# CRONICA SOBRE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCION

Por
JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO

*SUMARIO:* 1. *Introducción.*—2. *Algunas advertencias del Tribunal en lo que se refiere a aspectos procesales y a su propia posición.*—3. *El criterio del reparto jurisdiccional cuando actúa la Jurisdicción Penal.*—4. *Los conflictos entre la Administración Penitenciaria y los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.*—5. *Los conflictos suscitados con ocasión de la ejecución de Sentencias.*—6. *Los conflictos suscitados en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.*—7. *El criterio para determinar la competencia cuando el origen del conflicto se suscita con motivo de embargos o situaciones concursales.*—8. *La cuestión de los interdictos frente a la Administración.*

## 1. INTRODUCCIÓN

A) Vengo notando desde hace ya tiempo que en las Revistas especializadas se ha dejado de prestar atención a la jurisprudencia de conflictos jurisdiccionales, en forma sorprendente, pues posee un gran interés, tanto por los supuestos suscitados como por las propias decisiones que incorpora. De su análisis nos hemos beneficiado por medio de las noticias y destacados comentarios que, periódica y sistemáticamente, brindaron los profesores Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO y Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO en las páginas de esta REVISTA (1). Desde su constitución, el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción viene produciendo diferentes resoluciones, de las que, en mi criterio, resulta interesante dar cuenta.

B) Es conocido cómo la Ley Orgánica del Poder Judicial introdujo una relevante modificación en el régimen de resolución de estos conflictos. Frente a las reglas orgánicas que lucían en la Ley de 17 de julio de 1948, su

(1) El profesor GONZÁLEZ PÉREZ comentó esta jurisprudencia desde el primer número de esta REVISTA hasta el número 30; a partir del número 31 se hizo cargo de la sección el profesor S. MARTÍN-RETORTILLO; y a partir del número 45, el profesor L. MARTÍN-RETORTILLO, hasta el número 98. Algunos de los comentarios de L. MARTÍN-RETORTILLO se recogen en el volumen *Selección de comentarios sobre la jurisprudencia de «Conflictos Jurisdiccionales»* (IEA, Madrid, 1976); existe una recopilación elaborada por J. DOMPER FERRANDO, *Repertorio de la Jurisprudencia de Conflictos de Jurisdicción (1948-1975)* (INAP, Madrid, 1978). Más recientemente se vienen publicando las Sentencias del TCJ por el Consejo General del Poder Judicial, *Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Tribunal de Conflictos de Jurisdicción y Salas Especiales del Tribunal Supremo* (años 1989, 1990 y 1991-1992, editados por el BOE).

artículo 38.1 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 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).

Efectuada esta acomodación organizativa a las exigencias constitucionales (el Legislador explicitó que la Ley de 17 de julio de 1948, «inspirada en el principio de concentración de poder propio de un régimen autoritario», resultaba incompatible con la Constitución), restaba modificar la ordenación procedimental, acomodando la legitimación para suscitar los conflictos al nuevo orden constitucional, y simplificando el procedimiento exigible. A tal efecto, conforme a las previsiones del artículo 41 LOPJ, se promulgó la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales, actualmente vigente, que bautiza al «órgano colegiado», al que aludía la LOPJ, como Tribunal de Conflictos de Jurisdicción.

Con base en esta nueva ordenación aquel Tribunal comenzó su andadura, produciendo ya decenas de Sentencias, de las que, sin ánimo exhaustivo, conviene ocuparse para destacar los criterios más relevantes de su jurisprudencia.

## 2. Algunas advertencias del Tribunal en lo que se refiere a aspectos procesales y a su propia posición

A) El Tribunal se ha preocupado, en diversas ocasiones, de precisar algunos extremos de interés respecto al ámbito de sus decisiones o a aspectos de los procesos que ante él se siguen.

