a 2000 en relación a la transitoriedad de lo establecido en la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita y que se resuelve en el sentido de que corresponde a la Comisión de Asistencia Gratuita del Ministerio de Justicia resolver las solicitudes de asistencia gratuita.

Sería un conflicto más si no fuera por el voto particular que se repite en varias ocasiones y que plantea la falta de competencia del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales.⁵¹⁹

⁵¹⁸ El Tribunal lo compara con el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros de las Administraciones del artículo 105.b de la CE.

⁵¹⁹ Dicho voto particular firmado por el vocal Fernando de Mateo Lage, Consejero permanente del Estado se formuló en 16 ocasiones en el año 1997.

En efecto, dicho voto particular no obedece a razones de los conflictos sino en la competencia del propio Tribunal después de la vigencia de la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la que se introduce un estatuto especial de los magistrados del Tribunal Supremo y un régimen de incompatibilidades más severa que la anterior regulación.

El motivo del voto particular no es otro que entender que los magistrados del Tribunal Supremo no pueden formar parte de otros tribunales que no sean los que se establecen en el artículo 348 bis de la LOPJ (vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrado del Tribunal Constitucional, miembro de Altos Tribunales de Justicia Internacionales) o, según lo dispuesto en el artículo 350.3 de la LOPJ, ni desempeñar otras funciones con ciertas excepciones (miembros Junta Electoral Central o Presidente de Tribunales de oposiciones de ingreso a la carrera judicial).

Pues bien, según el firmante del voto particular, debido a la especial naturaleza del Tribunal de Conflictos que no se halla dentro de la organización del Tribunal Supremo y a las incompatibilidades reflejadas en la nueva regulación del Poder Judicial es evidente que los Magistrados del Tribunal Supremo no podrían formar parte del Tribunal de Conflictos por la reforma tácita del artículo 38 de la LOPJ que regula la composición del Tribunal de Conflictos.

Finalmente, entiende el firmante que deberían sustituirse los magistrados del Tribunal Supremo por otros magistrados provenientes de la Audiencia Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia.

5.-) Sentencia de 13 de junio de 2001 recaída en el conflicto negativo de jurisdicción suscitado entre la Sala Segunda del Tribunal Supremo y el Ministerio de Justicia (conflicto 4/2001, BOE número 166, de 12/07/2001).

Este asunto resolvió el conflicto surgido como consecuencia de la condena por prevaricación del magistrado del Juzgado de Instrucción Central número 1, el señor Francisco Javier Gómez de Liaño.

Una vez condenado por sentencia del Tribunal Supremo se procedió a su ejecución, momento en el que el condenado solicitó la suspensión de dicha ejecución por haber recurrido en amparo y solicitado el indulto ante el Consejo de Ministros.

El Consejo General del Poder Judicial llevó a cabo la ejecución de la sentencia consistente en la inhabilitación y pérdida de la condición de Magistrado y así se tuvo por ejecutada la sentencia por parte del Tribunal Supremo.

Así las cosas, el Gobierno aprobó el indulto en lo que se refería a la pena de inhabilitación especial y reintegrándolo a la carrera judicial hecho que se aplicó por parte del Tribunal Supremo pero no en los mismos términos que la resolución del indulto.

El Ministerio de Justicia dirigió oficio a la Sala Segunda del Tribunal Supremo a los efectos de que se aplicase íntegramente la resolución del indulto en sus estrictos términos y no en la interpretación del Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo no aceptó el requerimiento y mantuvo la jurisdicción por lo que quedó formalmente planteado el conflicto.

La cuestión de fondo no es la atribución de la competencia por parte de un órgano jurisdiccional sino la frustración en el ejercicio de una atribución que el otro órgano considera propia.

A continuación, el Tribunal trata de justificar que no estamos ante una falta de aplicación de un reglamento u otra disposición contraria a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa del artículo 6 de la LOPJ sino de un acto, considerando que el artículo 6 de la LOPJ se proyecta sobre normas y no sobre actos que se agotan con su ejecución (como el indulto) así como que la efectividad del reintegro a la carrera judicial habrá de llevarse a cabo por resolución del Consejo General del Poder Judicial.

Por ello, el Tribunal declara que las determinaciones sobre el alcance del indulto corresponden al Gobierno si bien, las cuestiones relativas a su reingreso corresponden al Consejo General del Poder Judicial.

Consta un breve voto particular de dos Consejeros permanentes del Consejo de Estado en el sentido de que el Tribunal debió eludir la mención al Consejo General del Poder Judicial por no ser parte en el conflicto ni ser objeto de mención en la resolución del indulto.

6.-) Sentencia de 16 de diciembre de 2015 del conflicto positivo planteado por la Generalitat de Catalunya frente al Juzgado de Primera Instancia número 1 de Huesca (conflicto 1/2015, BOE número 37 de 12/02/2016) y Sentencia de 23 de septiembre de 2020 del conflicto positivo planteado por la Generalitat de Catalunya frente el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Barbastro (conflicto 1/2020, BOE número 267 de 9/10/2020).

En este supuesto vemos dos casos con estrecha relación y que ha sido objeto de larga contienda entre la Generalitat de Catalunya y la Comunidad

Autónoma de Aragón en relación a la titularidad de los bienes de arte sacros del Monasterio de Sixena (o Sijena).

Por sentencia del Juzgado de primera instancia número 1 de Huesca se estimó el juicio ordinario presentado en su día y declaró la nulidad de la compraventa efectuada en su día por la Generalitat de Catalunya así como procedió a su ejecución provisional mientras se hallaba pendiente el recurso de apelación interpuesto por la Generalitat de Catalunya.

Así las cosas, la Generalitat de Catalunya acordó plantear conflicto de jurisdicción y efectuar el correspondiente requerimiento de inhibición que fue rechazado por el Juzgado que acordó no acceder al mismo y, por lo tanto, se remitieron las actuaciones al Tribunal de Conflictos para su resolución.

Estima el Tribunal de Conflictos que solo puede pronunciarse sobre si la ejecución provisional acordada por el Juzgado es ajustada a la atribución competencial entre Administración y Juzgados y Tribunales sin que pueda entrar a valorar sobre la titularidad de los bienes sacros y, en su caso, la Generalitat de Catalunya debió plantear conflicto de jurisdicción o declinatoria por defecto de jurisdicción en el juicio declarativo, hecho que hizo pero solo para reclamar la competencia territorial de los Juzgados de Barcelona.

Finalmente el Tribunal, entiende que procede declarar la inadmisibilidad del conflicto por cuanto la Generalitat de Catalunya no “reclama el conocimiento” del asunto sino que invoca determinadas competencias exclusivas en relación a la resolución del asunto en primera instancia por lo que la pretensión ejercitada a través del conflicto de jurisdicción es ajena a su objeto y, por si no fuera poco, también procede su desestimación en cuanto al fondo por ser competencia de los Juzgados y Tribunales en aplicación del principio de exclusividad jurisdiccional previsto en el artículo 117.3 CE.

Por otro lado, existió otro procedimiento por objetos similares pero, en dicho supuesto, no se trataba de un juicio declarativo sino de una acción reivindicatoria y el Monasterio no era el de Sijena sino el de Barbastro e intervinieron adhesivamente la Generalitat de Catalunya y la Comunidad Autónoma de Aragón.

En dicho procedimiento seguido en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Barbastro se dictó sentencia por la que debían ser devueltas las piezas de arte al Obispado de Barbastro-Monzón.

Asimismo, el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Catalunya acordó plantear conflicto de jurisdicción y curso el correspondiente requerimiento al

Juzgado que, a su vez, tras oír a las partes, acordó mantener su jurisdicción, suspender el procedimiento y remitir las actuaciones al Tribunal de Conflictos.

El Tribunal de Conflictos, tras resolver varias cuestiones previas relativas al órgano competente para determinar la capacidad para ser parte en el proceso, la personación, así como sobre la gratuidad del conflicto resuelve sobre el fondo del asunto.

Según el Tribunal de Conflictos, el núcleo del conflicto trata de determinar cuál es el órgano competente para decidir el traslado y como debe realizarse y sus condiciones de los bienes de valor cultural para el patrimonio catalán en relación a la normativa administrativa y ello, tras delimitar las competencias de ambas Comunidades Autónomas.

El Tribunal de Conflictos acaba por entender que la potestad administrativa de protección del patrimonio cultural está condicionada a que la propiedad y la posesión legítima de los bienes se localice en territorio catalán, hecho que no sucedió, por lo que pretender lo contrario supone una extralimitación de las competencias administrativas y, por lo tanto, declara que corresponde al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Barbastro la competencia para seguir conociendo del asunto.

3.- EL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS JURISDICCIONALES.

Desde una óptica competencial y de dependencia funcional resulta interesante analizar el régimen económico del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales y, en especial, el origen de los fondos para su organización, funcionamiento y mantenimiento.

Por el estudio que hemos realizado del órgano sabemos que el mismo, teóricamente, no se halla dentro del Poder Judicial, si bien sus miembros son designados, en parte, por el Consejo General del Poder Judicial y, en parte, por el Pleno del Consejo de Estado por lo que debemos analizar si en dichos ámbitos encontramos la procedencia de los fondos que lo sustentan.

Si analizamos los Presupuestos Generales del Estado vigentes a la fecha, esto es, los Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 en su texto publicado en el Boletín Oficial del Estado no aparece ninguna mención expresa al Tribunal de Conflictos de Jurisdicción ni a sus miembros; únicamente en su anexo I, donde se define la distribución de los créditos por programas, se establece un programa específico para el Gobierno del Poder

Judicial (programa 111M) y otro para los Tribunales de Justicia y Ministerio Fiscal (programa 112A).⁵²⁰

Tampoco en el Tomo III de los Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 correspondiente a los gastos y el presupuesto por programas y memoria de objetivos del Ministerio de Justicia aparece mención alguna al Tribunal de Conflictos de Jurisdicción.

Si analizamos los presupuestos y las memorias de cuentas publicadas en el Portal de transparencia del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado tampoco podemos arrojar luz a la procedencia de los fondos destinados al funcionamiento y organización del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales puesto que ninguna mención expresa o presunta existe en ellas.

Tampoco en la Plataforma de Contratación del Sector Público existe un perfil del contratante del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, sí que existe un perfil del contratante del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado pero sin ninguna licitación o contrato menor que haga referencia expresa o presunta al Tribunal de Conflictos de Jurisdicción.

Resulta significativo que, si bien no existe mención expresa en los presupuestos o cuentas del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, sí que en las memorias anuales de actividad del Tribunal Supremo existe un apartado específico dedicado al Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en el apartado de Salas especiales.

En efecto, en las memorias de actividades publicadas por el Tribunal Supremo desde el año 2010 aparecen en todas ellas un análisis de su composición, actividad jurisdiccional y principales resoluciones hecho que supone una atribución "*de facto*" del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales en el regazo organizativo del Tribunal Supremo.⁵²¹

⁵²⁰ Ley 11/2020, de 30 de diciembre, e Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 (BOE núm. 341, de 31 de diciembre de 2020, páginas 125958 a 126732)

⁵²¹ En la memoria del año 2010 en las páginas 131 a 143, memoria del año 2011 en las páginas 105 a 117, memoria del año 2012 en las páginas 97 a 108, memoria del año 2013 en las páginas 117 a 128, memoria del año 2014 páginas 127 a 136, memoria del año 2015 páginas 150 a 157, memoria del año 2016 páginas 155 a 162, en la memoria del año 2017 páginas 163 a 174, en la memoria del año 2018 páginas 190 a 199 y en la memoria del año 2019 en las páginas 178 a 187 (todas ellas publicadas en la página del Tribunal Supremo cuyo enlace es el siguiente: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Actividad-del-TS/Memoria-del-TS/>).

4.- BREVE REFERENCIA A LA COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS JURISDICCIONALES DESDE 1987 HASTA 2021.

El artículo 38 de la LOPJ establece que los conflictos se resolverán por un órgano colegiado constituido por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, 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, actuando como Secretario el de Gobierno del Tribunal Supremo.

Asimismo, el órgano competente para designar en cada caso los miembros del Tribunal son, para los Juzgados y Tribunales, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial y, para la Administración, el artículo 38 de la LOPJ no establece el órgano competente para designarlos si bien la disposición adicional cuarta de la misma LOPJ establece que será el Pleno del Consejo de Estado quien deberá designar sus miembros.⁵²²

Asimismo, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su disposición adicional cuarta, establecía que dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor de la LOPJ se procedería a la constitución del órgano colegiado al que correspondía resolver los conflictos de jurisdicción que se planteen entre los Tribunales y la Administración y, a tal efecto, los plenos del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado designarían los miembros respectivos con antelación suficiente. Una vez constituido dicho órgano colegiado en la propia sede del Tribunal Supremo, se anunciaría ello en el Boletín Oficial del Estado, a fin de que asumiera, desde el día siguiente, las competencias que la Ley de Conflictos Jurisdiccionales, de 17 de julio de 1948, atribuye al Jefe del Estado y al Consejo de Ministros, incluso respecto de los conflictos que se hallaren en tramitación.⁵²³

⁵²² La Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril del Consejo de Estado, en su artículo 12.3 establece: *“Tres. Sin perjuicio de las otras funciones que les encomiende la presente Ley Orgánica, 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, de 1 de julio.”* No encontramos ninguna otra mención en el Decreto 1674/1980, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.

⁵²³ El cumplimiento de dicha disposición adicional cuarta se llevó a cabo a través de la publicación en el BOE número 2 de fecha 2 de enero de 1986, (página 763), del Acuerdo de 20 de diciembre de 1985 en el que se dio a conocer la composición de dicho órgano transitorio cuyo presidente era Don Antonio Hernández Gil, presidente del Tribunal Supremo y los vocales, Ángel Martín del Burgo y Marchán, magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, José Luis Ruiz Sánchez, magistrado de la Sala de los Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Gregorio Peces Barba del Brío, Consejero permanente del Estado, Miguel Vizcaíno Márquez, Consejero permanente del

Se han analizado y listado todos los componentes del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción desde sus inicios (1987) hasta el 31 de diciembre del año 2020.

De dicho análisis podemos extraer una relación de datos que resultan interesantes.

De los datos analizados podemos extraer que el miembro más longevo es el Consejero permanente del Estado, Landelino Lavilla Alsina, que ha sido vocal del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en 13 ocasiones⁵²⁴, seguido del Consejero permanente del Estado, Antonio Sánchez del Corral y del Río que ha sido vocal en 11 ocasiones⁵²⁵ y, en tercera posición, un empate a 10 vocalías entre los Consejeros permanentes del Estado Jerónimo Arozamena Sierra y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.⁵²⁶

En relación a la participación femenina en el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción podemos decir que es, más bien escasa y, como datos significativos, podemos enumerar que, la primera mujer que fue designada como suplente del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción fue la magistrada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Celsa Picó Lorenzo por acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial el 15 de diciembre de 2006.

Asimismo, la siguiente fue la magistrada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, María del Pilar Taso Gamella, designada como suplente por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial del 23 de diciembre de 2008 y, finalmente, siendo la primera mujer vocal del Tribunal por acuerdo del Pleno del CGPJ de 17 de diciembre de 2009.

