

LOS CONFLICTOS ENTRE LA ADMINISTRACION Y LOS TRIBUNALES ANTE LA NUEVA CONSTITUCION

Por

JOSÉ RAMÓN PARADA VÁZQUEZ

SUMARIO: 1. Los tres sistemas de resolución de conflictos.—2. Origen y fundamento de la regla de la incapacidad del poder judicial para plantear el conflicto y su inicial recepción y posterior abandono por el Derecho español.—3. Del recurso por exceso de poder a la igualdad de iniciativa.—4. La inferioridad de los Tribunales en la fase resolutoria del conflicto. Sistema de resolución de los conflictos.—5. Clases y objeto de las cuestiones de competencia, inexistencia de conflictos de decisión y de procedimientos de prevención de los conflictos.—6. Constitucionalidad de la atribución al Rey de la competencia resolutoria de los conflictos.

1. LOS TRES SISTEMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Los conflictos de competencia entre la Administración y los Tribunales, se resuelven, en primer lugar, a través de la Ley de 17 de julio de 1948, sobre Conflictos Jurisdiccionales, y adoptan en el Derecho español la modalidad de un pleito entre poderes, un juicio constitucional, cuya decisión se reserva al Jefe del Estado. Otras dos características singularizan a este sistema respecto a otros ordenamientos, a saber: Igualdad entre la Administración y los Tribunales, respecto al planteamiento; y desigualdad entre aquélla y éstos, en cuanto a las garantías arbitradas a los efectos decisorios.

Ciertamente, la más rigurosa igualdad rige en cuanto a las posibilidades de planteamiento de una reclamación de competencia, ya que el conflicto, tanto puede ser planteado por la Administración contra los Tribunales, como por éstos frente a la Administración. En el primer caso están legitimados para promover el conflicto los gobernadores civiles y los delegados de Hacienda y, en el segundo, las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo, los capitanes generales, como autoridades judiciales, las Salas de lo Contencioso-Administrativo, los magistrados de Trabajo y los Tribunales Tutelares de Menores.

Esta igualdad inicial sobre la legitimación para plantear el conflicto se rompe de forma favorable a la Administración en la fase resolu-

toria del conflicto en la que todo el asesoramiento del órgano decisorio corre a cargo de órganos administrativos sin intervención alguna de los Tribunales, como tales. Esta comienza con el envío a la Presidencia del Gobierno de las diversas actuaciones judiciales y administrativas de los contendientes, que serán remitidas al Consejo de Estado, para que en el término de dos meses proponga la decisión motivada que estime procedente. La consulta se remite, a su vez, a los ministros de quien dependen los Tribunales y autoridades administrativas contendientes, que expresarán su opinión en el plazo de un mes, entendiéndose que el silencio implica conformidad con el dictamen del Consejo de Estado. Todavía el asunto es sometido a la consideración de otro órgano administrativo, el Consejo de Ministros, antes de la resolución irrevocable del Jefe del Estado, que se extenderá motivada en forma de Decreto, la que para su cumplimiento se comunicará a los contendientes y se publicará en el «Boletín Oficial del Estado».

Los límites de la competencia entre lo administrativo y los otros órdenes judiciales puede venir fijado, además del enfrentamiento directo entre la Administración y los Tribunales (civiles, penales y laborales), a través de las descritas cuestiones de competencia positivas y negativas, por otro tipo de enfrentamiento: el que puede tener lugar entre los órganos de la Jurisdicción contencioso-administrativa y los de la Jurisdicción civil, penal o laboral, que se resuelve por una Sala especial, que preside el presidente del Tribunal Supremo y de la que forman parte un magistrado de lo Contencioso-Administrativo y otro de la Jurisdicción que interviene en la contienda (Decreto de 3 de octubre de 1950). Es evidente que existe el riesgo de que la doctrina acerca de los límites de uno y otro orden originada por esta Sala puede ser diversa de la que establezca el Jefe del Estado a través del procedimiento de las cuestiones de competencia positivas o negativas. En el fondo ocurre que el sistema de conflictos fue pensado en una época en que la Administración activa y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa o Administración Contenciosa (Consejo de Estado, y Consejos Provinciales) formaban parte de un conjunto orgánico unitario, la Administración Pública, y al desgajarse la Jurisdicción contenciosa y convertirse en un orden judicial común, surgió de forma natural y lógica la posibilidad de otro sistema de conflicto de competencia que enfrenta ya a auténticos y verdaderos Tribunales.