Así, ha recordado que «el objeto de la pretensión en el conflicto positivo es la *vindicatio* de la competencia que se ejerce por la Autoridad —en este caso, el Tribunal de Justicia—; afirmando una competencia propia, el requirente —Administración Tributaria— pretende que aquél decline el conocimiento del asunto» (S. de 20 de diciembre de 1991 —R. Ar. 7070/93—).

La referencia, aunque suficientemente clara, no es irrelevante, y permite todavía, en alguna ocasión, declarar mal planteado un conflicto. Es el

(2) Un acertado planteamiento sobre los efectos de la Constitución sobre la Ley de Conflictos Jurisdiccionales puede verse en L. Martín-Retortillo, *Preliminares: la Ley de Conflictos Jurisdiccionales tras la entrada en vigor de la Constitución* (núm. 98 de esta Revista, mayo-agosto 1982, págs. 221 y ss.), y con anterioridad en *En torno al sistema español de conflictos jurisdiccionales* («REDA», núm. 9, abril-junio 1976, págs. 213 y ss.); y en J. R. Parada Vázquez, *Los conflictos entre la Administración y los Tribunales en la nueva Constitución* (núm. 84 de esta Revista, septiembre-diciembre 1977, págs. 553 y ss.). También se han ocupado de ello L. Parejo Alfonso, en el «Estudio preliminar» al volumen de J. R. Parada, *La Administración y los Jueces* (Caracas, 1988; en especial, págs. 82 y ss.), y B. Lozano, *Los conflictos entre la Administración y los Tribunales: Perspectiva histórica y nueva configuración* (núm. 118 de esta Revista, enero-abril 1989, págs. 175 y ss.).

caso de la Sentencia de 7 de julio de 1989 —*Ayuntamiento de Fuengirola*—, cuyo primer Fundamento de Derecho se dedica a recordar las diferencias entre los conflictos positivos y los negativos, que atienden en la LO 2/87 «a la respectiva posición que adopten los contendientes»; «positivos, si dos (o más) órganos pretenden simultáneamente conocer de un mismo asunto; negativos, si, por el contrario, dos órganos determinados entienden que no les compete el conocimiento del negocio por estar atribuido al otro órgano. Este esquema —tradicional por lo demás— está nítidamente trazado en la LCJ, siendo de anotar, al respecto, lo que dicen los artículos 5 y 13. A tenor del artículo 5, la promoción del conflicto se articula en defensa de la esfera de competencia del órgano promoviente, eventualmente invadida o desconocida por el otro órgano. Mediante el artículo 13, se establece el sistema de conflictos negativos, de modo que 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 competente, podrá instar un conflicto negativo de jurisdicción».

El recordatorio así formulado se aplicará para declarar mal planteado el conflicto, por haberse seguido al amparo del artículo 5 —como conflicto positivo—, cuando debió seguirse como negativo. Los hechos, ciertamente peculiares, son los siguientes: «el origen de la cuestión está en el modo de entender —el Juez y la Autoridad Municipal— la regla del Reglamento General de Recaudación (art. 144) a cuyo tenor en la enajenación de bienes inmuebles embargados en procedimiento administrativo de apremio (recaudación en vía de apremio) se establecía que la subasta se efectuaría en la sede del Juzgado y bajo la presidencia del Juez correspondiente. El Juez de Fuengirola ha entendido que tal previsión reglamentaria ha quedado abrogada por la Constitución (art. 117, 3, 4) y consecuentemente, como resulta también del artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tal atribución de función —contenida en un Reglamento— carece de virtualidad. La Autoridad Municipal discrepa del Juez de Fuengirola y, por otra parte, considera que sus intereses quedarían lesionados al no poder acudir —por razón de la naturaleza de los tributos a los que, en el caso, se contrae el apremio— al régimen instaurado por el Real Decreto 1327/1986, de 13 de junio, respecto a la recaudación de tributos estatales y a los locales gestionados por el Estado, que como es sabido, ha atribuido a la Delegación de Hacienda las funciones que el Reglamento General de Recaudación encomendaba a los jueces, secretarios y agentes judiciales. Por vía consultiva —no por resolución— la Dirección General de Recaudación ha informado al Ayuntamiento que tratándose de tributos locales gestionados por las Entidades Locales se entiende que son aplicables las normas vigentes con anterioridad, sin parecer procedente que las mesas de subastas en los procedimientos exclusivamente locales sean formadas por funcionarios de la delegación de Hacienda estatal, lo que podría ir en contra del principio de autonomía municipal, por lo que se estima que debe continuar la intervención judicial en los procedimientos citados».