Posteriormente, se designó a María Teresa Fernández de la Vega Sanz, Consejera Permanente del Estado, como suplente del Tribunal para el año 2011 y, al año posterior, fue designada vocal junto a la magistrada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, María Isabel Perelló Domenech, que fue designada suplente.

Estado y Landelino Lavilla Alsina, Consejero permanente del Estado, siendo el secretario, Isidro Almonacid Hernández, secretario de Gobierno del Tribunal Supremo.

⁵²⁴ Años 1988, 1992, 1994, 1996, 1999, 2002, 2004, 2007, 2010, 2012, 2015, 2018 y 2020.

⁵²⁵ Años 1987, 1989, 1991, 1993, 1995, 1998, 2000, 2003, 2006, 2008 y 2011.

⁵²⁶ Jerónimo Arozamena en los años 1987, 1989, 1991, 1993, 1995, 1997, 2000, 2002, 2005 y 2008 y Miguel Rodríguez-Piñero en los años 1997, 1999, 2002, 2005, 2007, 2010, 2013, 2015, 2018 y 2021.

La Consejera permanente del Estado María Teresa Fernández de la Vega Sanz repitió como vocal para el año 2014 y 2017 y fue suplente para el año 2016.

La Magistrada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo María Isabel Perelló Domenech repitió como suplente para el año 2016, siendo designada como vocal para el año 2017 junto a la también magistrada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, María del Pilar Taso Gamella.

Finalmente, la Consejera Permanente del Estado, Victoria Camps Cervera, fue suplente para el año 2019 y vocal para el año 2020 así como la también Consejera Permanente del Estado, Paz Andrés Sáenz de Santa María, consta como vocal para el año 2021.

Finalmente, el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción ha tenido siete presidentes hasta la fecha, todos ellos hombres, que coinciden con los presidentes del Tribunal Supremo que, a su vez, presiden el Consejo General del Poder Judicial.⁵²⁷

⁵²⁷ Estos son, por orden cronológico: Antonio Hernández Gil (1985-1990), Pascual Sala Sánchez (1990-1996), Javier Delgado Barrio (1996-2001), Francisco José Hernando Santiago (2001-2008), Carlos Dívar Blanco (2008-2012), Gonzalo Moliner Tamborero (2012-2013) y Carlos Lesmes Serrano (2013-actualidad).

CAPÍTULO VII

Recapitulación y análisis crítico de la institución del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción. Propuestas de lege ferenda

SUMARIO:

- 1.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES Y TRASLACIÓN AL CASO ESPAÑOL.**
- 2.- LA ADMINISTRACIÓN COMO SUJETO DE POTESTADES PÚBLICAS CASI JURISDICCIONALES.**
- 3.- LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES COMO ÚNICOS SUJETOS CAPACES DE JUZGAR Y HACER EJECUTAR LO JUZGADO Y NECESIDAD DE PREVISIÓN CONSTITUCIONAL DE CUALQUIER JURISDICCIÓN ESPECIAL DISTINA A LA ORDINARIA.**
- 4.- DE ÓRGANO COLEGIADO A TRIBUNAL DE CONFLICTOS.**
- 5.- CARÁCTER JURISDICCIONAL DE LAS FUNCIONES ATRIBUIDAS AL TRIBUNAL DE CONFLICTOS Y ADECUACIÓN E IDONEIDAD DEL ESTATUTO PERSONAL DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS RESPECTO DE LOS REQUISITOS PREVISTOS EN LOS TRATADOS Y EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UE O PROPUESTOS POR CIERTOS ORGANISMOS INTERNACIONALES.**
- 6.- CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN, CONFLICTOS DE COMPETENCIAS O CONFLICTO DE ATRIBUCIONES.**
- 7.- LA DENOMINACIÓN DEL TRIBUNAL.**
- 8.- CONTRADICCIÓN ENTRE LA UBICACIÓN FÍSICA Y RÉGIMEN ECONÓMICO DEL TRIBUNAL Y LA NATURALEZA DEL MISMO.**
- 9.- RAÍCES DE LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS ENTRE ADMINISTRACIÓN Y JUECES Y TRIBUNALES.**
- 10.- NÚMERO Y RELEVANCIA DE LOS ASUNTOS TRATADOS.**
- 11.- ¿RESULTARÍA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL MÁS IDÓNEO QUE EL TRIBUNAL DE CONFLICTOS PARA ASUMIR SUS COMETIDOS?**
- 12.- IDONEIDAD DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA ABSORBER LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN.**
- 13.- LA INTERVENCIÓN ADHESIVA O PROVOCADA DE UNA ADMINISTRACIÓN MECANISMO PROCESAL PARA DENUNCIAR INVASIONES COMPETENCIALES**

1.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES Y TRASLACIÓN AL CASO ESPAÑOL.

Una vez analizada la posición jurídica del poder judicial y del poder ejecutivo en el Antiguo régimen, hemos podido comprobar cómo la existencia de cada uno de dichos poderes es previa a la teoría de la división de poderes elaborada posteriormente por autores como Locke o Montesquieu, si bien la titularidad de tales poderes recaía en la persona del monarca que, a su vez, delegaba las funciones y potestades correspondientes en órganos subalternos.

La potestad suprema del monarca no podía evitar, sin embargo, la aparición de tensiones y conflictos entre aquellos órganos, lo que requería la intervención de una tercera entidad o persona que resolviera los problemas de delimitación entre sus esferas de atribuciones. Dicho cometido resolutivo recaía, en algunos casos, en la persona del propio monarca; en otros casos se atribuía a una Junta de Competencias e incluso, posteriormente, al Consejo de Estado, culminando dicha evolución con la atribución de aquella potestad a un Tribunal de Conflictos.

La revolución francesa no solo trajo consigo la consolidación de la división de poderes, sino que, además, en determinados ordenamientos jurídicos, hizo que la Administración se dotase de órganos jurisdiccionales incardinados en su propia estructura u organigrama para resolver las disputas que los ciudadanos planteaban a la misma Administración (este es el caso de Francia, Portugal o, en cierto momento histórico, España).

Sin embargo, no en todos los ordenamientos jurídicos se llegó a instaurar plenamente la división de poderes ni la referida dualidad entre una jurisdicción ordinaria y otra jurisdicción contenciosa administrativa, como singularmente sucedió en los ordenamientos anglosajones, donde no existía, ni prácticamente existe en la actualidad, una jurisdicción contencioso administrativa diferenciada de la ordinaria.

En otros ordenamientos, la implantación de la división de poderes no fue pacífica y las tensiones entre los partidarios de una jurisdicción contenciosa incardinada en la jurisdicción ordinaria y aquellos que defendían un modelo de jurisdicción retenida dentro de la propia administración dieron lugar a modelos mixtos, tal como sucedió en el caso español, con la Ley Santamaría Paredes de 1888 y su régimen armónico o mixto.

En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, pese haber experimentado una evolución propia y no seguir los postulados estrictos de la separación de jurisdicciones francesa, pervive en múltiples instituciones la esencia del

régimen administrativo francés, claro ejemplo del cual es el actual Tribunal de Conflictos, si bien, como hemos visto, difiere de la vecina república en un hecho determinante: la implantación constitucional del principio de unidad jurisdiccional, que es inexistente en el ordenamiento jurídico francés. Este principio constitucional, como se verá, está en abierta contradicción con la existencia de una jurisdicción especial sin previsión constitucional.

Como se ha visto, existen diferentes modos de regular los conflictos entre órganos constitucionales del Estado. En determinados ordenamientos jurídicos, la resolución de dichos conflictos se atribuye única y exclusivamente a un órgano constitucional mientras que, en otros, se confía a tribunales situados en la cúspide del poder judicial. El sistema constitucional español, según se ha expuesto, acoge un sistema marginal frente a otros sistemas directos de control de constitucionalidad excluyendo, por tanto, la intervención de los órganos jurisdiccionales de los conflictos de atribuciones con otros órganos constitucionales del Estado.

2.- LA ADMINISTRACIÓN COMO SUJETO DE POTESTADES PÚBLICAS CASI JURISDICCIONALES.

También hemos visto que la Administración ostenta unos poderes cuasi jurisdiccionales si bien, como argumenta el profesor De Otto⁵²⁸, sus actos carecen de la nota de irrevocabilidad y, por lo tanto, no pueden tener la consideración de jurisdiccionales. Tampoco cabe admitir que la Administración sea considerada como jurisdicción, si entendemos los conflictos jurisdiccionales como una contienda entre "*jurisdicciones*". El principio de eficacia, como se ha encargado de validar el Tribunal Constitucional, atribuye a la Administración una serie potestades que se ejercen sin la intervención de terceros, si bien dichas potestades no están exentas de límites y de un control jurisdiccional a posteriori.

Aunque el Tribunal Constitucional haya reconocido que el sistema de autotutela ejecutiva está constitucionalmente embebido en el principio de eficacia del artículo 103 de la CE y que dicho sistema no vulnera el principio de exclusividad jurisdiccional del artículo 117.3 de la CE, esto no significa que, automáticamente, se dote de "*jurisdicción*" a todo acto emitido en aplicación de la potestad de autotutela administrativa. No sería razonable conferir a la Administración semejante poder por cuanto dispone de la referida potestad para defender ejecutivamente su ámbito de atribuciones, de modo que no precisa acudir a los tribunales para llevar a cabo dicha defensa.

⁵²⁸ DE OTTO, Ignacio, en "Estudio...", op. cit., (página 95) afirma que no hay violación del monopolio de la jurisdicción en el reconocimiento de la autotutela administrativa, aun así, reconoce que si dichos actos no fuesen controlados ex post por los jueces el poder que ello conllevaría sería del todo similar al que tienen los Juzgados y Tribunales.

El hecho de carecer de la potestad jurisdiccional hace que no sea jurídicamente correcto denominar conflictos de jurisdicción a los conflictos existentes entre la Administración y los Tribunales, por la potísima razón de que una de las partes no ostenta el carácter jurisdiccional. Por el contrario, cuando se trate de resolver los conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar o entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción contable sí que nos hallaremos ante verdaderos y propios conflictos de jurisdicción, puesto que dichas jurisdicciones constan en la Constitución y en la LOPJ como tales.

3.- LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES COMO ÚNICOS SUJETOS CAPACES DE JUZGAR Y HACER EJECUTAR LO JUZGADO Y NECESIDAD DE PREVISIÓN CONSTITUCIONAL DE CUALQUIER JURISDICCIÓN ESPECIAL DISTINA A LA ORDINARIA.

La constitución española de 1978 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han aclarado de modo absolutamente diáfano que los únicos órganos capaces de juzgar y ejecutar lo juzgado son los Juzgados y Tribunales. Por otro lado, los órganos que disponen de jurisdicción no son cualesquiera que se denomine "Juzgado o Tribunal", sino precisamente los Juzgados y Tribunales ordinarios previstos expresamente en la LOPJ y los tribunales especiales previstos en la CE.

Nos hemos referido a ello al hablar del monopolio judicial o reserva de jurisdicción a cómo nuestro legislador constituyente, a diferencia de otros sistemas jurídicos, optó por un sistema estricto, preservando como única excepción la institución del arbitraje, lo que cierra las puertas a la atribución de carácter jurisdiccional a otros órganos o tribunales que no formen parte de dicha reserva jurisdiccional.

En efecto, otra de las características y principios políticos de la jurisdicción es que se excluyen todos aquellos tribunales no previstos expresamente en la propia CE: *"1. La jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos."* La Ley Orgánica del Poder Judicial no prevé otros Tribunales que los ordinarios y aquellas jurisdicciones previstas por la Constitución.

Por dicho motivo, supone una interpretación extensiva y contraria al artículo 3.1 de la LOPJ considerar que, cuando el artículo 38 de la LOPJ se refiere a un *"órgano colegiado"* realmente se esté refiriendo a un Tribunal, entendido éste como órgano jurisdiccional. Por lo demás, tampoco cabe hallar en la norma

constitucional atisbos o elementos de otro tipo que conduzcan a reconocer carácter de jurisdicción especial del Tribunal de Conflictos.

4.- DE ÓRGANO COLEGIADO A TRIBUNAL DE CONFLICTOS.

Conviene recordar en este momento que encontramos en la tramitación de los textos legislativos una cierta confusión en la denominación del Tribunal de Conflictos. En efecto, sabemos que en el texto inicial de la LOPJ propuesto por el Gobierno en 1984 el artículo 38 de la propuesta de LOPJ hablaba de "*Tribunal*" al igual que la disposición adicional quinta hablaba expresamente de "*Tribunal de Conflictos*".

De "*Tribunal*" pasó a "*órgano colegiado*" en el redactado del artículo 38 del texto de la ponencia encargada de redactar el informe sobre el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial si bien, incoherentemente, se mantuvo la denominación de "*Tribunal de Conflictos*" en su disposición adicional quinta, dicha denominación se modificó en el trámite del Senado y la disposición adicional quinta pasó a ser la cuarta y el "*Tribunal de Conflictos*" pasó a denominarse "*órgano colegiado*" con lo que dicha denominación resultó invariable en el texto definitivo del artículo 38 y en la disposición adicional cuarta de la LOPJ.

El órgano colegiado previsto en el artículo 38 de la LOPJ pasó a denominarse "*Tribunal*" en el anteproyecto de la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales de 1987 aunque sabemos que, con anterioridad, se propuso la denominación de "*Cámara*" y que fue el informe del Consejo General del Poder Judicial quien propuso su modificación por la denominación de "*Tribunal*".

La denominación como "*Tribunal*" realizada por la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales que, a su vez, supone el desarrollo de los artículos 38 a 41 de la LOPJ y el cumplimiento del mandato de la disposición adicional cuarta de la LOPJ, supone añadir dificultades para encajar la denominación y sus funciones dentro del esquema constitucional y jurisdiccional.

En efecto, tal y como hemos advertido y reiterado, nos encontramos ante un tribunal especial que no está previsto en la Constitución y que, supuestamente, realiza funciones jurisdiccionales sin estar adscrito al Poder judicial ni, tampoco, forma parte de la jurisdicción ordinaria.

5.- CARÁCTER JURISDICCIONAL DE LAS FUNCIONES ATRIBUIDAS AL TRIBUNAL DE CONFLICTOS Y ADECUACIÓN E IDONEIDAD DEL ESTATUTO PERSONAL DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS RESPECTO DE LOS REQUISITOS PREVISTOS EN LOS

TRATADOS Y EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UE O PROPUESTOS POR CIERTOS ORGANISMOS INTERNACIONALES EN RELACIÓN CON LA INDEPENDENCIA Y CON LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL.

Con lo dicho hasta el momento queda claro que el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción no es un tribunal ordinario ni un tribunal con jurisdicción especial y que, por lo tanto, carece del necesario anclaje constitucional para desarrollar funciones jurisdiccionales.

Pese a todo, merece la pena continuar el análisis para comprobar si la regulación del Tribunal de Conflictos y de sus funciones, así como la designación y estatuto personal de sus miembros reúnen los requisitos exigibles para considerarlo un órgano idóneo para ejercer funciones propiamente jurisdiccionales si así lo dispusiese la Constitución. Análisis que resulta del todo relevante, no sólo porque supone agotar el estudio de los problemas de constitucionalidad que aquejan a la institución que nos ocupa, sino porque del resultado de dicho examen dependerá también que quepa o no regularizar su actual configuración mediante una eventual reforma del texto constitucional que previese su existencia, si tal fuese la intención de los legisladores, o, por el contrario, dicha reforma habría o no de ir acompañada también de una nueva regulación respecto del estatuto personal y el funcionamiento del órgano.

a.-) En cuanto al carácter materialmente jurisdiccional de las funciones conferidas al Tribunal de Conflictos.