De esta inicial unidad orgánica entre Administración Pública y Jurisdicción Contencioso-Administrativa deriva también la regla actual

de que la Administración no puede plantear conflictos a esta última. La regla es obvia en el Derecho francés, en donde, a nivel de Consejo de Estado, la unidad o interpenetración orgánica entre la Administración activa y contenciosa persiste. Por otra parte, como veremos, son los Consejeros de Estado los que representan los intereses de la Administración y defienden sus competencias ante el Tribunal de Conflictos. El conflicto, pues, sólo puede darse frente a los Tribunales civiles y penales.

En nuestro Derecho, por el contrario, los presupuestos son diversos. El proceso de judicialización del orden Contencioso-Administrativo y su separación radical de la Administración Pública se ha llevado hasta el final con la Ley de la Jurisdicción de 1956. Por otra parte, la Ley de Conflictos Jurisdiccionales incluye a los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo entre los órganos judiciales que pueden plantear cuestiones de competencia a la Administración (art. 8.º), lo que da a entender que es válida la hipótesis inversa. La jurisprudencia de conflictos ha aceptado por ello la posibilidad de conflicto iniciado por la Administración contra los órganos de la Jurisdicción Contenciosa (Decreto 2708/1967, de 2 de noviembre, y Decreto 299/1969, de 20 de febrero) (1).

Ahora bien, ¿cuáles son las cuestiones sobre las que la Administración y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa pueden entrar en conflicto de competencia? A nuestro juicio, la contienda puede versar sobre el alcance de los límites del enjuiciamiento contencioso de la actividad de la Administración, límites establecidos por el legislador, que ha excluido la actividad política o actos de gobierno, así como otras materias especificadas en el artículo 40 de la Ley Jurisdiccional, del enjuiciamiento por los Tribunales Contenciosos. Igualmente el conflicto podría ser elevado por la Administración si el Tribunal Contencioso acepta un recurso sobre una cuestión civil o laboral en que es parte la Administración. Ahora bien, mientras que en el primer caso el establecimiento de los límites legales de la Jurisdicción Contenciosa sólo pueden ser establecidos por la Jurisdicción de conflictos, a requerimiento de la Administración (2), en el segundo caso los límites pue-

(1) Comentados por L. MARTÍN-RETORTILLO en los núms. 55-60 de esta REVISTA.

(2) El reconocimiento de la primacía de la jurisdicción de conflictos en la delimitación de la actividad administrativa exenta de control contencioso sobre el que realizan los propios Tribunales de este orden, puede servir de compensación de la inevitable parcialidad de éstos al interpretar los límites de su propia competencia.

den definirse también dentro del sistema judicial a través de las Salas especiales de competencia del Tribunal Supremo. Es obvio, como advertimos, que pueden darse pronunciamientos contradictorios.

Por último, un tercer sistema de delimitación de competencias y funciones entre lo administrativo y lo judicial, todavía inédito, paralelo al sistema de conflictos, es el de coordinación de funciones entre los altos órganos del Estado, regulado, en desarrollo del artículo 2.º de la Ley Orgánica del Estado, por la Ley de 14 de julio de 1972. Este singular procedimiento tiene por objeto que el Jefe del Estado decida *cuantas cuestiones pueden plantearse entre los Altos Organos del Estado*, para garantizar y asegurar el regular funcionamiento de los mismos y la debida coordinación de funciones. Justamente el artículo 2.º admite la posibilidad de conflicto —«cuestión» como con notorio eufemismo lo llama esta Ley— entre el Gobierno y la Justicia representado por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo. La decisión en este procedimiento, a través del cual pueden suscitarse auténticos conflictos de competencia, corresponde también al Jefe del Estado, si bien en este caso es asesorado por la Comisión Permanente del Consejo Nacional y por el Consejo del Reino.

Ni que decir tiene que por esta vía puede crearse una doctrina contradictoria con la que desarrolle por los otros sistemas resolutorios de conflictos.