Esto es: el Juez «rechaza... la competencia para la cooperación, inter-

vención o auxilio judicial en el procedimiento municipal de apremio»; y la Administración estatal y municipal estiman que el régimen aplicable es el judicial. Por ello, el Tribunal, tras afirmar que no se trata de un conflicto positivo (porque no existe vindicación competencial: el Juez niega su competencia, y el Ayuntamiento, sin reclamar la competencia para sí, reclama que compete a la Autoridad Judicial), concluye señalando que «la cuestión presenta así rasgos de tal vez un atípico conflicto, si se entendiera que la posición municipal se centra en que una u otra Autoridad (la judicial o la estatal) asuma una competencia que haga efectivo el objeto inherente a la vía de apremio fiscal». Pero, en tal caso, sería preciso que se hubiese trabado un conflicto negativo, que reclamaría, «además de la resolución judicial de declaración de incompetencia, comunicación de ésta, con testimonio fehaciente, a la otra Autoridad, y si ésta se declara incompetente, la formalización del conflicto». Por ello, declara mal formado el conflicto.

B) En la Sentencia de 4 de noviembre de 1992 —*Hospital de Nuestra Señora de la Montaña*—, el Tribunal señaló que no le corresponde ni efectuar un juicio revisor sobre las actuaciones habidas y decisiones adoptadas ni «dirimir controversias en abstracto —ni aun cuando la abstracción sea relativa y congruente con las características del caso concreto en el que el conflicto se hubiese manifestado—. Al Tribunal sólo se le pueden someter conflictos acerca de a quién corresponde conocer sobre asuntos individualizados, como resulta, entre otros, del artículo 5 de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo».

En un sentido semejante se pronuncia en la Sentencia de 13 de julio de 1988 —en el mismo sentido, la de 23 de noviembre de 1987—; al Tribunal «corresponde dilucidar la discrepancia que pueda existir, *ratione competentiae,* entre órganos judiciales y administrativos: no, desde luego, revisar las resoluciones adoptadas, formulando juicio acerca de su legalidad o fijando su alcance y sus límites. Y ello es así, so pena de desnaturalizar la función de este Tribunal, aun cuando de modo más o menos sutil y forzado quepa trasladar al orden de las respectivas competencias la controversia que, respecto de lo acordado por cada uno en ejercicio de la suya propia, pueda manifestarse entre los órganos judiciales y la Administración». Por ello, concluyó que «resulta palmario que, como ya señaló este Tribunal en Sentencias de 5 de diciembre de 1986 y 23 de noviembre de 1987, resolviendo casos similares, no cabe suscitar ante este Tribunal problemas definitorios de situaciones jurídicas, como previene el artículo 17 de la Ley Orgánica 2/1987».

C) En mi criterio, esta interpretación resulta plenamente correcta en nuestro ordenamiento constitucional, y su verificación en cada caso debe efectuarse con rigor; va en juego no sólo la propia posición del Tribunal, sino el respeto a otras reglas constitucionales básicas; destacadamente, las que disciplinan la posición de los Jueces y Tribunales, que no deben ser sustituidas o enmendadas por órganos diferentes.