Podemos entender que el Tribunal de Conflictos ostenta funciones materialmente jurisdiccionales según los criterios consolidados al respecto.

En concreto, las resoluciones dictadas por el Tribunal de Conflictos poseen el carácter irrevocable inherente a la autoridad de la cosa juzgada y, además, se dictan para resolver un conflicto en el que contienden dos posiciones antagónicas. Se trata de las dos notas que, según la doctrina, distinguen el *ius dicere* propio de los órganos jurisdiccionales del de la administración y del de los órganos judiciales cuando actúan en negocios de jurisdicción voluntaria, cuya resolución podría encomendarse asimismo a autoridades gubernativas o, en todo caso, no jurisdiccionales⁵²⁹. En efecto, las resoluciones del Tribunal de Conflictos son irrevocables por parte de otros órganos o autoridades, con la única excepción del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional,

⁵²⁹ Véase al respecto, por sólo citar dos, MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, T-I, 3ª edición, Editorial JMBosch, Barcelona 1993, pp.151 y ss.; ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *Introducción al Derecho Procesal*, 7ª edición, Madrid 2019, pp.16 y ss.

aspecto en el que no difiere del resto de las resoluciones dictadas por los órganos indiscutiblemente considerados como jurisdiccionales.

Por otro lado, merece especial atención la justificación que en su día efectuó el Consejo de Estado y la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia (en el momento de valorar el proyecto elaborado por el Gobierno en relación con la necesidad de dispensar o no la tramitación como Ley orgánica a la Ley de Conflictos) en la que ambos órganos coincidieron plenamente en que la Ley que regulaba el órgano colegiado debía tramitarse como Ley orgánica por cuanto afectaba a la organización y funcionamiento de los Juzgados y Tribunales, así como a la plenitud y la totalidad de la jurisdicción en la medida en que delimitaba el alcance de ésta.

b.-) En cuanto a la adecuación e idoneidad del estatuto personal de los miembros del Tribunal de Conflictos para ejercer funciones jurisdiccionales de conformidad con los requisitos exigidos por los tratados y por la legislación de la UE o propuestos por ciertos estándares internacionales que gozan de amplia aceptación.

Parece indiscutible que la mitad de los miembros del actual Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (el presidente del Tribunal Supremo y los dos magistrados del Tribunal Supremo), en su condición de miembros de la carrera judicial, son completamente idóneos para ejercer la potestad jurisdiccional.

No cabe decir lo mismo del resto de los miembros del tribunal, esto es, los miembros permanentes del Consejo de Estado. Aunque es evidente que dicho órgano no forma parte de la Administración activa⁵³⁰, también lo es que sus miembros no son aptos para ejercer funciones jurisdiccionales por mucho que las hayan ostentado en el pasado. Por otra parte, pese a alguna declaración confusa y puntual en sentido contrario realizada por el Tribunal Constitucional, el Consejo de Estado, como tal, no puede ser en modo alguno considerado como un verdadero órgano judicial, que satisfaga la exigencia constitucional de monopolio judicial de la potestad jurisdiccional⁵³¹.

⁵³⁰ Tal como se argumenta en el fundamento jurídico 37 de la STC 56/1990 al decir: "(...) Pero sin que en dicho órgano pueda entenderse que la Administración que suscita o frente a quien se suscita el conflicto esté, ni siquiera formalmente, representada por los Consejeros Permanentes que la integran. En efecto, el Consejo de Estado no forma parte de la Administración activa. Es, por el contrario, conforme al art. 107 C.E. y al art. 1.1. de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril (L.O.C.E.), un órgano consultivo que actúa, en todo caso, con autonomía orgánica y funcional en garantía de su objetividad e independencia (art. 1.2 L.O.C.E.)."

⁵³¹ En este sentido véase lo expuesto en el referido fundamento jurídico 37 de la STC 56/1990 al decir: "Ninguno de tales caracteres es reconocible en el sistema diseñado por la LOPJ y la L.C.J., que, en sustitución de la anterior competencia del Jefe del Estado de la Ley de 17 de julio de 1948,

Resulta claro también que los miembros del Consejo de Estado se corresponden con una de las “jurisdicciones” contendientes en el conflicto, esto es, a la Administración. Si bien, como se ha dicho, es indudable que no forman parte de la Administración activa, resulta del mismo modo innegable que la mayoría de sus miembros han ostentado cargos públicos con una alta relevancia en la misma (ministros, presidentes o miembros de los Consejos Ejecutivos de las Comunidades Autónomas, profesores, funcionarios del Estado...).

Es cierto, sin embargo, que el hecho de que la LOPJ haya exigido que los miembros del Consejo de Estado que forman parte del Tribunal de Conflictos reúnan la condición de miembros permanentes denota el claro esfuerzo para que se les considere dotados de las características propias de los órganos jurisdiccionales, esto es, integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley (artículo 117.1 CE).

Además, consta en su regulación específica que el Consejo de Estado ejerce sus funciones con autonomía orgánica y funcional para garantizar su objetividad e independencia (artículo 1.2 de la Ley orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado), de la lectura de dicho artículo cabría afirmar que el legislador quiso dotar a sus miembros, permanentes o no permanentes, de la oportuna independencia. Por otro lado, los miembros del Consejo de Estado no están integrados en una estructura orgánica con lazos de dependencia horizontal o vertical ni vinculados por las instrucciones u órdenes impartidas por escalones administrativos superiores.

La regulación actual de los miembros del Consejo de Estado y, en concreto, de sus miembros permanentes, pese a no ostentar, como órgano constitucional, funciones jurisdiccionales sí que se les atribuye una función materialmente jurisdiccional a aquellos que han sido propuestos por su Comisión permanente y ratificados por su plenario al formar parte del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción. Por lo tanto, a priori, sin perjuicio de analizar el resto de aspectos que conforman los principios de la independencia judicial, parece que los miembros permanentes del Consejo de Estado están situados cuando menos en una posición muy próxima al estatus de independencia del que gozan los miembros de la carrera judicial.

difícilmente encajable en la Constitución al derivar de un régimen político caracterizado por la asunción por el Jefe del Estado de todos los poderes (STC 55/1985, fundamentos jurídicos 2.º y 3.º), atribuye la decisión a un Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (art. 1 de la L.C.J.), que permite salvaguardar la garantía constitucional del monopolio jurisdiccional aprovechando la experiencia en la materia del Consejo del Estado”.

Todo lo expuesto nos lleva a plantearnos si cabe o no considerar que los miembros permanentes del Consejo de Estado reúnen o no los requisitos o presupuestos necesarios de idoneidad para ejercer funciones propiamente jurisdiccionales y, para ello, acudiremos no solo a los requisitos o presupuestos establecidos en nuestro ordenamiento jurídico sino que, necesariamente, habremos de echar mano de los establecidos en los tratados, por la legislación de la UE o propuestos por ciertos organismos internacionales que gozan de amplia aceptación.

c.-) Requisitos exigidos por la jurisprudencia internacional, por los tratados y por la legislación de la UE o propuestos por ciertos organismos internacionales que gozan de amplia aceptación en relación con la independencia y la imparcialidad de los órganos judiciales.

El art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE establece que *toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley*. Y, de forma similar, el art.6.1 CEDH establece que *toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley (...)*.

La independencia e imparcialidad de los órganos judiciales, pues, se encuentra entre las obligaciones internacionales asumidas por España y por cuyas garantías está obligada a velar. El TEDH es particularmente explícito al afirmar que los más altos tribunales de los Estados contratantes no son ajenos a la noción de “tribunal” recogida en el art.6.1 CEDH. Es más, el alto tribunal llega a afirmar también que el rigor e intensidad de estas garantías se incrementa en cuanto más alto el órgano esté situado en la jerarquía judicial.⁵³²

⁵³² En cuanto a la aplicación de la noción de “tribunal” a los más altos tribunales de los Estados ver la sentencia del TEDH de fecha 7 de mayo de 2021 (caso 4907/18, Xero Flor contra Polonia), apartado 194 al decir: “*It is true that, in accordance with the Constitution, the Constitutional Court does not administer justice. However, the Constitution defines the Constitutional Court as a judicial authority charged principally with reviewing the constitutionality of the law. (...) The Court has no doubt that the Constitutional Court should be regarded as a “tribunal” within the autonomous meaning of Article 6.1.*” La sentencia de 29 de abril de 1988 (caso 10328/83, Belilos contra Suiza), apartado 64, al decir: “*Según la jurisprudencia del Tribunal, un «tribunal» se caracteriza, en el sentido de fondo del término, por su función judicial: resolver, conforme a las reglas del Derecho y después de un procedimiento reglado, cualquier cuestión que dependa de su competencia (véase la reciente Sentencia en el caso H. contra Bélgica, de 30 de noviembre de 1987, serie A, núm. 127, pág. 34, apartado 50). Ha de reunir también una serie de requisitos -independencia, especialmente en relación al Poder Ejecutivo, imparcialidad, inamovilidad, garantías de procedimiento- varios de los cuales aparecen en el propio texto del artículo 6.1 (véase, entre otras, la Sentencia en el caso Le Compte, Van Leuven y De Meyere, de 23 de junio de 1981, serie A, núm. 43, pág. 24, apartado 55).*”

Es preciso observar, además, que aquellas exigencias de imparcialidad e independencia no son únicamente de aplicación a los tribunales que imparten la justicia ordinaria, sino, además se extiende a todos aquellos órganos que resuelven conforme a Derecho y cuyos pronunciamientos puedan tener una influencia decisiva en situaciones jurídicas individuales, lo que es aplicable incluso a los tribunales constitucionales actuando en funciones de control abstracto de constitucionalidad, siempre que sus resoluciones puedan resultar decisivas en un posterior procedimiento judicial en el que estén en juego derechos de los particulares.

Por todo lo expuesto, cabe afirmar que también el Tribunal de Conflictos puede quedar incluido en la noción de “tribunal” a los efectos del art.6.1 CEDH y resultarle aplicables a sus miembros las exigencias de independencia e imparcialidad referidas. En efecto, también las resoluciones de este tribunal pueden influir decisivamente en el desenlace de un proceso en el que se resuelva sobre los derechos de un particular (por ejemplo dejando la resolución del asunto en manos de un órgano administrativo), de modo que los defectos relativos a la independencia y a la imparcialidad de que pueda estar aquejada la composición del órgano puedan dar lugar también a la violación del derecho a ser juzgado, *por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley.*

Para comprobar si la elección y el estatuto personal de los miembros del Tribunal de Conflictos reúnen los ya aludidos requisitos de imparcialidad e independencia resulta útil analizar ciertos estándares internacionales en la materia que gozan de amplia aceptación.

Es preciso recordar, en este sentido, que la nota de la independencia de los jueces es una condición previa al Estado de Derecho y una garantía fundamental para un juicio justo, tal y como consta en los informes del Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) que, a su vez, recogen y

En cuanto al rigor e intensidad de las garantías ver las sentencias del TEDH de 1 de diciembre de 2020 (caso número 26374/18 Gudmundur Andri Astradsson contra Islandia), apartado 222 y la sentencia de 8 de noviembre de 2021 (Caso 49868/19 y 57511/19, Dolinska-Ficek y Ozimek contra Polonia), apartado 273 que, en los mismos términos dicen: “ *It goes without saying that the higher a tribunal is placed in the judicial hierarchy, the more demanding the applicable selection criteria should be. It is further evident that non-professional judges could be subject to different selection criteria, particularly when it comes to the requisite technical competencies.*”

analizan la documentación y los textos legales existentes en relación a la independencia de los órganos jurisdiccionales.^{533 534}

En el mismo sentido merece especial atención el informe sobre la independencia del sistema judicial, parte I: la independencia de los jueces adoptado por la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia) de fecha 16 de marzo de 2010 en el que se afirma que la independencia del poder judicial no es un fin en sí mismo, tampoco un privilegio de los jueces, sino que se justifica por la necesidad de permitir que los jueces cumplan su misión de guardianes de los derechos y libertades de las personas.⁵³⁵

Si continuamos en sede europea encontramos, entre otras, diferentes recomendaciones del Comité de Ministros de la Unión Europea con incidencia en la independencia judicial.⁵³⁶

⁵³³ Informe número 1 (2001) del Consejo Consultivos de Jueces Europeos (CCJE) a la atención del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las normas relativas a la independencia y a la inamovilidad de los jueces (Recomendación número R (94) 12 sobre la independencia, la eficacia y el papel de los jueces y la pertinencia de las normas que establece y las demás normas internacionales para los problemas existentes en estos ámbitos). Podemos consultar dicho informe y el resto de informes existentes en el siguiente enlace: <https://www.coe.int/en/web/ccje/preliminary-works> también desde el enlace del Consejo General del Poder Judicial se pueden obtener dichos informes así como la Carta Magna de los Jueces proclamada el 17 de noviembre de 2010 (<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Relaciones-internacionales/Relaciones-internacionales-institucionales/Europa/Consejo-Consultivo-de-Jueces-Europeos/>)

⁵³⁴ Resulta interesante el voto particular del Juez Sicilianos en el caso Baka contra Hungría del TEDH (caso 20261/12 de fecha 23/06/2016) en el que resume la posición del Tribunal en relación a la independencia judicial y la importancia del principio del Estado de Derecho en el contexto del artículo 6 de la Convención (ver punto 15 de su voto particular) concluyendo que: *“Sin embargo, en mi opinión, el estado de derecho es difícilmente imaginable sin la obligación del Estado de ofrecer garantías para la protección de la independencia judicial y, por lo tanto, sin el correspondiente derecho de los propios jueces a la independencia. Además, como se desprende de la totalidad de los materiales de derecho internacional citados en la presente sentencia, la independencia judicial es hoy parte integrante de los principios generales del derecho internacional que deben tenerse en cuenta al interpretar la Convención.”*, en el mismo sentido que el voto particular del Juez Wojtyczek que, pese a no compartir el voto mayoritario y, por lo tanto, entender que en el caso enjuiciado existe una vulneración del artículo 6 de la Convención dice: *“Estoy totalmente de acuerdo con la mayoría en que la independencia judicial es un estándar fundamental para un Estado regido por el Estado de Derecho.”*

⁵³⁵ Dicho informe se puede consultar en español en el siguiente enlace: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)004-spa](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)004-spa)

⁵³⁶ Por todas, la recomendación del Comité de Ministros de 17 de noviembre de 2010 (CM/Rec 2010/12) sobre “Jueces: independencia, eficiencia y responsabilidades”.

Las conclusiones de dichos informes internacionales recaen, a título de ejemplo, sobre la necesidad de plasmación constitucional de los principios fundamentales de la independencia, el establecimiento de criterios objetivos para el nombramiento y la carrera profesional, la importancia de la incompatibilidad de la función judicial con otras funciones, la existencia de un consejo judicial independiente de los otros poderes, la permanencia hasta su jubilación y la inamovilidad como elemento esencial de la independencia o una remuneración acorde con la dignidad del cargo.