2. ORIGEN Y FUNDAMENTO DE LA REGLA DE LA INCAPACIDAD DEL PODER JUDICIAL PARA PLANTEAR EL CONFLICTO Y SU INICIAL RECEPCIÓN Y POSTERIOR ABANDONO POR EL DERECHO ESPAÑOL

Como hemos visto, en el sistema español de conflictos —y también en el procedimiento de coordinación de Altos Organos— es absolutamente normal la posibilidad de que el conflicto se inicie por los Tribunales, lo que contradice la más tradicional de las reglas del sistema de conflictos, del sistema continental o francés, centrada precisamente en la reserva de la iniciativa en favor exclusivo de la Administración.

El origen de esa incapacidad de los jueces para poner en marcha el sistema de conflictos, requiriendo de inhibición a la Administración, está localizado en el Derecho francés del Antiguo Régimen. Allí es donde nace la necesidad de un procedimiento de conflicto destinado, exclusivamente, a proteger a la Administración real contra la actua-

ción invasora de los entonces prepotentes Parlamentos Judiciales. Las técnicas empleadas no son otras que el recurso de casación contra las sentencias judiciales, casación que entonces estaba atribuida al Consejo del Rey, y la avocación ante el mismo Consejo de los asuntos en tramitación.

Tras la Revolución, abandonada la práctica de las avocaciones y atribuido el recurso de casación al poder judicial, la Administración se encontraba absolutamente inerte ante los Jueces y Tribunales. Se trataba, pues, únicamente, de proteger al Gobierno frente a los jueces que, por pertenecer a cuerpos inamovibles, se consideraban irresponsables; nada se temía, por el contrario, de la Administración y de los ministros a su cargo, ya que cualquier exceso en el ejercicio de su competencia encontraría, se supone, la adecuada sanción por los mecanismos de la responsabilidad Parlamentaria (CORMENIN). La Asamblea Constituyente se apercibió muy pronto de que si no se ponía remedio, el mismo poder legislativo sería invadido por el judicial. Se impuso así la regla de que *la elevación del conflicto es unilateral*, debiendo puntualizarse, además, que la protección se orientó a impedir que la Administración fuese indebidamente juzgada por los Tribunales ordinarios, civiles y penales, más que a proteger contra éstos a la Jurisdicción contencioso-administrativa, lo que explica la atribución al Prefecto de la competencia para la elevación del conflicto.

Por influencia directa del Derecho francés, se incorpora al nuestro un sistema de conflicto de este tenor, entendido únicamente como defensa de la Administración frente al poder judicial, en la primera regulación moderna, del Decreto de 4 de junio de 1846, que es, prácticamente, una copia de la ordenanza francesa de 1 de junio de 1828. COLMEIRO justificará la regla de la incapacidad del juez para plantear el conflicto, en la circunstancia de que la «autoridad judicial no es activa por su naturaleza, y porque si se concediese a los jueces y tribunales ordinarios la facultad de promover competencias de jurisdicción y atribuciones a la Administración, estaría en sus manos entorpecer y paralizar la acción de ésta en los negocios cuyo conocimiento les compete». Nada se dice, sin embargo, de la irresponsabilidad, a este efecto, de los jueces, quizás porque todavía a mediados del siglo pasado, cuando escribe, los jueces no habían consolidado su inamovilidad (3).

(3) SAINZ MORENO: *La inamovilidad del poder judicial*, en «Revista de Derecho Administrativo».

3. DEL RECURSO POR EXCESO DE PODER A LA IGUALDAD DE INICIATIVA

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. Más bien, lo que se da es una proliferación de Fueros y Jurisdicciones ordinarias y especiales de tal naturaleza que en la contienda de competencias es habitual entre ellas sin que se haga cuestión de los conflictos entre la Administración real y aquéllos (4). Lo judicial y lo administrativo no están domiciliados en organizaciones diversas, sino que conviven en el interior de los Consejos, Audiencias y Juntas y los conflictos se dan en función de las competencias materiales y de la condición o fuero de las personas implicadas. En la Constitución de Bayona el planteamiento es ya muy distinto al atribuir al Consejo de Estado y al Rey el reconocimiento de las competencias de jurisdicción entre los Cuerpos Administrativos y Judiciales (art. 58), sin más precisiones. La de Cádiz ni siquiera se hace cuestión de los posibles conflictos entre éstos al regular las potestades regias o las competencias del Consejo de Estado. Los únicos conflictos que contempla son los que se producen en el seno de la organización judicial común, cuya resolución se encarga al Tribunal Supremo, superior de todos los jueces (art. 261), creyendo haber acabado para siempre con las nefastas cuestiones de competencia por la simple abolición de los fueros privilegiados, según se desprende del discurso preliminar. Los gaditanos piensan el Estado más desde la perspectiva del Juzgado que desde la del Ministerio.