Al TCJ no le compete, por tanto, resolver concretos conflictos jurídicos,

sino pronunciarse sobre la jurisdicción controvertida; no formula declaraciones de carácter general o interpretaciones abstractas del Derecho, como tampoco se pronuncia sobre situaciones jurídicas concretas. Con estas referencias, tan sencillas de enunciar como complejas de verificar, debe delimitarse la posición del Tribunal; en algunos supuestos —tal vez la mayoría— su cumplimiento no presenta, en general, graves problemas. Pero no siempre sucede así: me parece ilustrativo el supuesto de los interdictos formulados frente a la Administración, en los que el Tribunal, al resolver sobre la jurisdicción, puede sortear estos límites, en la medida en que su decisión requiere formular un planteamiento, siquiera preventivo, sobre la existencia de vía de hecho, con lo que se produce un acercamiento más concreto al supuesto de hecho.

La regla, en todo caso, ilustra el artículo 17.1 de la LO 2/87: «la sentencia declarará a quién corresponde la jurisdicción controvertida, no pudiendo extenderse a cuestiones ajenas al conflicto jurisdiccional planteado». En coherencia con ello, y además de lo indicado, el Tribunal declara que sólo corresponde a la Jurisdicción enjuiciar si se cumplen o no —y si son o no subsanables los eventuales defectos— los requisitos de acceso al recurso contencioso-administrativo (en particular, el agotamiento de la vía administrativa previa), sin que la Administración pueda suscitar por tal motivo conflicto alguno de jurisdicción (STJC de 20 de diciembre de 1991 —*Delegación de Hacienda de Sevilla*—), pues tales extremos, ajenos a la *vindicatio* de la competencia, corresponden exclusivamente a los órganos del Poder Judicial.

D) En esta misma línea, el Tribunal ha insistido en que su competencia de resolución de los conflictos sirve para reivindicar la propia competencia; no, por lo tanto, «para obtener de este Tribunal un pronunciamiento que, en términos de cierta abstracción, dilucide controversias no ceñidas, con estricto rigor, a la atribución de la competencia específicamente reclamada». Por ello, en la Sentencia de 21 de marzo de 1994 —*Telefónica*— señaló que «en cuanto el planteamiento del problema se oriente, más bien, a dilucidar si es competente el orden jurisdiccional civil o el contencioso-administrativo, habrá que estar a las previsiones de los artículos 42 y ss. LOPJ, y no a la de su artículo 38 ni, por ende, a las funciones resolutorias de este Tribunal de Conflictos de Jurisdicción»; por lo tanto, la Administración «puede requerir de inhibición en defensa estricta de su propia competencia; no, desde luego, de la que es propia del Orden Jurisdiccional contencioso-administrativo. Y, aunque desde aquella defensa puedan extraerse argumentos coherentes para ésta, no hay una correlación inexorable entre competencias administrativas y jurisdicción contencioso-administrativa, ni es, por lo mismo, inexorable la exclusión de la jurisdicción civil cuando o porque aquellas competencias existan». En el mismo sentido se pronuncia en la Sentencia de 21 de marzo de 1994 y en la de 20 de junio de 1994 —*obra pública en Sevilla*— (donde señala que «los órganos administrativos sólo pueden requerir de inhibición a los Juzgados y