1.- En cuanto a la existencia de un consejo judicial independiente de los otros poderes. Los consejeros permanentes del Estado no están integrados dentro del poder judicial ni sometidos al CGPJ.

Por muchas y bien fundadas que sean las objeciones formuladas desde sus inicios respecto del protagonismo de las cámaras parlamentarias en lo relativo a la designación de los vocales del Consejo General del Poder Judicial, resulta indudable que existe en España un órgano independiente, en el sentido de no vinculado a otros poderes estatales, de gobierno de la magistratura. Es evidente también que los miembros de Tribunal de Conflictos que ostentan la condición de miembros permanentes del Consejo de Estado no están sometidos a dicho órgano judicial gubernativo.

Como a su tiempo hubo ocasión de comprobar, el legislador, al tramitar la LOCJ no estuvo libre de considerables vacilaciones en cuanto a la ubicación del Tribunal de Conflictos dentro del Poder judicial. En efecto, en la exposición de motivos de la Ley Orgánica del Poder Judicial el legislador situaba inicialmente al órgano colegiado dentro del Poder judicial. Dicha previsión fue posteriormente eliminada del texto definitivamente aprobado por el Congreso de los Diputados, desapareciendo la frase que situaba al Tribunal de Conflictos dentro de dicho Poder judicial.

En todo caso, la integración en el Poder Judicial y, más concretamente, la sumisión a su Consejo General, no constituye un requisito absoluto de idoneidad para el ejercicio de funciones jurisdiccionales, como lo demuestra el hecho de que el resto de las jurisdicciones diferentes de la ordinaria previstas en la CE no se hallan bajo la égida y el gobierno de dicho Consejo General (Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas etc. etc.).

Finalmente, aunque somos conscientes de que se trate de datos carentes de relevancia jurídica y a todas luces inadecuados para argumentar y resolver el problema de la ubicación del Tribunal de Conflictos en el ámbito de alguno de los poderes del Estado, no deja de resultar significativo y revelador de los designios del legislador el hecho de que la memoria que publica anualmente el Tribunal Supremo analiza la composición y estadísticas del Tribunal de

Conflictos que, a su vez, tiene su sede en el mismo edificio que el Tribunal Supremo. Así mismo, en la misma página web del Tribunal Supremo se expone, sin separación alguna, la estructura, la composición y las funciones del Tribunal de Conflictos creando así una apariencia de que dicho órgano pertenece o está integrado en el organigrama o complejo orgánico del Tribunal Supremo.

2.- En cuanto a la plasmación constitucional de los principios fundamentales de la independencia.

Tal y como hemos expresado, la propia regulación del Consejo de Estado establece que ejerce sus funciones con autonomía orgánica y funcional para garantizar su objetividad e independencia (artículo 1.2 de la Ley orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado) y, por ello, por cuanto dicha Ley orgánica supone el desarrollo del artículo 107 de la Constitución cabría afirmar que existe una regulación o, en cierto modo, una plasmación constitucional de los principios fundamentales de la independencia.

3.- En cuanto el establecimiento de criterios objetivos para el nombramiento y la carrera profesional.

Tanto el Consejo Consultivo de Jueces Europeos como la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia) recomiendan disponer de reglas objetivas para excluir cualquier influencia política, una suerte de bases de nombramiento o promoción.

El sistema de nombramiento de los consejeros permanentes del Estado se regula en el artículo 7 de la Ley orgánica 3/1980 en el que se establece que dichos consejeros permanentes son nombrados, por tiempo indefinido, por Real Decreto entre personas que hayan desarrollado determinados cargos de relevancia (ministros, presidentes o miembros de los Consejos Ejecutivos de las Comunidades Autónomas, consejeros de Estado, miembros de los Consejos consultivos u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, letrado Mayor del Consejo de Estado, académico de número de las Reales Academias integradas en el Instituto de España, profesor numerario de disciplinas jurídicas, económicas o sociales en Facultad Universitaria, con quince años de ejercicio, oficial general de los Cuerpos Jurídicos de las Fuerzas Armadas, funcionarios del Estado con quince años de servicios al menos en Cuerpos o Escalas para cuyo ingreso se exija título universitario o ex Gobernadores del Banco de España).

Como se puede observar, la potestad de nombramiento está ostentada por el Gobierno, es totalmente discrecional y se vehicula a través de una disposición de carácter reglamentario.

Parece, pues, claro que el nombramiento gubernativo y discrecional de los consejeros permanentes de Estado impide considerar cumplido el requisito al que nos estamos refiriendo. Y no es sólo que la condición de consejero permanente del Consejo de Estado dependa de un acto gubernativo de carácter discrecional, sino que, además, el propio Consejo de Estado, que es quien confiere a dichos consejeros la condición de miembros del Tribunal de Conflictos, no parece un órgano idóneo, por estar integrado por miembros de designación gubernativa, para conferir con las necesarias garantías de independencia la condición de miembro de un órgano que ejerce jurisdicción. Si se ha puesto en tela de juicio que el actual sistema de designación de los vocales del CGPJ, de raíz predominantemente parlamentaria, se ajuste a los estándares internacionales en lo que se refiere a la garantía de la independencia, ¿cómo salvar del estigma de inconstitucionalidad la designación de jurisdicentes por parte de un órgano de origen discrecionalmente designado por el poder ejecutivo?

En efecto, consideramos pertinente en este momento traer a colación un breve recordatorio de las críticas del Consejo de Europa a la discrecionalidad del sistema de nombramiento de altos cargos judiciales, con el objeto de resaltar, *a fortiori*, la incompatibilidad del sistema de nombramiento de los miembros del Tribunal de Conflictos que provienen del Consejo de Estado con la necesidad de desposeer al poder ejecutivo de dicha facultad de nombramiento.

El Consejo de Europa, a los efectos de la necesidad de encontrar reglas comunes para prevenir y combatir la corrupción y el crimen organizado, creó en 1999 el GRECO o Grupo de Estados Contra la Corrupción. El GRECO, en sus propias palabras, tiene como objetivo mejorar la capacidad de sus miembros para luchar contra la corrupción garantizando, a través de un proceso dinámico de revisión y presión mutua de los miembros del grupo, que respeten los estándares del Consejo de Europa en la lucha contra la corrupción. Ayuda a identificar lagunas en las políticas nacionales de anticorrupción y, por lo tanto, alienta a los Estados a realizar las reformas legislativas, institucionales y prácticas necesarias, GRECO es también un foro para compartir las mejores prácticas en la prevención y detección de la corrupción.⁵³⁷

⁵³⁷ <https://www.coe.int/fr/web/greco/about-greco/what-is-greco>

En lo que atañe al Estado Español el GRECO ha procedido a efectuar varias evaluaciones en las que se ha formulado críticas a la politización de los órganos del poder judicial y del nombramiento de altos cargos de dichos órganos, así como al incumplimiento de las recomendaciones efectuadas por el GRECO para solucionar las mismas.⁵³⁸

En especial resulta interesante el informe de la cuarta ronda de evaluación efectuado con posterioridad a la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial operada por la ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio. Dicho informe fue aprobado por el GRECO en su 62ª Reunión Plenaria (Estrasburgo, 2 a 6 de diciembre de 2013)⁵³⁹ en el que se critica el sistema de elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial (puntos 76 a 80 del informe), la falta de la implicación del Poder Judicial en el presupuesto del Estado que le afecta directamente (puntos 81 y 82 del informe) o la carrera profesional de los Jueces y Magistrados (puntos 86 a 89 del informe).

En el segundo informe intermedio de cumplimiento de fecha 21 de junio de 2019 aprobado por el GRECO en su 83ª sesión plenaria (Estrasburgo, 17-21 de junio de 2019) siguen las conclusiones de la falta de cumplimiento de las previsiones del informe inicial, merece especial atención lo argumentado en dicho informe respecto a la recomendación V, así: ⁵⁴⁰

“En el momento de la visita de evaluación, en 2013, el GRECO destacó que cuando las estructuras de gobierno del Poder judicial no se perciben como imparciales e independientes, esto tiene un impacto inmediato y negativo en la prevención de la corrupción y en la confianza del público en la equidad y eficacia del sistema jurídico del país. Seis años después, la situación es la misma y, por tanto, la recomendación V no puede considerarse cumplida. El GRECO reitera su opinión de que las autoridades políticas no deben participar, en ningún momento, en el proceso de selección del turno judicial.”

La Comisión permanente del Consejo General del Poder Judicial aprobó la respuesta-informe a las recomendaciones de GRECO en el sentido de recordar al órgano del Consejo de Europa que el CGPJ no tiene competencias ni funciones en las reformas legales del proceso de selección de los vocales del turno judicial ya que solo con una reforma legal puede variarse el sistema vigente así como, en relación a la recomendación relativa al establecimiento

⁵³⁸ <https://www.coe.int/fr/web/greco/evaluations/spain>

⁵³⁹

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806ca049>

⁵⁴⁰ <https://rm.coe.int/cuarta-ronda-de-evaluacion-prevencion-de-la-corrupcion-respecto-de-mie/168098c68e>

en la ley de criterios objetivos y requisitos de evaluación para el nombramiento de altos cargos judiciales, la Comisión permanente recuerda las novedades introducidas por la Ley Orgánica 4/2018 en lo que refiere al sistema de designación de los presidentes de Sala y de los magistrados del Tribunal Supremo y de los presidentes de la Audiencia Nacional, los Tribunales Superiores de Justicia y las Audiencias Provinciales.⁵⁴¹

4.- En cuanto a la importancia de la incompatibilidad de la función judicial con otras funciones.

Los informes internacionales citados concluyen en que deben existir reglas nacionales relativas a la incompatibilidad de la función judicial con otras funciones con la finalidad de evitar que se cuestione su independencia o su imparcialidad.

⁵⁴¹ El propio CGPJ recogió expresamente en una extensa nota de prensa el informe-respuesta aprobado por la Comisión Permanente:

“En cuanto a la recomendación relativa a que se establecieran en la ley criterios objetivos y requisitos de evaluación para el nombramiento de altos cargos judiciales, que GRECO considera parcialmente cumplida, el informe recuerda que la nueva Ley Orgánica 4/2018 ha introducido importantes novedades en el sistema de designación de los presidentes de Sala y de los magistrados del Tribunal Supremo y de los presidentes de la Audiencia Nacional, los Tribunales Superiores de Justicia y las Audiencias Provinciales.

Así, es obligatorio incluir en la convocatoria pública los criterios de selección y los requisitos de evaluación pertinentes del puesto, la celebración de una audiencia pública y la justificación por escrito de la decisión de nombramiento, incluido un informe motivado sobre integración de la perspectiva de género; la decisión de nombramiento del CGPJ requiere de una mayoría cualificada de tres quintos; la duración de los mandatos se ha limitado a cinco años, renovables una sola vez; se han establecido obligaciones de información financiera, con el mismo contenido y formato que los requeridos para los altos cargos; y se ha reforzado el régimen de conflictos de intereses, especialmente en lo que se refiere a los requisitos de recusación y a las denominadas ‘puertas giratorias’.

(...)

También se recuerda que en el nombramiento de presidentes de Sala y magistrados del Tribunal Supremo, presidente de la Audiencia Nacional y presidentes de Tribunales Superiores de Justicia se requiere una mayoría de tres quintos de los miembros presentes en el Pleno, mientras que para el resto de las vacantes se requieren once votos favorables; y que frente al nombramiento cabe recurso contencioso-administrativo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo y, potestativamente, recurso de reposición.”

“De esta manera se sujetan los poderes del Consejo al control jurisdiccional, el cual extiende sus facultades revisoras a la recta observancia de los trámites procedimentales que preceden a la elección, al respeto de los elementos objetivos y reglados y a la motivación de las decisiones discrecionales”, señala el texto.

El informe concluye que “todo el proceso de nombramiento para cargos de carácter discrecional en el seno de la Carrera Judicial goza de la máxima transparencia, estando amparado en la legitimidad democrática del que está dotado el Consejo General del Poder Judicial en atención a la designación de sus miembros por parte de las Cámaras Legislativas, órganos que representan al pueblo español, que es en quien reside la soberanía”. (<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-aprueba-la-respuesta-informe-en-relacion-con-las-recomendaciones-de-GRECO>)

En dicho aspecto, la Ley orgánica que regula el Consejo de Estado establece que los consejeros permanentes del Consejo de Estado tendrán las incompatibilidades establecidas con carácter general para los altos cargos de la Administración del Estado.

Debemos acudir, por tanto, al régimen de incompatibilidades de los altos cargos de la Administración del Estado, esto es, a la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado que, en sus artículos 11 a 18, establecen el principio general de la exclusividad en el cargo excepto en el desarrollo de determinadas actividades públicas relacionadas con el cargo así como determinadas actividades privadas, siempre que con su ejercicio no se comprometa la imparcialidad o independencia del alto cargo en el ejercicio de su función, tales como la gestión del patrimonio personal o familiar con ciertos límites, producción y creación literaria o participación en ciertas entidades culturales o benéficas sin ánimo de lucro.

Si efectuamos una comparativa con el régimen de incompatibilidades de los órganos jurisdiccionales (artículos 389 a 397 de la LOPJ) veremos como el régimen es más estricto que los altos cargos y, por lo tanto, de los miembros permanentes que proceden del Consejo de Estado, a título de ejemplo podemos observar cómo se les impide el ejercicio de toda actividad mercantil a excepción de la docencia o investigación jurídica, así como la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, y las publicaciones derivadas de aquélla.

Por otro lado, tal y como observamos, merece especial atención traer a colación el reiterado voto particular (formulado en 16 ocasiones en el año 1997) por parte del vocal Fernando de Mateo Lage, Consejero permanente del Estado que, en síntesis, razonaba que los magistrados del Tribunal Supremo no podían formar parte de otros tribunales que no fueran los que se establecen en el artículo 348 bis de la LOPJ (vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrado del Tribunal Constitucional, miembro de Altos Tribunales de Justicia Internacionales) o, según lo dispuesto en el artículo 350.3 de la LOPJ, ni desempeñar otras funciones con ciertas excepciones (miembros Junta Electoral Central o Presidente de Tribunales de oposiciones de ingreso a la carrera judicial).

En definitiva, dejando de lado el voto particular del consejero permanente del Estado, podemos concluir que los consejeros permanentes del Estado y los órganos jurisdiccionales disponen de un régimen de incompatibilidades similar, si bien los primeros disponen de un cierto margen de actuación que no disponen los segundos.

5.- En cuanto a la permanencia hasta su jubilación y la inamovilidad como elemento esencial de la independencia.

El artículo 11 de la Ley orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado determina claramente que los consejeros Permanentes del Consejo de Estado son inamovibles en sus cargos y solo pueden cesar por renuncia, causa de delito, incapacidad permanente o incumplimiento de su función apreciada en Real Decreto acordado en Consejo de ministros, previa audiencia del interesado e informe favorable del Consejo de Estado en Pleno.