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

(4) Dou y Bassol: *Instituciones de Derecho público general de España*, Madrid, 1800, tomo II.

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 *al 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. Llenó aquella omisión de procedimiento la Ley Orgánica del Poder Judicial destinando los artículos 260 a 297 a reglamentar qué autoridades y a instancia de quiénes podrían promover los recursos de queja contra los excesos de poder de la autoridad administrativa y la tramitación a que debían ajustarse los expedientes. Después, completaron la regulación los artículos 118 y siguientes hasta el 124 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Según dichos preceptos el recurso podía promoverse: 1.º A instancia de parte agraviada; 2.º En virtud de excitación del Ministerio Fiscal, y 3.º De oficio.

Solamente las Audiencias y el Tribunal Supremo podían recurrir en queja al Gobierno contra las invasiones de la Administración en las atribuciones judiciales debiendo los Tribunales inferiores poner en conocimiento de aquéllos las infracciones de que fueran objeto en su Jurisdicción. La Ley no determinaba la tramitación que debía darse a estos expedientes y por ello, según MANRESA, «el juez que los instruya se valdrá en cada caso de los medios más adecuados para hacer constar el abuso, admitiendo los documentos e informaciones pertinentes que presente la parte actora. Uno de esos medios podrá ser, en caso necesario, el de dirigir atenta comunicación a la autoridad o agente administrativo para que manifieste si ha dictado la resolución o ejecutado el hecho que constituye el abuso de poder; pero sin requerirle de inhibición porque lo prohíbe el artículo 118» (5).

Lo singular de este procedimiento—aparte de la prohibición de requerimiento de inhibición, cuya finalidad era impedir la paralización de la acción administrativa—radica en que la resolución del recurso se atribuye al Gobierno, y no al Jefe del Estado, asesorado por el Con-

(5) MANRESA: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, p. 400.

sejo de Estado en Pleno y previa audiencia del órgano administrativo presuntamente invasor de las competencias judiciales.

Ambas prerrogativas de la Administración—decisión por sí misma del recurso de exceso de poder e inmunidad frente a la paralización de la actividad administrativa—concluyen cuando la Ley de 17 de julio de 1948 integra el recurso por exceso de poder en el procedimiento de conflictos derogando las correspondientes normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y aceptando que los Tribunales puedan requerir de inhibición a la Administración con efecto suspensivo de la actuación de ésta (art. 21). Precisamente una de las finalidades de la reforma fue la de terminar con esa especie de *capitis diminutio* del poder judicial, según confiesa la Exposición de Motivos de la Ley, en la que se protesta contra «el injustificado recelo hacia los órganos de la jurisdicción judicial que 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 estimaren que alguna autoridad administrativa había invadido sus atribuciones».

4. LA INFERIORIDAD DE LOS TRIBUNALES EN LA FASE RESOLUTORIA DEL CONFLICTO. SISTEMAS DE RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS

Si en lo que toca al reconocimiento al poder judicial de la facultad de requerir de inhibición a la Administración, nuestro Derecho ha ido bastante más lejos que su permanente fuente de inspiración, el Derecho francés, no cabe duda de que se ha quedado corto en garantías respecto a aquél en lo que atañe a la fase resolutoria del conflicto.

En efecto, aun admitiendo que el Jefe del Estado ejerce un poder arbitral entre los poderes ejecutivo y judicial (lo que es ya mucho admitir en nuestro Derecho, en el que sus funciones en y sobre la Administración son más directas y reales que las que tiene atribuidas en la Administración de justicia, protegida por el principio de la independencia judicial), es obvio que la presunta imparcialidad del Jefe del Estado se encuentra mediatizada por la fase asesora previa de signo inequívocamente administrativo, a cargo de los ministros, el Gobierno y el Consejo de Estado.