Tribunales para recabar el conocimiento y resolución de asuntos que estén bajo la competencia del requirente», pero no pueden esperar que dé respuesta a un problema intrajurisdiccional, cual es el de dilucidar competencias entre el orden jurisdiccional civil y el contencioso-administrativo; igualmente, la Sentencia de 21 de marzo de 1994 —*Beuk Transport*—). Ha añadido que debe tenerse en cuenta el comportamiento previo de las partes: si el actor reclamó o no inicialmente de la Administración, y si ésta resolvió o no expresamente (cfr. STCJ de 21 de marzo de 1994). A ello alude la citada Sentencia de 20 de junio de 1994 —*obra pública en Sevilla*—, al señalar que «tiene inicial relevancia el dato de si el demandante ante la Jurisdicción Civil ha reclamado o no ante la Administración demandada. En algunas de las sentencias citadas y en congruencia con el contenido del precedente fundamento de derecho, este Tribunal razonó que, si la Administración requirente ya había resuelto una reclamación del interesado o, habiendo recibido tal reclamación, no dictó resolución en tiempo y forma, no podría reivindicar el ejercicio de una competencia ya ejercitada o cuyo ejercicio dependía sólo de ella (en cumplimiento, por lo demás, de una obligación legal)». Con ello, el Tribunal introduce una novedosa excepción al régimen común de los actos presuntos, en la medida en que interpreta la inactividad formal de la Administración como el reconocimiento de la falta de competencia para resolver la petición formulada. Sucede, no obstante, que en la regulación del silencio administrativo (acto presunto, en la Ley 30/92) no se contempla un fenómeno como éste, ya que se parte, como es conocido, del principio de irrenunciabilidad de la competencia, de tal forma que ni siquiera mediante declaraciones expresas sería admisible el efecto de abdicar del ejercicio de una competencia legalmente atribuida, dada su indisponibilidad. Tal vez el posicionamiento del Tribunal en este punto responde a otra regla, de imprescindible valoración: la del comportamiento previo de las partes involucradas en el asunto del que deriva el conflicto, que es un criterio valorado de ordinario en nuestro Derecho (baste, para ilustrar lo que quiere indicarse, con recordar la jurisprudencia del TS que impide a la Administración demandada excepcionar falta de legitimación al actor cuando, expresa o implícitamente, la reconoció en vía administrativa previa); pero ello, en mi criterio, es algo distinto a lo que deriva, en general, de la doctrina aludida.

E) En fin, en el Auto de 4 de marzo de 1991 el Tribunal declara la posibilidad de que termine el proceso mediante desistimiento de la autoridad requirente. En efecto, señaló que «cuando la autoridad requirente —en el caso considerado la administrativa— en el tiempo anterior a residenciar el conflicto ante este Tribunal, reitera la *vindicatio* competencial, nada correspondería oponer desde esta instancia, puesto que, en realidad, no se había producido todavía la llamada a la instancia jurisdiccionalmente decisora del conflicto. Cuando la aplicación se produce, sometida la cuestión a este Tribunal, partiendo del carácter indisponible de las competencias públicas, podría decirse que la decisión requiere una dimensión que tras-

ciende del dato formal de constatar la voluntad del requirente —y aun del mutuo acuerdo de las partes en conflicto— que exima a este Tribunal de valorar, proceda de una u otra autoridad, la administrativa o la judicial, si realmente se ha producido abdicación competencial que es ineludible ejercer, según los principios propios del sistema y que se proyectan sobre las exigencias institucionales de la función administrativa y el ejercicio de la potestad jurisdiccional, con efectos para las garantías mismas de las partes en el proceso judicial o en el procedimiento administrativo. Quiere decirse con ello, que este Tribunal, juez de conflictos, cuando se formulan ante él peticiones de significado abdicativo, o de desistimiento, debe verificar si tales actos están impedidos por las exigencias a las que acaba de aludirse». El criterio así formulado es, en mi opinión, irreprochable técnicamente. Si en la formación del conflicto es posible que una de las dos autoridades acepte el requerimiento, reconociendo que no le corresponde la competencia controvertida, también será posible alcanzar el mismo resultado mediante desistimiento en el conflicto. Aunque en tal supuesto obligado es reconocer la existencia de alguna limitación, que compete verificar al TCJ; aunque la LO 2/87 no lo contempla de forma expresa, no parece complejo convenir en la aplicabilidad de las reglas contenidas al respecto en otros ámbitos, y en particular en la jurisdicción constitucional (3).

## 3. EL CRITERIO DEL REPARTO JURISDICCIONAL CUANDO ACTÚA LA JURISDICCIÓN PENAL

A) La Ley Orgánica 2/87 contempla la posible existencia de conflictos entre Juzgados y Tribunales (sin distinción de orden jurisdiccional al que pertenezcan) y las Administraciones Públicas; es por ello posible que se susciten tales conflictos con órganos de la Jurisdicción Penal. En la Ley Orgánica se establece, no obstante, una previsión singular al respecto: su artículo 6 dispone que «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».