Como se ve, con la excepción de una de las causas de cese (incumplimiento de su función que será apreciada por Real Decreto del Consejo de ministros) el resto de los motivos se asemeja notablemente a las causas de pérdida de la condición de Juez o Magistrado (artículo 379 de la LOPJ). Por mucho que, en la práctica, dicha separación resulte poco menos que inaudita, esencial en orden a determinar la idoneidad para el ejercicio de funciones jurisdiccionales, por cuanto deja en manos del gobierno -órgano administrativo que ejerce las funciones políticas por antonomasia y que posee un amplio margen de apreciación (*“incumplimiento de sus funciones”*)- para separar de su cargo a un miembro del Consejo de Estado.

Dicha causa de cese o revocación podría ser contraria a las consideraciones del Consejo Consultivo de Jueces Europeos y de la Comisión de Venecia por cuanto consideran que sería útil elaborar reglas que definan las conductas que puedan ser motivo de revocación, así como que, dicha revocación debería asignarse a una instancia independiente.⁵⁴²

6.- En cuanto a la responsabilidad de los consejeros permanentes del Estado.

No existe regulación alguna en la Ley orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado ni en el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado que determine la responsabilidad de los consejeros de Estado si bien, por el contrario, tampoco existe norma alguna que determine que estén exentos de las responsabilidades civiles o penales.

⁵⁴² Ver puntos 59 y 60 del informe número 1 (2001) del Consejo Consultivos de Jueces Europeos (CCJE) a la atención del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las normas relativas a la independencia y a la inamovilidad de los jueces. En el mismo sentido el punto 5 del informe sobre la independencia del sistema judicial, parte I: la independencia de los jueces adoptado por la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia).

Al contrario, la Ley Orgánica del Poder Judicial regula específicamente la responsabilidad penal, civil y disciplinaria de los Jueces y Magistrados en su Título III (artículo 405 a 427). Por supuesto, está fuera de toda duda que los miembros del Consejo de Estado responden civil y penalmente por el ejercicio de sus cargos, pero no existe regulación alguna de su responsabilidad disciplinaria o referida específicamente a sus funciones, lo que se diferencia netamente de lo que dispone el estatuto de jueces y magistrados en el ordenamiento español.

7.- En cuanto al sometimiento de los consejeros permanentes del Estado al imperio de la Ley.

No encontramos en la Ley orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado un precepto específico que someta a los miembros del Consejo de Estado únicamente al imperio de la Ley si bien, del contenido del artículo 1 de dicha Ley orgánica y, por supuesto, del artículo 9.1 de la Constitución Española podemos entender que de forma genérica consta dicha sujeción. En la medida en que, como se vio, dichos miembros no están sometidos a instrucciones ni integrados en líneas de mando o jerarquía de tipo alguno, parece que cabe asimismo concluir que dicha sumisión a la ley es tan exclusiva como la que el texto constitucional exige de los integrantes del poder judicial.

8.- En cuanto a la remuneración acorde con la dignidad del cargo.

En cuanto al régimen de retribución nada se dice en la Ley orgánica 3/1980, únicamente se prevé que el propio Consejo de Estado elaborará su presupuesto, que figurará como una Sección dentro de los Presupuestos Generales del Estado.

Si analizamos la Ley de presupuestos podemos observar cómo existe una clara diferencia entre las retribuciones de los Magistrados del Tribunal Supremo y los consejeros permanentes del Estado.⁵⁴³

Así pues, con la notable excepción de la inamovilidad y de la falta de concreción de su responsabilidad, a las que se hizo referencia más arriba, podemos concluir que los miembros permanentes del Consejo de Estado

⁵⁴³ Para el año 2021, la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 en su artículo 20 establece que el sueldo, complemento de destino y complemento específico de los consejeros permanentes del Estado asciende a 78.173,18 euros ascendiendo el sueldo de Magistrado del Tribunal Supremo (artículo 27) a 117.075,84 euros, existiendo una clara diferencia retributiva.

disponen de la mayoría de los requisitos exigibles para actuar como miembros de órganos genuinamente jurisdiccionales. Pero no todos.

6.- CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN, CONFLICTOS DE COMPETENCIAS O CONFLICTO DE ATRIBUCIONES.

Como hemos visto, el Tribunal de Conflictos no dirime contiendas entre jurisdicciones. Con la excepción de los conflictos que se planteen entre órganos judiciales y la jurisdicción militar o la contable, en el resto de los casos se trata de cuestiones de delimitación de competencia o de atribución entre una Autoridad administrativa y un Juzgado o Tribunal que, aplicando el principio de exclusividad jurisdiccional, deberían ser objeto del oportuno tratamiento procesal en el procedimiento judicial correspondiente mediante los correspondientes cauces o mecanismos procesales (v.g., declinatoria o inhibitoria) o, para el caso que se entienda que la cuestión corresponde a otro orden jurisdiccional, planteando el conflicto de competencia oportuno.

Nótese que los magistrados del Tribunal de Conflictos designados por el Consejo General del Poder Judicial desde el año 1991 a esta parte han tenido siempre y de modo ininterrumpido la condición de Magistrados de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, esto es, la Sala de lo Contencioso Administrativo.

La exposición de motivos de la LOCJ establece expresamente que: *“La Ley no contiene norma alguna sobre las llamadas «competencias» como conflictos intrajurisdiccionales que son, ni sobre los «conflictos de atribuciones». Las «competencias» están hoy reguladas bajo el nombre de «conflictos de competencia» en el capítulo II del título III del libro I de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Los conflictos de atribuciones, en todo aquello que no son conflictos sometidos a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, han de ser objeto de una norma distinta. La exclusión de esta materia hace imposible proceder a la derogación total e incondicionada de la Ley de 17 de julio de 1948.”* Cuando la exposición de motivos se refiere a una norma distinta, no se está refiriendo a la LOCJ sino a la futura Ley del Procedimiento Administrativo Común que, finalmente, reguló los conflictos de atribuciones.

Por lo tanto, no podemos hablar de conflictos de competencia (materia objeto de regulación en la LOPJ), tampoco de conflictos de atribución (materia reservada en parte a la LOTC y, en parte, a la Ley de Procedimiento Administrativo Común) y, si pretendemos ajustarnos rigurosamente a la terminología, tampoco de conflictos de jurisdicción por carecer uno de los sujetos de dichos conflictos del carácter jurisdiccional.

En todo caso nos encontramos ante conflictos para la defensa de la esfera competencial y para reclamar el conocimiento de asunto, no ante conflictos entre dos jurisdicciones distintas.

7.- LA DENOMINACIÓN DEL TRIBUNAL.

Como hemos apuntado anteriormente, el nombre del Tribunal no es el adecuado, tal como ha puesto de manifiesto la doctrina de modo prácticamente unánime (como hemos visto, entre otros, García de Enterría, Blanca Lozano, Montero Aroca...).

Citando por todos al profesor García de Enterría: *“El nombre del Tribunal no es, sin embargo, apropiado, pues no se integra en el Poder Judicial ni todos sus componentes son jueces o magistrados, como exige el artículo 117 de la Constitución.”*⁵⁴⁴

En todo caso, resulta evidente que el nombre utilizado para denominar al órgano encargado de resolver las contiendas competenciales entre Administración y Juzgados y Tribunales obedece a un apego histórico que se remonta y tiene sus raíces en el administrativismo francés, tal y como se ha apuntado al analizar los antecedentes históricos de los conflictos en nuestro ordenamiento jurídico y en el ordenamiento jurídico del país vecino.

8.- CONTRADICCIÓN ENTRE LA UBICACIÓN FÍSICA Y RÉGIMEN ECONÓMICO DEL TRIBUNAL Y LA NATURALEZA DEL MISMO.

Hemos observado como el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción se ubica físicamente, en cuanto a su sede material, dentro del Tribunal Supremo, hecho público y notorio.⁵⁴⁵

Sus actividades y su régimen estadístico se plasman anualmente por el propio Tribunal Supremo en sus memorias anuales sin ninguna separación formal o de otro tipo.

No existe especificación expresa de su presupuesto o régimen económico, pero, por su ubicación física y por su seguimiento anual, resulta lógico que

⁵⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, en “Curso...”, op. cit., (página 540).

⁵⁴⁵ Con una simple vista a la web institucional del Tribunal Supremo podemos observar cómo se sitúa dentro de las Salas Especiales al Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Informacion-institucional/Estructura-organizativa-del-TS/Salas-Jurisdiccionales/>)

los fondos necesarios para su funcionamiento provengan del propio presupuesto del Tribunal Supremo.

Por otro lado, tal y como hemos observado en el comentario a la jurisprudencia destacada del Tribunal de Conflictos, en varias ocasiones se ha pronunciado sobre su naturaleza, por todas citamos el voto particular a la sentencia de 19 de diciembre de 1997, al decir:

“Tercero. - Es necesario, para seguir adelante con el razonamiento, determinar cuál es la naturaleza del Tribunal de Conflictos. A este respecto, se establece recientemente en las sentencias de 23 de octubre de 1997, recaídas en los conflictos números 7, 12, 17 y 22 de este año, que: «Conviene comenzar afirmando para salir al paso acerca de equivocadas referencias a este Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales como Sala de Conflictos inserta en la organización del Tribunal Supremo, que este Tribunal de Conflictos no se inserta en el ámbito organizativo de tal Tribunal, pues esto no es así, según previene el artículo 38 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues a su tenor ha de ser considerado como un órgano “ad hoc”, de composición predominantemente paritaria, encargado especial y únicamente de dirimir los conflictos jurisdiccionales que se susciten entre los Juzgados y Tribunales y la Administración, para lo cual el mencionado artículo 38 de la Ley Orgánica ha ideado y establecido un sistema no judicial, sino propiamente constitucional, de composición judicial y de miembros del supremo órgano consultivo del Gobierno, en los términos que define el artículo 107 de la Constitución, distintos y diferenciados orgánica y funcionalmente de la Administración activa».

Es decir, el Tribunal de Conflictos es un Tribunal ajeno e independiente de cualquier otro Tribunal, incluido el Tribunal Supremo.”

Resulta evidente que dicha afirmación no casa en absoluto con la realidad del momento siendo, en la actualidad, un apéndice “*de facto*” a nivel organizativo y económico del Tribunal Supremo.

9.- RAÍCES DE LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS ENTRE ADMINISTRACIÓN Y JUECES Y TRIBUNALES.

Tras una observación superficial de los acontecimientos cabría pensar que los conflictos entre Administración y Tribunales constituyen un hecho reciente propiciado por la separación de poderes y que tiene su origen en la revolución francesa y sus postulados.

Nada más lejos de la realidad. Como hemos visto, el análisis histórico realizado en su momento permite descartar dicha premisa: los antecedentes de la resolución de conflictos entre lo administrativo y lo judicial vienen de lejos (Junta de Competencias de 1625), de modo que no cabe concluir que se trate de un producto surgido exclusivamente como consecuencia de la división de poderes o de la formación del Derecho Administrativo, sino que tiene sus raíces en un régimen anterior, en concreto en el sistema absolutista.

Además, resulta sorprendente que el sistema de resolución de conflictos más longevo hasta el momento (del año 1948 a 1987) se diseñó y se mantuvo operativo dentro de un régimen dictatorial (similar en términos de poder al régimen absolutista).

No es, pues ninguna exageración sostener, como afirma García de Enterría⁵⁴⁶, que el anterior y el actual sistema de resolución de conflictos de jurisdicción, como mecanismo al servicio de la eficacia de los formidables privilegios seculares de la Administración, constituye un sistema atávico y un reducto de la estructura absolutista que no casa en absoluto con la organización judicial actual. De hecho, no he podido hallar en el Derecho comparado de nuestro entorno más próximo (aún en menos en los países de tradición jurídica del *common law* de uno y otro lado del Atlántico) ninguna figura semejante a nuestro sistema de conflictos de jurisdicción, es decir, un sistema que atribuya la resolución del conflicto a un órgano situado fuera de la estructura jurisdiccional ordinaria.

Tampoco casaría con las recomendaciones e informes internacionales que, ante supuestos de conflicto con el poder legislativo o ejecutivo que afecten a los jueces, estos deberían poder recurrir a un consejo del poder judicial o a otra autoridad independiente dentro del poder judicial, o disponer de otras vías efectivas de recurso así como que solo los jueces mismos deberían decidir sobre su propia competencia.⁵⁴⁷

⁵⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, en "Curso...", op. cit., (página 506 del Curso de Derecho Administrativo en cuanto al verdadero vestigio histórico del absolutismo y página 538 en cuanto al sistema de conflictos como mecanismo montado para asegurar su eficacia), al analizar los privilegios que en el sistema continental europeo se reconocen a la Administración da la razón a los juristas anglosajones cuando afirman que los privilegios administrativos son el verdadero vestigio histórico del absolutismo sobre el que se constituyó el sistema estructural que sigue estando en la base del Derecho Administrativo.

⁵⁴⁷ Ver el punto 43 del informe número 18 (2015) del Consejo Consultivo de Jueces Europeos sobre la posición del poder judicial y su relación con los demás poderes del estado en una democracia moderna y, por extensión, los puntos 8, 9 i 10 de la Recomendación 12 (2010) del Comité de Ministros a los estados miembros sobre jueces: independencia, eficiencia y responsabilidades: "8. Cuando los jueces consideren que su independencia está amenazada, deberían poder recurrir a un consejo del poder judicial u otra autoridad independiente, o deberían disponer de medios de reparación efectivos. 9. Un caso no debe retirarse de un juez en particular sin razones válidas. La decisión de retirar un caso de un juez debe tomarse sobre la base de criterios objetivos preestablecidos y siguiendo un procedimiento transparente por parte de una autoridad dentro del poder judicial. 10. Solo los jueces mismos deben decidir sobre su propia competencia en los casos individuales definidos por la ley."

El informe y la recomendación la podemos encontrar en el siguiente enlace: <https://www.coe.int/fr/web/ccje/home?>

10.- NÚMERO Y RELEVANCIA DE LOS ASUNTOS TRATADOS.

El análisis estadístico realizado páginas atrás nos ha brindado una visión del conjunto de los más de 30 años de existencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción que, con las excepciones de los años 1997 y 1998, escasamente sobrepasa los 10 casos anuales y, en los últimos años, apenas sobrepasa los 5 asuntos por año.

El descenso numérico en el tratamiento y resolución de los conflictos es una clara indicación de la escasa incidencia del conflicto de jurisdicción en el tráfico jurídico e invita a replantearse la propia necesidad de un órgano como el del Tribunal de Conflictos o, cuando menos, permiten cuestionar seriamente la conveniencia de mantener su actual configuración.