Esta solución responde al modelo francés napoleónico que se supera en Francia, en 1872, con la creación de un Tribunal de Conflictos,

que es la más alta autoridad jurisdiccional del país vecino, aunque sus miembros no tienen como ocupación única las tareas del Tribunal, cuantitativamente escasas. Su composición responde a la idea de una comisión paritaria: tres consejeros de la Corte de Casación y otros tres del Consejo de Estado elegidos por sus respectivas corporaciones por un plazo de tres años; estos seis miembros eligen a su vez a otros dos miembros, elección que suele recaer en un cuarto Consejero de la Corte de Casación y otro del Consejo de Estado. La Presidencia, para los casos de empate de votos, se atribuyó, con un criterio ciertamente arbitrario, al ministro de Justicia; en fin, ante el Tribunal funciona el Ministerio Fiscal, formado por dos *maitres de requêtes* del Consejo de Estado y dos fiscales generales de la Corte de Casación.

Durante su primera época de funcionamiento (1872-1920) parece ser que el Tribunal de Conflictos orientó su actuación a garantizar la aplicación estricta del principio de separación de autoridades, defensor de la Administración, como sabemos, sin admitir más excepciones que las derivadas de leyes expresas derogatorias y, aun así, interpretándolas restrictivamente. A partir de 1920 abandona, en cierto modo, este principio de defensa de la competencia jugando el papel de definidor y creador de las mismas, consecuencia al parecer de una ofensiva de los miembros judiciales, no contrarrestada eficazmente por los consejeros de Estado, fruto de la cual son los *arrets* (BAC D'ECCA, 1921; MELINETTE, 1933; NOLIATI, 1953), declarando la incompetencia de la Jurisdicción civil sobre el contencioso de los servicios públicos industriales y comerciales y el régimen jurídico que les resulta aplicable, y que amenaza con llevar por igual camino a los servicios sociales. Para un sector doctrinal todo esto se corresponde con la existencia de una cierta doctrina de Derecho público, que desconocedora de las razones de ser de la especificidad del Derecho administrativo y sin fe en él, estaba dispuesta a todos los abandonos e, incluso, los apoyaba (8).

La solución rigurosamente administrativa de nuestro sistema—que coincide por cierto con la que propugna el sector doctrinal francés recién aludido—contrasta aún más con la vigente en el Derecho italiano, que atribuye la resolución de los conflictos de competencia entre la Administración y los Tribunales a la Corte de Casación, en armonía con el principio de unidad judicial, es decir, de atribución

(8) BENOIT: *Le Droit administratif français*, París, Dalloz, 1968, p. 322.

de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a los Tribunales civiles que operó la Ley de 20 de marzo de 1865, la cual justamente en este punto atribuyó la jurisdicción de conflictos al Consejo de Estado, siendo corregida por la Ley de 31 de marzo de 1877.

5. CLASES Y OBJETO DE LAS CUESTIONES DE COMPETENCIA, INEXISTENCIA DE CONFLICTOS DE DECISIÓN Y DE PROCEDIMIENTOS DE PREVENCIÓN DE LOS CONFLICTOS

Sin definir las, la Ley de Conflictos distingue las cuestiones de competencia positivas y negativas: las primeras se producen cuando la Administración y un órgano del poder judicial pretenden conocer de un mismo asunto; las segundas cuando ambas declaran su incompetencia.

Por otra parte, la cuestión de competencia sólo puede tener por objeto las contiendas sobre competencias en ejercicio, no sobre las ya ejercidas o las eventualmente a ejercer sobre asuntos aún no planteados. De aquí la exclusión del planteamiento frente a asuntos pendientes de casación o revisión, de los fenecidos por sentencia firme, acto administrativo firme o pendiente de recurso de revisión u otro extraordinario (arts. 13 y 14).

Esta limitación se explica por la circunstancia de que el Derecho francés, que influye en nuestra legislación de conflictos, es el vigente en 1846, fecha en que se copia la ordenanza francesa de 1 de junio de 1824. No se importaron, pues, las regulaciones complementarias posteriores, y por ello nuestro Derecho desconoce los conflictos de decisión sobre asuntos ya terminados (regulado por una Ley de 20 de abril de 1932) y los procedimientos de reenvío (Decretos de 26 de octubre de 1849 y 25 de octubre de 1960).