Este tipo de supuestos resulta, en mi criterio, especialmente importante en la actualidad, cuando se asiste a un intento no declarado de emplear, sistemáticamente, remedios penales para asuntos que deben resolverse conforme a las elaboradas técnicas jurídico-administrativas. Convendrá,

(3) La jurisprudencia TC respecto al desistimiento es suficientemente ilustrativa; así, en el Auto 18/94, de 18 de enero (referido a un conflicto de competencias), recuerda que «puede estimarse como forma admitida para poner fin a un conflicto positivo de competencia la manifestación de la voluntad de desistir, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, siempre que no se opongan las demás partes en el conflicto, a través de algún motivo declarado válido por este Tribunal, ni se advierta un interés constitucional que aconseje la prosecución del proceso hasta su finalización mediante Sentencia»; la misma doctrina se aplica en los recursos de inconstitucionalidad (ATC 127/94, de 12 de abril).

en todo caso, atender los supuestos que ante este órgano se han suscitado, y analizar el criterio interpretativo que se ha formulado.

B) Un supuesto de interés es el resuelto por la Sentencia de 7 de julio de 1989 —*Ayuntamiento de Almuñécar*—, en el que se disputa la competencia entre el Juzgado de Instrucción número 1 de Almuñécar y el Ayuntamiento de esta localidad, para resolver acerca de la legalidad de un corte de suministro de agua acordado por el Alcalde en una finca privada. Según resulta de la propia Sentencia, en el año 1987 se formuló denuncia contra el Alcalde, por un presunto delito de coacciones, por haberse cortado, por empleados municipales, el suministro de agua a una tubería propiedad de la denunciante. Inicialmente se archivó el procedimiento penal, por considerarse que los hechos denunciados no revestían caracteres de delito. No obstante, el Ministerio Fiscal interpone el correspondiente recurso, por entender que podrían concurrir dos tipos penales: «un delito de desobediencia a la autoridad judicial porque requerido el señor Alcalde por dos veces, la segunda con apercibimiento legal, no obedeció la orden, so pretexto de falta de competencia del Juez penal; y un delito de usurpación de funciones del artículo 380, en relación con el 199, por la intimidación que hace al señor Juez de Distrito para que deje sin efecto una medida cautelar acordada, ya que, tratándose de una defraudación de agua, según el escrito del señor Alcalde, los hechos pudieran incardinarse en el artículo 536 y siguientes del Código Penal».

El recurso fue estimado, y se puso en marcha el correspondiente proceso abreviado. Inmediatamente, el Alcalde requiere de inhibición al Juzgado, solicitando el archivo, porque considera que la competencia para conocer acerca del corte del suministro de agua corresponde al Ayuntamiento y, en su caso, a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; el Juzgado acordó mantener su competencia, y quedó planteado el conflicto, en el que el Ministerio Fiscal insiste en la competencia del Juzgado de Instrucción, y el Ayuntamiento en la suya, «en razón a que la Administración municipal actúa con estricta sujeción al ordenamiento jurídico por la derivación clandestina del agua, a la ausencia de los mínimos indispensables para la intervención de la jurisdicción penal y a los daños y perjuicios que para los intereses públicos se derivarían de deferirse la cuestión a favor de la jurisdicción penal».

El planteamiento formulado es de evidente interés. El Tribunal declaró, finalmente, que la competencia correspondía al Juzgado de Instrucción; el razonamiento que para ello emplea parte de sostener que, en el momento en que se suscita el conflicto, el Juzgado se había limitado a investigar los hechos denunciados, sin haber efectuado calificación alguna porque estaban pendientes de practicarse las pruebas propuestas por el Fiscal. Por ello, señala que «en estos términos no puede la autoridad administrativa limitar la facultad jurisdiccional que a los Juzgados corresponde para la comprobación de los hechos denunciados y para determinar la naturaleza y circunstancias de los hechos y de las personas que en ello hayan

participado, conforme a los artículos 269 y 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, facultades que, conforme al artículo 117.2 de la Constitución, le corresponden».