En efecto, debemos plantearnos si no resultaría más razonable, tal como en su día propuso la Comisión para la reforma de las Administraciones Públicas en el ámbito de la Administración, revisar la actual organización judicial para eliminar o reubicar aquellos órganos jurisdiccionales con escasa o nula incidencia en la vida ordinaria y propiciar una mayor eficacia y eficiencia de los recursos públicos.⁵⁴⁸

Por otra parte, no parece que, con carácter general, el Tribunal de Conflictos esté ocupándose durante los años que lleva funcionando de cuestiones que revistan una especial relevancia o trascendencia, tanto desde el punto de vista jurídico como desde la perspectiva política o social. Con esta afirmación no se pretende desdeñar en modo alguno la importancia de la labor desarrollada por el órgano, sino dar a entender que no se trata de cuestiones a las que quepa atribuir una entidad o trascendencia superior al grueso de los asuntos ordinarios de los que se ocupan los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa en el día a día de su funcionamiento. Se han dictado, es verdad, un puñado de pronunciamientos que, puntualmente, han atraído poderosamente la atención de la opinión pública del país y han revestido una enorme trascendencia política, como, singularmente, el ya referido caso de los "*papeles del CESID*". Se trata, sin embargo, de muy contadas ocasiones y, por lo demás, como ya referimos en su momento, la mayor parte de la

⁵⁴⁸ La Comisión para la reforma de las Administraciones Públicas (CORA) se creó por Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de octubre de 2012 con el objetivo de llevar a cabo el estudio integral de la reforma administrativa, con un programa de racionalización administrativa, a fin de eliminar trabas burocráticas, simplificar normativa y procedimientos y evitar duplicidades así como elaborar un código de buenas prácticas para racionalizar el gasto e incrementar el ahorro. Las medidas realizadas así como la memoria de la Comisión se pueden consultar en el portal de transparencia del Gobierno de España: <https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:b1c69477-9882-41a5-9f6d-5cbb46fa12b4/reforma-AAPP.PDF>

actividad del Tribunal se centra en asuntos y tipologías de casos muy repetitivas o estandarizadas y, por ende, de fácil resolución (cuestiones entorno a la concesión de la asistencia jurídica gratuita, conflictos relativos a la ejecución en el ámbito penitenciario, etc.).

11.- ¿RESULTARÍA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL MÁS IDÓNEO QUE EL TRIBUNAL DE CONFLICTOS PARA ASUMIR SUS COMETIDOS?

Hemos visto como el Tribunal de Conflictos no es un tribunal ordinario ni tampoco constituye una jurisdicción especial con previsión constitucional ni casaría con las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, por lo que procede inquirir si alguno o algunos de los órganos judiciales existentes reúnen las condiciones y exigencias requeridas para asumir el cometido de resolver las contiendas entre Administración y Jueces y Tribunales.

Por su importancia debemos detenernos en primer lugar en el Tribunal Constitucional. Ningún inconveniente hubiese habido en que los constituyentes hubiesen encomendado a tan alto tribunal la función de dirimir los conflictos de atribuciones entre los órganos judiciales y la administración. Al contrario, en el plano puramente dogmático parece que la resolución de conflictos entre órganos constitucionales cuenta con cierta tradición en el Derecho constitucional comparado y que en nuestro propio sistema no carece tampoco de un cierto reflejo en lo que se refiere a los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Sin embargo, si las cosas se examinan desde la perspectiva, no estrictamente jurídica pero no por ello menos importante, de la carga de trabajo soportada por el Tribunal Constitucional, parece claro que éste no es el órgano adecuado para asumir los cometidos que nos ocupan debido a la saturación que padece y a la importancia, gravedad y urgencia que gran parte de los asuntos de que se ocupa revisten para la vida social y política del país. A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional no se halla dentro de la estructura del poder judicial por lo que tampoco estaría plenamente concorde con las recomendaciones del Consejo de Ministros del Consejo de Europa.

Por otra parte, y, sobre todo, tal y como hemos visto en el presente trabajo, los asuntos tratados por el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales no presuponen necesariamente una actividad de hermenéutica constitucional ni suponen un conflicto entre poderes del Estado, sino que el cometido genuino del tribunal radica en dirimir una pugna competencial entre órganos de poderes diferentes, sin que tal determinación revista necesariamente relevancia constitucional. De hecho, aunque en su momento se propuso en

los textos de preparación de la norma constitucional atribuir al Tribunal Constitucional la competencia para conocer de los conflictos de jurisdicción y competencia, lo cierto es que dicha propuesta fue rechazada, por la razón expuesta, por una buena parte de la doctrina, entre otros, Martín-Retortillo, González Pérez o Blanca Lozano.⁵⁴⁹

Pese las consideraciones ahora expuestas, que desaconsejan atribuir al Tribunal Constitucional los conflictos de jurisdicción, es preciso reconocer, sin embargo, que tampoco existirían razones de principio o de carácter dogmático que obstasen a una modificación de la LOTC y que, a través de lo dispuesto en el artículo 161.d) de la CE, se otorgara la competencia para resolver los conflictos entre Administración y Jueces y Tribunales al Tribunal Constitucional si bien, atendiendo a las recomendaciones de las referidas instituciones internacionales parece más aconsejable descartar dicha opción.⁵⁵⁰

⁵⁴⁹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, en “Conflictos constitucionales de competencia y de atribuciones”, en la obra colectiva de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, El Tribunal Constitucional, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1978, tomo I, (página 215) afirmó que: “No me pareció defendible tal postura y así lo hice ver, aunque sólo sea por una razón muy clara en mi opinión: había que defender al Tribunal Constitucional de pequeñas encomiendas sin excesiva trascendencia, de modo que se reservara su energía para asuntos de mayor relieve.”. La profesora LOZANO, Blanca en “Conflictos entre...”, op. cit., indicaba que: “Eliminadas las cuestiones previas en materia criminal (cuya eficacia para evitar la plena justiciabilidad de la actuación administrativa hubiera podido quedar clara en casos como el «Amedo»), el sistema de conflictos ha perdido toda virtualidad política, quedando como un órgano resolutorio de cuestiones técnicas relativas atribución legal de competencias. Fue sin duda esta menor trascendencia de los asuntos que hoy tiene confiados el sistema de conflictos la que determinó, como ha señalado L. MARTÍN-RETORTILLO, que no se llegase a atribuir la competencia en esta materia al Tribunal Constitucional, al que se le asigna, en cambio, la decisión de los conflictos entre los órganos constitucionales.” y, finalmente, GONZALEZ PEREZ, Jesús, en “La Jurisdicción: unidad jurisdiccional y conflictos jurisdiccionales” en Poder Judicial, Volumen I, Instituto Estudios Fiscales, Madrid, 1983, (página 75) indicaba del todo acertada la solución de descartar al Tribunal Constitucional para defenderlo de cometidos sin excesiva trascendencia.

⁵⁵⁰ Díez-Picazo Giménez, Luís María, en “El poder judicial (breves reflexiones sobre 25 años de experiencia) en Revista Española de Derecho Constitucional, número 71, mayo-agosto 2004:

“Ni siquiera el conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales del Estado es una creación directa de la Constitución, pues su existencia deriva sólo de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 161.l.d) de la Constitución, puede otorgar al Tribunal nuevas competencias que –estando relacionadas con la idea de «garantías constitucionales» (art. 123.1 in fine de la Constitución)– vayan más allá de las constitucionalmente previstas” (...) “De todo lo anterior se desprende no sólo que los conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales del Estado están necesitados de una regulación más matizada –que seguramente podría hallar su sede, como hasta ahora, simplemente en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional–, sino también que el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales está expuesto a reproches de inconstitucionalidad. Especialmente cuando el objeto de la disputa competencial en que es parte un órgano judicial va más allá de la delimitación de lo puramente «administrativo», no parece

12.- IDONEIDAD DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA ABSORBER LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN.

Entendemos que el Tribunal Supremo sería claramente el órgano mejor situado para asumir, al menos en última instancia, dicha tarea. Si atendemos a la especialización o preparación jurídica de sus magistrados, la enorme diversidad de asuntos y materias de que se ocupan en la actualidad las secciones especializadas del Tribunal, señaladamente en la Sala 3ª, dicha conclusión parece quedar sobradamente justificada. Y si a ello añadimos la plena coincidencia con las recomendaciones de las instituciones internacionales y la reducida carga de trabajo que soporta en la actualidad el Tribunal de Conflictos, a la que acabamos de referirnos, la propuesta que formulamos parece aún más plausible.

Un modo de llevar a cabo dicha reforma consistiría, simplemente, en modificar la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales sustituyendo la denominación actual e introduciendo otra para crear y designar una sala especial del Tribunal Supremo encargada de resolver los asuntos de competencia entre Administración y Juzgados y Tribunales. La modificación habría de completarse reformando asimismo el estatuto de los Consejeros Permanentes del Consejo de Estado para reforzar la nota de inamovilidad, cuando menos durante el tiempo en que ejerzan funciones como miembros de la sala encargada de resolver conflictos entre Administración y Tribunales, así como especificando lo relativo al régimen de la responsabilidad por el ejercicio de su cargo.

Por no decir que no estaría de más cuestionarse la propia necesidad de mantener que parte de los miembros del tribunal tengan la condición de miembros del Consejo de Estado, requisito que sugiere una suerte de injustificable autoprotección o blindaje frente a los órganos de la jurisdicción ordinaria o una suerte de voluntad de involucrar a la administración en la resolución del conflicto, lo que repugnaría a la propia garantía que representa el control judicial de la actividad administrativa, esencial en el Estado de Derecho.

En efecto, dicha garantía reclama una total "ajenidad" o calidad de tercero en la autoridad que dirime el conflicto, según recomendaciones internacionales, nota sin la cual difícilmente puede garantizarse la imparcialidad de que debe estar revestida la autoridad que ejerce el control de legalidad. La idea de una

muy justificado que los órganos que integran el Poder Judicial no reciban idéntico tratamiento que el resto de los clásicos poderes del Estado."

suerte de órgano de composición paritaria administración-tribunales de justicia parece, en definitiva, difícilmente compatible con un efectivo control judicial de la actividad administrativa, por mucho que el Tribunal Constitucional niegue la existencia de dicha composición paritaria, en el sentido de que los miembros del Tribunal de Conflictos tengan la condición de representantes de los órganos constitucionales en liza, rechazando asimismo que se trate de un órgano con funciones propiamente autocompositivas, tal como señala la sentencia del Tribunal Constitucional número 56/1990, de 29 de marzo (en su fundamento jurídico 37). Nótese, sin embargo, la contradicción en que, en este aspecto, incurren el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Conflictos, ya que este último ha afirmado reiteradamente que posee una composición "*predominantemente paritaria*" (entre otras muchas, la ya referida sentencia del Tribunal de Conflictos de fecha 19 de diciembre de 1997).

Por otra parte, la determinación en el caso concreto de si, conforme a Derecho, la Administración está o no revestida de competencia para llevar a cabo cierta actividad es la misma determinación a la que se enfrentan con harta frecuencia los tribunales de la jurisdicción contenciosa administrativa cuando están llamados a resolver sobre ciertos conflictos entre órganos administrativos, sin que en dichos casos se haya planteado aún la posibilidad de atribuir la resolución de la controversia a un órgano paritario compuesto por miembros de las administraciones contendientes.

En realidad, no sería ni siquiera preciso crear una sala especializada en esta materia. La solución podría pasar también por encomendar la resolución de los conflictos a la Sala 3ª del Tribunal Supremo y que ésta, a su vez, los atribuyese a una determinada sección, especializada o no, de dicha Sala. Cabría incluso la opción legislativa de encomendar la resolución de los conflictos a la Sala del Tribunal Supremo que funcionalmente correspondiese según el orden judicial al que estuviese adscrito el tribunal ante el que se planteó el conflicto.

Otra posible opción sería la de atribuir el cometido de resolver los conflictos a la Sala 2ª de la Audiencia Nacional, de modo que cupiese aún acudir en vía de recurso al Tribunal Supremo. Cabría incluso la opción de residenciar la resolución de los conflictos en la Sala contencioso-administrativa de los Tribunales Superiores de Justicia o a la Sala de dicho tribunal que correspondiese según el orden jurisdiccional concernido, siempre, en todo caso, que la contienda se suscitase entre órganos radicados en la Comunidad Autónoma correspondiente. También en este caso parece conveniente establecer la correspondiente vía de recurso ante el Tribunal Supremo para preservar la uniformidad de criterio en todo el territorio del Estado.

En fin: existe una multiplicidad de posibles soluciones razonables para atribuir el cometido de dirimir los impropriadamente denominados conflictos de jurisdicción a órganos judiciales, la elección entre los cuales habría de ser realizada por el legislador en atención a las variadas circunstancias concurrentes (volumen actual de trabajo de los órganos judiciales, medios económicos disponibles, condicionamientos relativos a la planta judicial etc.), cuya ponderación, oído el Consejo General del Poder Judicial, le corresponde en plenitud.

Si se optase por atribuir la resolución de los actuales conflictos de jurisdicción a la jurisdicción contencioso-administrativa, cabría añadir otro procedimiento especial en el Título V de su Ley reguladora, junto a los ya existentes (procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona previsto en el artículo 53.2 CE, de los arts. 114 a 122 LRJCA; cuestiones de ilegalidad de reglamentos de los arts. 123 a 126 de la LRJCA; procedimiento en los casos de suspensión administrativa previa de acuerdos, del art.127 LRJCA; procedimiento para la garantía de la unidad de mercado, regulado en los arts. 127 bis a 127 quáter LRJCA; y procedimiento para la declaración judicial de extinción de partidos políticos (127 quinquies LRJCA). De este modo se daría respuesta a las especialidades procedimentales establecidas en la LOCJ que convendría conservar pese a atribuir la resolución del conflicto a un órgano diferente del actual.

13.- LA INTERVENCIÓN ADHESIVA O PROVOCADA DE UNA ADMINISTRACIÓN MECANISMO PROCESAL PARA DENUNCIAR INVASIONES COMPETENCIALES.⁵⁵¹

Como se vio páginas atrás, la legislación procesal italiana establece una suerte de intervención voluntaria de la Administración pública para adherirse como parte en un procedimiento civil donde se sustancien cuestiones que tienen relación con su esfera competencial (arts. 37 y 41 del *Codice di Procedura Civile*).

De este modo, el legislador italiano pretende ofrecer a la Administración un instrumento para proteger sus competencias amenazadas en el marco de una contienda procesal suscitada por terceros. La especialidad de dicha intervención radica en que, admitida por el tribunal, se produce la remisión automática de la resolución del conflicto al órgano judicial que culmina la estructura jurisdiccional italiana (*Corte di Cassazione*).

⁵⁵¹ En relación a los presupuestos, tramitación y demás aspectos de la intervención citamos expresamente el trabajo ARMENTA DEU, Teresa, en "Lecciones de Derecho procesal civil", décima edición, Marcial Pons, (páginas 108 a 113), así como la monografía de OROMÍ VALL-LLOSERA, Susana: "Intervención voluntaria de terceros en el proceso civil. Facultades procesales del interviniente" Marcial Pons, Madrid, 2007.

La intervención de terceros en el proceso civil español se regula en los artículos 13 y 14 de la LEC, el primero relativo a la intervención adhesiva y, el segundo, la intervención provocada. Dicha ley es supletoria, con carácter general, del resto de leyes procesales (cfr. art. 4 LEC, Disposición Adicional Primera de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa, y Disposición Final 4ª de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social), lo que permite también su aplicación, con las especificidades que correspondan en cada caso, en el marco de los procesos desarrollados ante los correspondientes órdenes jurisdiccionales. La intervención, en concreto, tendría como objeto, a los efectos que aquí interesan, permitir a la Administración correspondiente mostrarse como parte en el proceso con el único propósito de interponer declinatoria o, en general, de denunciar la falta de jurisdicción del tribunal, aspecto éste siempre apreciable de oficio (art.37.1 LEC; art. 25 LECrim; 5 y LRJC; y art.5 de la LRJS). Si se adoptase la solución del legislador italiano a la que nos referimos, cabría remitir la resolución del conflicto al órgano de la jurisdicción ordinaria que la ley estableciese y obtener así un pronunciamiento adecuado para crear un precedente judicial uniforme en todo el territorio del Estado o en un amplio ámbito territorial diferente. Estaríamos ante un específico modo de plantear el conflicto de atribuciones y ante la aplicación del punto 10 de la recomendación 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los estados miembros, esto es, que los jueces deben decidir sobre su propia jurisdicción.