En el Derecho francés el conflicto de decisiones se da (juntamente por supuesto con la posibilidad para el particular interesado de remitir la cuestión de fondo al Tribunal de Conflictos) siempre que dos decisiones jurisdiccionales definitivas, una de la jurisdicción administrativa y otra de la judicial ordinaria, relativas a un mismo objeto, presentan una contradicción de tal naturaleza que equivalga a una denegación de justicia. A su vez, para evitar conflictos futuros se idearon y regularon los procedimientos de reenvío: el reenvío obligatorio, que pretende evitar un eventual conflicto negativo, tiene

lugar cuando, tras una primera declaración de incompetencia de un Tribunal (administrativo o judicial), un segundo Tribunal pretende dictar una nueva decisión de incompetencia. Esta debe evitarse y con ello el conflicto negativo, remitiendo las actuaciones al Tribunal de Conflictos. El reenvío facultativo se establece en favor del Consejo de Estado y del Tribunal de Casación, que pueden remitir en consulta al Tribunal de Conflictos cualquier asunto en que se suscite un problema de competencia.

6. CONSTITUCIONALIDAD DE LA ATRIBUCIÓN AL REY DE LA COMPETENCIA RESOLUTORIA DE LOS CONFLICTOS

Dejando para otro momento la reflexión sobre la conveniencia de ampliar nuestro sistema con mecanismos de prevención de conflictos y de extenderlo a los conflictos entre decisiones, y pasando también por alto la crítica negativa que reúne un procedimiento de tanta complejidad y lentitud, vamos a fijarnos en la fase decisoria, por ser ésta la que en principio pudiera suscitar problemas de contradicción con la nueva estructura democrática-parlamentaria del Estado español. El problema puede plantearse de la siguiente manera: ¿La atribución al Jefe del Estado de la decisión de los conflictos sobre coordinación entre altos órganos por la Ley de 14 de julio de 1972, y de las cuestiones de competencia entre la Administración y los Tribunales por la Ley de 1948, será constitucionalmente válida? ¿Qué títulos pueden habilitar al Rey para seguir ejerciendo esa función, a tenor de lo ya consignado en el Proyecto de Constitución?

Desde luego parece evidente que la Ley de 1972 misma habrá que entenderla derogada con la entrada en vigor de la nueva Constitución, si ésta, siguiendo el diseño del proyecto, afirma el principio de separación de poderes y de prevalencia del Parlamento sobre el ejecutivo y el poder judicial, lo que es incompatible con un procedimiento que parte del supuesto enfrentamiento entre cualesquiera de ellos. Aparte, claro está, se producirá una inadecuación total del procedimiento a la nueva situación, ya que la fase asesora de la resolución del conflicto se atribuye a órganos en trance de desaparición definitiva, como son la Comisión Permanente del Consejo Nacional y el Consejo del Reino.

En cuanto al sistema de la Ley de Conflictos de 1948, al no prever el conflicto entre el Parlamento y los otros poderes, y al atribuir al

Consejo de Estado la función asesora, las contradicciones que acabamos de exponer no le afectan. Pero puede, sin embargo, invalidar el sistema la posible falta de atribución constitucional al Rey del poder decisorio, y puede asimismo afectarle la atribución exclusiva de la fase de asesoramiento a puros órganos ejecutivos, como son el Gobierno y el Consejo de Estado (arts. 95 y 106). En favor de la tesis negativa sobre la primera cuestión podría argüirse que la resolución de competencias no está consignada entre las que corresponden al Rey, según la enumeración taxativa que se hace en el artículo 54 del Proyecto de Constitución (nombrar y separar al presidente del Gobierno y ministros; convocar y disolver las Cortes; convocar elecciones; sancionar y promulgar las Leyes; expedir Decretos acordados en Consejo de Ministros; conferir empleos civiles y militares, honores y distinciones; ejercer el derecho de gracia con arreglo a la Ley; presidir el Consejo de Ministros cuando sea necesario). En favor de la tesis afirmativa sobre el poder real decisorio de los conflictos entre la Administración y los Tribunales podría exhibirse el artículo 48, según el cual el Rey además de «arbitrar y moderar el funcionamiento regular de las instituciones» ... ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las Leyes. Admitir este punto de vista comporta desde luego aceptar que la moderación y arbitraje puede desarrollarse no solamente a través de un *indirizzo* político informal, sino también, y además, a través de procedimientos formalizados, y que por Leyes ordinarias pueden aumentarse las funciones y competencias reales. Lo uno y lo otro puede resultar excesivo y hacer inútil la enumeración taxativa de competencias regias del artículo 54 del Proyecto.