CONCLUSIONES

I

Existe un conflicto jurisdiccional, a los efectos de este trabajo, en la medida en que un órgano judicial y un órgano administrativo se disputen el conocimiento de un determinado asunto. Dichos conflictos son previos a la propia existencia de la teoría de la división de poderes e incluso han existido durante el Antiguo Régimen, con anterioridad a la época de las revoluciones liberales y la división de poderes.

II

No existen antecedentes normativos en nuestro ordenamiento jurídico donde la resolución de conflictos entre Administración y Tribunales se atribuya a un órgano colegiado, puesto que dicha resolución, con carácter general, se atribuía al rey o al Jefe de Estado. El antecedente legislativo más reciente al actual régimen legal, la Ley de 17 de julio de 1948, encomendaba la resolución de los conflictos al Jefe de Estado y no existía un órgano colegiado resolutivo sino únicamente un órgano consultivo que era el Consejo de Estado (artículo 33 de la Ley de 1948).

En cierto período histórico se atribuyó la resolución última de dichos conflictos a órganos colegiados, tales como Juntas intersinodales o Juntas de Competencias (ver situación anterior a 1625 y la regulación de 1819 y 1834), la Junta General de Competencias (1625), sistema del “quinto ministro” (1722), siendo el último órgano colegiado la Sala del supremo Tribunal de España é Indias (1834) puesto que, con posterioridad (1844, 1847, 1863, 1870, 1881 o 1887) la regulación de los conflictos, pese a su carácter transitorio a la espera de la atribución de la resolución a un “alto cuerpo consultivo”, que nunca llegó, puesto que la resolución última estaba en manos del monarca o del Gobierno.

III

Con la consolidación de la división de poderes surgieron en Europa diferentes sistemas de control de la actividad de la Administración; en unos casos (Francia o Portugal) se creó una dualidad de jurisdicciones que pervive hoy en día, y en otros casos (España) dicha dualidad tuvo lugar de modo ocasional, fruto de la influencia del sistema francés y en la actualidad ha sido suplantada por el principio de unidad jurisdiccional.

IV

En nuestro ordenamiento jurídico perviven múltiples instituciones que tienen su origen en el régimen administrativo francés, un claro ejemplo de lo cual es precisamente el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, si bien, a diferencia del sistema jurisdiccional del país vecino, en nuestro sistema no existe dualidad de jurisdicciones (jurisdicción ordinaria y jurisdicción administrativa separada) y, en el momento histórico en que efectivamente ha existido dicha dualidad jurisdiccional, la resolución de los conflictos corría a cargo del monarca o del Gobierno, con la única excepción de la Sala del supremo Tribunal de España e Indias y de la Junta de Competencias, órganos que en ciertos períodos históricos asumieron el cometido de resolver los conflictos de jurisdicción.

V

La Constitución Española, a diferencia de otras cartas magnas europeas, proclama el principio de unidad jurisdiccional, base de la organización y funcionamiento de los Tribunales sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos (117.5 CE y 3.1 LOPJ). La Ley Orgánica del Poder Judicial, por su parte, creó un órgano colegiado encargado de resolver los conflictos de jurisdicción entre la Administración y los Juzgados y Tribunales. Este órgano colegiado pasó a denominarse Tribunal de Conflictos de Jurisdicción con la aprobación de la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales de 1987.

La Constitución española no prevé la existencia de un órgano colegiado dotado de potestad jurisdiccional pero desgajado del Poder Judicial, encargado específicamente de la resolución de los conflictos jurisdiccionales entre la Administración y los Juzgados y Tribunales. El tribunal de Conflictos de Jurisdicción constituye, pues, una verdadera jurisdicción especial no prevista en la Constitución, contrariando así el principio de unidad jurisdiccional, que no tolera el establecimiento de otras jurisdicciones diferentes de la ordinaria a menos que gocen de un anclaje constitucional expreso.

VI

La Administración pública ostenta unos poderes de autotutela calificables de cuasi jurisdiccionales, si bien, al carecer de la nota de irrevocabilidad, no pueden merecer propiamente la consideración de tales y, aunque el Tribunal Constitucional haya validado el sistema de autotutela ejecutiva y aclarado que dicho sistema no vulnera el principio de exclusividad jurisdiccional, ello no autoriza a considerar que la Administración ostente facultades

propriadamente jurisdiccionales. Por dicha razón, no resulta correcto denominar conflictos jurisdiccionales a los conflictos entre Administración y Tribunales.

VII

El Tribunal de Conflictos en sus más de 30 años de existencia apenas ha resuelto unos 340 asuntos, muchos de ellos reiterativos en cuanto al objeto de conflicto (justicia gratuita o suspensión de pagos, por ejemplo) y pocos de ellos con una relevancia significativa.

VIII

Se constata que el Tribunal de Conflictos realiza funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional puesto que resuelve sobre pretensiones contradictorias conforme a Derecho y sus resoluciones poseen carácter irrevocable. No obstante lo cual, una vez analizado el estatuto personal de sus miembros a la luz de la jurisprudencia del TEDH y de determinados estándares internacionales, se alcanza la conclusión de que el órgano adolece, por lo que se refiere a los miembros provenientes del Consejo de Estado, de ciertas carencias que comprometen su imparcialidad.

IX

La independencia e imparcialidad de los órganos judiciales se encuentra entre las obligaciones internacionales asumidas por España y por cuyas garantías está obligada a velar. El TEDH es particularmente explícito al afirmar que los más altos tribunales de los Estados contratantes no son ajenos a la noción de “tribunal” recogida en el art. 6.1 CEDH, llegando a afirmar también que el rigor e intensidad de estas garantías se incrementa en cuanto más alto el órgano esté situado en la jerarquía judicial.

El Tribunal de Conflictos puede quedar incluido en la noción de “tribunal” a los efectos del art.6.1 CEDH y resultarle aplicables las exigencias de independencia e imparcialidad referidas. En efecto, las resoluciones de este tribunal pueden resultar influir decisivamente en el desenlace de un proceso en el que se resuelva sobre los derechos de un particular, de modo que los defectos relativos a la independencia y a la imparcialidad de que pueda estar aquejada la composición del órgano puedan dar lugar también a la violación del derecho a ser juzgado *por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley*.

X

El Gobierno ostenta la potestad de nombramiento de los consejeros permanentes del Estado. Se trata de una potestad totalmente discrecional y vehiculada a través de una disposición de carácter reglamentario. Este hecho impide considerar cumplidamente satisfecha la nota de imparcialidad. No solo porque la condición de consejero permanente del Consejo de Estado dependa de un acto gubernativo de carácter discrecional, sino que, además, el propio Consejo de Estado, que es quien confiere a dichos consejeros la condición de miembros del Tribunal de Conflictos, no es un órgano idóneo, al estar integrado por miembros de designación gubernativa, para conferir con las necesarias garantías de independencia la condición de miembro de un órgano que ejerce jurisdicción. Si se ha puesto en tela de juicio que el actual sistema de designación de los vocales del CGPJ, de raíz predominantemente parlamentaria, se ajuste a los estándares internacionales en lo que se refiere a la garantía de la imparcialidad, con mayores dificultades cabe librar del estigma de inconstitucionalidad la designación de jurisdicentes por parte de un órgano de origen discrecionalmente designado por el poder ejecutivo.

XI

Resulta aconsejable suprimir necesidad de que parte de los miembros del órgano que resuelve los conflictos de jurisdicción ostente la condición de miembros del Consejo de Estado, pues dicho requisito sugiere una suerte de injustificable autoprotección o blindaje frente a los órganos de la jurisdicción ordinaria o una suerte de voluntad de involucrar a la administración en la resolución del conflicto, evocando una suerte de solución autocompositiva de conflictos, lo que repugnaría a la propia garantía que representa el control judicial de la actividad administrativa, esencial en el Estado de Derecho.

XII

De la doctrina analizada, de la jurisprudencia existente en materia de conflictos jurisdiccionales y del objeto de los asuntos tratados ante el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales podemos concluir que no estamos, a diferencia del sistema francés o portugués, ante verdaderos conflictos jurisdiccionales sino ante conflictos materiales de delimitación de competencias que se limitan a conocer de asuntos en trámite.

XIII

No existe en los ordenamientos de los países de nuestro entorno una institución equivalente al Tribunal de Conflictos de Jurisdicción español, es decir, en el Derecho comparado no se atisban otros casos en los se que

encomienden los conflictos entre la Administración y los tribunales a una jurisdicción especial u órgano especializado ad hoc.

XIV

Si se pretendiese mantener dicha especificidad en el caso español y se entendiese que los escasos asuntos relevantes tratados por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción justifican la existencia de un órgano ad hoc como el actual, dicho órgano habría de introducirse en el texto constitucional, a través de su oportuna reforma.

XV

No resulta aconsejable que el Tribunal Constitucional, a través de la previsión del artículo 161.d) LOTC, asuma dichos conflictos jurisdiccionales debido a su escasa incidencia constitucional y a estar situado éste fuera del Poder judicial.

XVI

Los órganos jurisdiccionales, en su atribución constitucional del control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa, estarían plenamente capacitados para asumir la resolución de los asuntos en que la Administración reclame sus competencias y sería plenamente acorde con las recomendaciones internacionales.

XVII

Cabría atribuir la resolución de los conflictos entre la administración y los tribunales a una Sala especial dentro del Tribunal Supremo. Se trataría, concretamente, de una nueva Sala Especial de Competencias del Tribunal Supremo (igual que la Sala de Conflictos Jurisdiccionales encargada de los conflictos con la jurisdicción militar) integrada en el propio Poder Judicial y formada por miembros del propio Poder Judicial. Nótese que el antecedente más “inmediato” de atribución resolutoria a un órgano judicial colegiado fue en el año 1834 a favor de la Sala del supremo Tribunal de España e Indias.

XVIII

Sería conveniente modificar la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su cualidad de ley procesal supletoria, para posibilitar y clarificar la intervención de una Administración cuando entienda que la existencia o pendencia de un

procedimiento judicial pueda menoscabar sus competencias o sus procedimientos administrativos no concluidos. Podría articularse expresamente un sistema de intervención procesal a favor de la Administración para comparecer en un juicio donde entienda que debe respetarse la normativa aplicable.

Sería suficiente una modificación legislativa ordinaria de la legislación procesal civil (de carácter supletorio) para prever la intervención de la Administración y, de este modo, podría poner en conocimiento del órgano jurisdiccional la pendencia de un procedimiento administrativo seguido en aplicación de sus competencias que puede afectar el desarrollo del asunto tratado. De este modo, la Administración, para el caso de que no viera satisfechas sus expectativas competenciales, dispondría de todos los recursos procesales para defender dichas competencias hasta el máximo órgano jurisdiccional.

INDICE DE JURISPRUDENCIA CITADA

- Sala Segunda. Recurso de amparo número 59/1983. Sentencia número 22/1984, de 17 de febrero. BOE» núm. 59, de 9 de marzo de 1984, páginas 24 a 33.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 45/1986, de 17 de abril.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 56/1990 de 29 de marzo (BOE número 107 de 4 de mayo de 1990).
- Sentencia número 7878/2011 de la Sala tercera del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2011 (recurso de casación 6126/2009).
- Sentencia del Tribunal Constitucional 55/1985, de 22 de abril de 1985.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2016.
- Autodenomina sentencia, fue la de 20 de junio de 1986 con un voto particular del Consejero Permanente de Estado, Don Gregorio Peces-Barba del Brío (sentencia de fecha 9 de julio de 1986 (conflicto 10/1986, BOE 205 de 27 de agosto de 1986)
- Sentencia de 10 de noviembre de 1986 (conflicto 13/1986, BOE 303 de 19 de diciembre de 1986
- Sentencia de 11 de diciembre de 1994 (conflicto 1/1995-T).
- sentencia de 11 de julio de 2007 (conflicto 10/2005)
- Sentencia 2/1989 de 28 de abril
- Sentencia 17/1988 de 7 de julio).
- Sentencia de 9 de julio de 1986 (conflicto 10/1986)
- Sentencia de 10 de noviembre de 1986 (conflicto 4/1986)
- Sentencias número 11/1986 de 20 de julio de 1986 y 12/1986 de 9 de julio de 1986, fundamento jurídico segundo:
- sentencia de 5 de diciembre de 1986 (conflicto 18/1986)
- Sentencia de 07/07/1988, conflicto 6/1988
- Sentencia de fecha 07/07/1997, en el conflicto 2/1997
- Sentencia de 23 de marzo de 1998 (conflicto 34/1997)
- Sentencia de 23 de marzo de 1998 (conflicto 34/1997)
- Sentencia de 28 de junio de 2004 (conflicto 1/2004-T)

- Sentencia de 23 de septiembre de 2020 (conflicto 1/2020, BOE 267 de 09/10/2020)
- Respecto a la gratuidad del Tribunal de Conflictos, en la sentencia de 23 de septiembre de 2020 (conflicto 1/2020, BOE 267 de 09/10/2020)
- Sentencia del Tribunal de Conflictos de fecha 30 de marzo de 1999 (conflicto 27/1998. BOE 12/05/1999)
- Sentencia de fecha 22 de junio de 1998 (conflicto 10/1998)
- Sentencia de fecha 26 de octubre de 2001 (conflicto 9/2001)
- Sentencia de 16 de diciembre de 1991 (conflicto 58/1991)
- Sentencia de 31 de marzo de 2014 (conflicto negativo 10/2013)
- Sentencias de la Sala de Conflictos de Jurisdicción 1988/10316, 1988/10317, 1988/10318, 1988/10319, 1988/10320 y 1988/10321
- Sentencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de fecha 17 de marzo de 1994
- Sala de Conflictos de Jurisdicción en sentencia de fecha 5 de marzo de 1997
- Sentencia TEDH de 26 de junio de 2016 (Caso 20261/12, Baka contra Hungría)
- Sentencia TEDH de 8 de noviembre de 2021 (Caso 49868/19 y 57511/19, Dolinska-Ficek y Ozimek contra Polonia).
- Sentencia TEDH de 1 de diciembre de 2020 (Caso 26374/18, Gudmundur Andri Astradsson contra Islandia).
- Sentencia TEDH de fecha 7 de mayo de 2021 (Caso 4907/18, Xero Flor contra Polonia)
- Sentencia TEDH de 29 de abril de 1988 (caso 10328/83, Belilos contra Suiza)

BIBLIOGRAFÍA

ALZAGA VILLAMIL (dir), "Comentarios a la Constitución Española de 1978", Tomo VIII., Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas, 1998.

APARICIO PÉREZ, M.A., "El Poder Judicial", en Revista de Derecho Político, 36, 1992, págs. 161-175.

APARICIO PÉREZ, M.A., "El status del Poder Judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)", Ministerio de Justicia/Publicaciones Universitat de Barcelona, 1995.

APARICIO PÉREZ, M.A., BARCELÓ I SERRAMALERA, M. (coordinadores), "Manual de Derecho Constitucional", Atelier libros, 2016.

ARMENTA DEU, T., "Lecciones de Derecho procesal civil", décima edición, Editorial Marcial Pons, Barcelona 2017.

ARZAMENA SIERRA, J., "El principio de unidad jurisdiccional", en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Civitas, Madrid, 1991, págs.3017-3040.

BARRIOS, F., "La gobernación de la monarquía en España. Consejos, Juntas y Secretarios de la Administración de Corte (1556-1700)", BOE, 2015.

BARRIOS, F., "El Consejo de Estado de la Monarquía Española 151-1812", Consejo de Estado, 1984.

CALAMANDREI, P., "Instituciones de Derecho procesal civil", Buenos Aires, trad. Sentís Melendo, 1962, tomo I.

COLMEIRO, M., "Elementos de Derecho político y administrativo de España", 1858.

COLLECTION COMPLÈTE DES LOIS, DÉCRETS D'INTÉRÊT GÉNÉRAL, TRAITÉS INTERNATIONAUX, ARRÊTÉS, CIRCULAIRES, INSTRUCTIONS, ETC. Bull, CLXXXV, No. 1128, B., v. LVIII, Paris 1825.

COMOGLIO, C., FERRERI, C., TARUFFO, M., "Lezioni sul processo civile", ed. Mulino, Bologna, 1995.

CROSETTI, A., "Il Consiglio di Stato dall'unità d'Italia alla Costituzione. Genesi ed evoluzione della giustizia amministrativa", Utet Guiridica, 2011.

DE DOU Y BASSOLS, R.L., "Instituciones de derecho público general de España con noticia del particular sobre Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado", Madrid, 1800, ver los tomos II y III

DE LA QUADRA-SALCEDO, T., VIDA, J. y PEÑARANDA, J.L., Instituciones Básicas de Derecho Administrativo, Disponible en: ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/instituciones-basicas-derecho-administrativo/lecciones-1/leccion6.pdf

DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, I., VEGAS TORRES, J., "Introducción al Derecho procesal", Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.

DE LA VEGA, P., "El poder moderador", Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) número 116 abril-junio 2002.

DE MENDIZÁBAL ALLENDE, R., "El principio de unidad jurisdiccional y lo contencioso-administrativo", RAP, número 64, 1971.

DE OTTO, I., "Estudios sobre el Poder Judicial", Ministerio de Justicia, 1989.

DE SECONDAT, C.L. (señor de Brède y Barón de Montesquieu), "Del Espíritu de las Leyes", traducción de Siro García del Mazo, edición Madrid, 1996 Libro XI, Capítulo VI.

DICEY, A. V., "Introduction to the study of the law of the Constitution", Macmilan and Co, Londres, 1889.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., "El Poder judicial (breves reflexiones sobre veinticinco años de experiencia)", Revista Española de Derecho Constitucional, número 71, mayo-agosto 2004, páginas 35-45.

DE TOCQUEVILLE, A., "L'Ancien Régime et la Révolution", 1856.

DOMPER FERRNADO, J., "Repertorio de la jurisprudencia de conflictos jurisdiccionales (1948-1975)", INAP, 1978.

ENTRENA CUESTA, R., "Curso de Derecho Administrativo", Volumen I, 13ª edición, Tecnos, 2003.

ESCUADERO J.A., "Estudios de Historia del Derecho", BOE, Madrid, 2016.

ESCUADERO, J.A., "Curso de Historia del Derecho", Madrid, segunda edición 1995.

EISENMANN, Charles, en "La pensée constitutionnelle de Montesquieu", bicentenaire de l'esprit des lois, París, Sirey, 1952.

ESTEVE PARDO, J., "Lecciones de Derecho Administrativo", séptima edición, Marcial Pons, 2017.

FALLA, G., "La evolución del recurso contencioso-administrativo en España", RAP número 55, 1968.

FENECH NAVARRO, M., "Estudios Derecho procesal", Hijos de José Bosch, 1962.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., "La evolución de la justicia constitucional", Dykinson-constitucional, Madrid, 2013.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., "Sir Edward Coke, el Bonham's Case y la Judicial Review", Revista de las Cortes Generales (88), 7-85.

FERNÁNDEZ TORRES, J.R., "La reforma histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)", CCGPJ y Consejo de Estado, Civitas, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo", IEP, Madrid, 1955.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La revolución francesa y la aparición de una nueva lengua de los derechos.", Alianza editorial, 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "El concepto de personalidad jurídica en el Derecho Público.", RAP número 129, septiembre-diciembre 1992.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., "Curso de Derecho Administrativo" I tomo, decimotercera edición.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)" RAP, número 38, mayo-agosto 1962.

GARCÍA-GALLO, A., "El origen y la evolución del Derecho. Manual de Historia del Derecho Español.", Madrid, 1984.

GARCÍA ROCA, J., "Del principio de la división de poderes", Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) número 108 de abril-junio 2000.

GARRIDO CUENCA, N., "El episodio judicial de la desclasificación de los papeles del CESID: las sentencias del tribunal supremo de 4 de abril de 1997. Paradojas y paralogismos de un conflicto entre la función de gobierno y el derecho a la tutela judicial efectiva" en la Revista de Administración Pública número 143, de mayo-agosto de 1997.

GARRIDO FALLA, F., "Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho Administrativo español", acto inaugural del curso de formación para la XX promoción del Cuerpo General Técnico de la Administración Civil del Estado, INAP, 1982.

GARRIDO FALLA, F., "Evolución del recurso contencioso administrativo en España", RAP número 55, 1968.

GARRIDO FALLA, F., "Ética y razón de Estado: los documentos del CESID y el "Caso Gal" del profesor Fernando Garrido Falla, publicado en los Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, número 73, 1996, págs. 175-192.

GERPE LANDÍN, M., BARCELÓ SERRAMALERA, M., coord., "El federalismo judicial", IEA, Barcelona, 2006.

GERPE LANDIN, M., MONREAL, A., OLIVER ARAUJO, J., ÁLVAREZ CONDE, E., "La división de poderes: el poder judicial. El gobierno del Poder Judicial en el constitucionalismo europeo continental", Institut de Ciències Polítiques i Socials Universitat de Lleida, Barcelona, 1996, páginas 11-34.

GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., "Introducción al Derecho procesal", Tirant lo Blanch, 2020.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., "Jurisdicción: Unidad Jurisdiccional y conflictos jurisdiccionales" artículo publicado en el libro "El Poder Judicial" del Instituto de Estudios Fiscales, 1983.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., "Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), Tomo I, cuarta edición, Thomson-Civitas, 2007.

HAURIOU, M., "Precís de Droit Administratif", Dixieme edition, Paris 1921.

HUERTAS CONTRERAS, M., "El Poder Judicial en la Constitución Española", Universidad de Granada, 1995.

IBARRA ROBLES, J.L. (dir.), GARCÍA HERRERA, M.A. (dir.), "Estudios de derecho judicial, N.º. 90, 2006 (Ejemplar dedicado a: Poder Judicial y unidad jurisdiccional en el Estado autonómico).

JIMENA QUESADA, L., "El principio de unidad del Poder Judicial y sus peculiaridades autonómicas", CEC, Colección Cuadernos y Debates, 89, Madrid, 2000.

LAFARRIÈRE, E., "Tratado de jurisdicción administrativa y recursos contenciosos.", Berger-Levrault, París, 1896.

LAVILLA RUBIRA, J.J., comentarios a la LOCJ, Tecnos, 1987.

LIEBMAN, E.T., "Manuale di Diritto processuale Civile", ed. Giuffrè, Milano, 1992.

LOCKE, J., "Segundo tratado sobre el gobierno civil" traducción, introducción y notas de Carlos Mellizo y estudio preliminar de Peter Laslett, Tecnos 2006, capítulo VII, de la sociedad política o civil, punto 86.

LORENTE, M. y VALLEJO, J. (coordinadores), "Manual de Historia del Derecho", Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

LOZANO, B., "Los conflictos entre Administración y los Tribunales: perspectiva histórica y nueva configuración", Revista de Administración Pública número 118 enero-abril 1989.

LOZANO, B., "El sistema de conflictos jurisdiccionales, las materias clasificadas y el control judicial de la Administración" REDA número 91 de 1996.

LOZANO, B., "En los confines del Estado de Derecho: el control judicial de los secretos de Estado", Revista "Jueces para la democracia" número 29, año 1997, páginas 20-28.

LUQUE REGUEIRO, A., ponencia "Conflictos entre jurisdicción ordinaria y militar, principales problemas procesales", Revista Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, número 2007.

MANDRIOLI, C., "Diritto Processuale Civile", Giappichelli, Torino, 2006.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "Unidad de Jurisdicción para la Administración Pública", RAP número 49, enero-abril 1966.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "El exceso de poder como vicio del acto administrativo" publicado en RAP número 23, mayo/agosto de 1957.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "Materiales para una Constitución (los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado)" editorial Alkal, Madrid 1984.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "Entorno al sistema español de conflictos jurisdiccionales" REDA número 9 de 1976.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "Bajo el signo de la Constitución (Estudios de Derecho Público)" Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1983.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., en su recensión a la obra del Tomás Ramón Fernández y Juan Alfonso Santamaría: "Legislación administrativa española del siglo XIX, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid 1977" publicada en la Revista Española de Derecho Administrativo, número 14, 1977.

MEDINA GUIJARRO, J., PAJARES GIMÉNEZ, J.A., "La función de enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas como su «propia jurisdicción» en la historia y en la Constitución Española" Revista española de control externo, ISSN 1575-1333, Vol. 7, Nº 21, 2005, págs. 33-68.

MESTRE DELGADO, J.F., "Crónica sobre jurisprudencia reciente del tribunal de conflictos de jurisdicción", Revista de Administración Pública, número 138, septiembre-diciembre 1995, páginas 315-362.

MONTANOS FERRIN, E. y SÁNCHEZ-ARCILLA, J., "Historia del Derecho y de las Instituciones.", Madrid, 1991.

MONTERO AROCA, J., "La unidad jurisdiccional. Su consideración como garantía de la independencia", Justicia, 1984, 1, págs. 63-93.

MONTERO AROCA, J., "Ensayos de Derecho Procesal", JM Bosch editor, Barcelona, 1996.

MONTERO AROCA, J, ORTELLS RAMOS, M. y GÓMEZ COLOMER, J.L., "Derecho Jurisdiccional", tomo I, parte general, edición 1996.

MORÁN MARTÍN, R., "Materiales para un curso de Historia del Derecho Español.", tomo II, UNED, Madrid, 2000.

NIETO, A., " Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España", Revista de Administración Pública, número 50, 1966.

NIETO, A., "Estudios Históricos sobre Administración y Derecho", INAP, 1986.

NIETO, A., "Sobre la tesis de Parada en relación a los orígenes de lo contencioso-administrativo" RAP 57, de 1968.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., "Introducción al derecho procesal", Marcial Pons, Barcelona, 2016.

OROMI VALL-LLOSERA, S.: "Intervención voluntaria de terceros en el proceso civil. Facultades procesales del interviniente" Marcial Pons, Madrid, 2007.

ORTELLS RAMOS, R. y otros, "Derecho procesal, introducción.2, 3º edición, Punto y coma, Valencia, 2000.

ORTIZ DE ZÚÑIGA, D., "Elementos de Derecho Administrativo", Granada, 1843.

PARADA VÁZQUEZ, J.R., "Los conflictos entre la Administración y los Tribunales", página 556 y 557, RAP número 84, 1977.

PARADA VÁZQUEZ, J.R., "Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso" de la RAP, número 55 de 1969.

PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A., ORTEGA ÁLVAREZ, L., "Manual de Derecho Administrativo", Volumen 1, Ariel Derecho, 5ª edición, 1998, páginas 69 y 70.

PEDRAZ PENALVA, ERNESTO "Constitución, jurisdicción y proceso", Akal/iure, Madrid, 1990.

PEDRAZ PENALVA, E., "De la jurisdicción como competencia a la jurisdicción como órgano", RAP, 1976, enero-abril, número 79, PÁGINAS 145-161.

PEDRAZ PENALVA, E., "Reflexiones sobre el Poder Judicial y el PLOPJ", La Ley, 2-1985.

PORRAS RAMÍREZ, J.M., "Unidad jurisdiccional y autonomía política. La posición constitucional de los Tribunales Superiores de Justicia", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 67, 2003, págs. 69-88.

PORRAS NADALES, A., "Conflictos entre órganos constitucionales del Estado y principio de división de poderes", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 52, julio-agosto 1986, págs. 19-46.

RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS, DÉCRETS, ORDENNANCES, Administration du Journal des Notaires et des Avocats, Paris 1839.

REVERÓN PALENZUELA, B., "Poder Judicial, unidad jurisdiccional y Estado autonómico", Comares, Granada, 1996.

ROBLES GARZÓN, J.A., "Conceptos de Derecho procesal civil", Tecnos, 2017.

ROUSSEAU, J.J., "Contrato social", traducción Fernando de los Ríos, Austral Duodécima edición 2007, capítulo I, Libro III

RUIZ LÓPEZ, M.A., "La unidad jurisdiccional en el Estado autonómico: la posición constitucional del Tribunal Supremo". En: *Por el derecho y la libertad: libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor / coord. por Manuel Estepa Montero; José Eugenio Soriano García (dir.)*, Vol. 1, 2014, págs. 551-580.

SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., "Poder judicial y Unidad jurisdiccional en España.", obra colectiva *Poder judicial y Unidad jurisdiccional en el Estado Autonómico*, Estudios de Derecho judicial 90-2006, CGPJ.

SÁNCHEZ MORÓN, M., "Derecho Administrativo, parte general", séptima edición, Ed Tecnos, 2011.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., "Principios de Derecho Administrativo", Volumen 1, 4a edición, Colección Ceura, 2002.

SCWARTZ, B., "French Administrative Law and the Common-Law World", New York, 1954.

SIREY, J-B., "Le Conseil d'État selon la charte", 1818.

SUÁREZ ROBLEDANO, J.M., "Presente y futuro de la Jurisdicción Contable." *Revista Española de Control Externo*, del Tribunal de Cuentas, Vol XV, septiembre de 2013, número 45, página 116.

TIFFINE, P., "Droit administratif français", Revue générale du droit on line, 2013, número 4411 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=4411).

TOMÁS Y VALIENTE, F., "manual de Historia del Derecho", Tecnos, 4ª edición, 1983.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, en su obra "Los validos en la monarquía española del siglo XVII", siglo XXI editores, Madrid 1982.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco en su obra "Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen", Alianza Editorial, 1982.

TRAYER, J.M, "Derecho administrativo. Parte general", Atelier, 2017.

VALENCIA MIRÓN, J., "Introducción al Derecho procesal", ed. Comares, 10ª edición, 2006.

VARELA SUANZES-CARPEGNA, J. (coordinador), "El constitucionalismo británico entre dos revoluciones: 1688-1879", Oviedo, 2000.

WINKLER, G., "Der Bescheid. Ein Beitrag zur Lehre vom Verwaltungsakt.", Manz'sche, Wien, 1956.

ZENOBINI, G., "Corso di Diritto Amministrativo", 8ªed, Milán, vol II.