No es, sin embargo, mi intención resolver este conflicto sobre el sistema de conflictos, sino más modestamente desvelar sus contradicciones. También parece de interés señalar que ha desaparecido el título específico que en las anteriores Constituciones monárquicas hacía del Rey el órgano decisorio indiscutible de la resolución de conflictos entre la Administración y los Tribunales. Este título no era otro, a mi juicio, que el del poder jerárquico que, a la vez, ostentaba el Rey sobre la Administración y la Justicia, contempladas no como poderes independientes y autónomos, sino como ramas u órdenes diversificados de un mismo poder, el poder ejecutivo. Este comprendía en su seno tanto la aplicación voluntaria cuanto la contenciosa de las Leyes, y justamente bajo la superior dirección del Rey. Constitucionalmente

esta formulación es paladina en la Constitución de Cádiz de 1812, en donde se le atribuye *en exclusiva* la potestad de hacer ejecutar las Leyes (art. 170). Consecuentemente al Rey se atribuye la potestad reglamentaria y el mando de la Administración Pública y de la Justicia, a la que se adjetiva por cierto con el término Administración (título V), y para ello se le confiere la prerrogativa del nombramiento y separación de los ministros o secretarios de Estado y de los magistrados de todos los Tribunales civiles y criminales, a propuesta del Consejo de Estado. Además se le asigna específicamente la prerrogativa de cuidar de que en todo el Reino se «administre pronta y cumplidamente la justicia» (art. 171), que se administra en su nombre, el cual encabeza las ejecutorias y provisiones de los Tribunales superiores (artículo 257). Con este arsenal de poderes ninguna duda ofrecía la constitucionalidad de una Ley o de un precepto reglamentario que le atribuyera resolver los conflictos entre esas dos administraciones que le estaban, casi por igual, sometidas. La jerarquía sobre una y otra resolvía inequívocamente la cuestión.

Esta concepción del poder ejecutivo con dos ramas luce también en los artículos 43, 45, 69 (deposición de jueces por orden del Rey) y 71 de la Constitución de 1845, que es la vigente cuando se aprueba el primer Decreto sobre el sistema moderno de conflictos. Y también está presente a través de los artículos 50 (potestad regia de hacer ejecutar las Leyes), 54 (cuidar de la justicia y cumplida Administración de Justicia), 74 (Administración de Justicia ejercida en nombre del Rey) de la Constitución de 1876, que era la vigente cuando se aprobó la regulación de los conflictos de más larga vida, la aprobada por Real Decreto de 8 de septiembre de 1887.

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 1889, 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 directamen-

te 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. Sorprende también que esa función no se hubiera atribuido al Tribunal de Garantías Constitucionales, ni que siquiera se hubiese considerado problema o materia constitucional, cuando otros conflictos como las regiones entre sí o la de éstas con el Tribunal de Cuentas, tuvieron entrada en la justicia constitucional, a pesar de su menor entidad política y jurídica. Pues bien, al igual que en esta última Constitución, el Proyecto constitucional en curso ni atribuye expresamente la facultad decisoria al Rey ni considera a la Justicia como una rama del poder ejecutivo. Tampoco incluye esta materia entre las competencias del Tribunal Constitucional. Se continúa, pues, la tradición de no mencionar la jurisdicción de conflictos, quizá y paradójicamente por no haber sido nunca cuestión conflictiva; quizá también porque es materia desconocida y confusa para nuestros constitucionalistas.

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

Más difícil será justificar en adelante la neta superioridad del poder judicial en la fase de asesoramiento previo a la resolución por el Rey de los conflictos. Sobre todo entrará en cuestión inevitablemente el peso que en la misma se otorga al Consejo de Estado, cuya estructura está muy condicionada por los postulados políticos del régimen anterior. La solución, si se quiere que sea respetuosa con la proyectada Constitución, no puede venir por la vía de introducir en el Consejo a representantes del poder judicial, trasvase incompatible con una organización pretenciosamente corporativa e independiente de la Justicia. Más bien parece que la solución ha de encontrarse por el camino de otorgar al órgano máximo del Poder Judicial, es decir,

al Tribunal Supremo, una función consultiva de igual naturaleza que a otorgada al Consejo de Estado.

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.

100

100

100