No obstante, el Tribunal añadió que «en el orden penal el Juzgado no tiene competencia para conocer de las condiciones del suministro de agua a los vecinos de Almuñécar, pero sí puede, y debe, llevar a cabo su investigación, producida la denuncia, en cuanto se refiere a si en el corte de suministro se dan o no las circunstancias y requisitos que, conforme a la Ley, pudieran constituir delito». Concluye, en consecuencia, que «las alegaciones formuladas por la representación del Ayuntamiento de Almuñécar resultan, como consecuencia de lo expuesto, inadecuadas, pues su función ha de ser la de plena colaboración con la pronta terminación de las actuaciones con respecto *(sic)* a las resoluciones judiciales, sin perjuicio de la intervención procesal que a las partes corresponda en el procedimiento penal y, en su caso, de los recursos que procedan».

C) Una resolución semejante, invocando también el estado prematuro de las respectivas actuaciones, se encuentra en la Sentencia de 14 de diciembre de 1990 —*Zona Recaudatoria de Bande*—, aunque en la misma se encuentra, en mi criterio, mejor perfilada la eventual resolución.

El origen del conflicto se encuentra en un expediente administrativo de apremio, iniciado mediante las correspondientes certificaciones de descubierto por débitos al Tesoro, por los conceptos tributarios de Licencia Fiscal y Tasa de Juego, que alcanzó el trámite de subasta, en el que se adjudicaron bienes del deudor, satisfaciéndose el remate y los gastos producidos.

Cuando se notifica al deudor que puede designar Notario para otorgar la Escritura de compraventa (conforme al art. 147 del RGR), aquél formula denuncia en la que pone de manifiesto que el procedimiento de apremio fue incorrecto (no se le notificó la subasta), que no le consta la existencia de autorización judicial para entrar a su domicilio y que cuatro años antes de la subasta había ingresado las cantidades que se le reclamaban y que, no obstante, se había efectuado la subasta. Invocaba la existencia de otros aspectos procesales (acumulación de expedientes posterior al ingreso, ofrecimiento por la Administración del procedimiento de devolución de ingresos indebidos, recursos administrativos en los que no se pudo avalar la deuda), no recogidos con especial claridad en los antecedentes de la Sentencia, que justificaban su criterio respecto a la incorrección de la actuación administrativa objeto de su denuncia.

Iniciado el procedimiento penal —en el que se practicaron diversas actuaciones «para la comprobación de la naturaleza y circunstancias» de los hechos—, el Delegado de Hacienda requirió de inhibición al Juzgado, «respecto a la práctica de diligencias o adopción de resoluciones referentes a la legalidad o ilegalidad del expediente administrativo...»; al requerimiento se acompañó Dictamen del Servicio Jurídico del Estado, en el que se indicaba «que la denuncia por posibles exacciones ilegales sólo puede hacer referencia a las figuras tipificadas en los artículos 402 y 202 del Código Penal, no

aplicables al caso»; que, conforme al artículo 93 del Reglamento General de Recaudación de 14 de noviembre de 1968, «el procedimiento de apremio será exclusivamente administrativo, siendo privativa de la Administración la competencia para entender del mismo y resolver todas sus incidencias, sin que los Tribunales de cualquier grado y jurisdicción puedan admitir demanda o pretensión alguna en esta materia, a menos que se justifique que se ha agotado la vía administrativa o que la Administración decline el conocimiento del asunto en favor de la jurisdicción ordinaria», entre otros extremos; concluía señalando que las cuestiones afectadas tienen la condición de «previas» al amparo de los artículos 3 y ss. de la LECr.

El Juzgado se opuso, señalando, entre otros extremos, que «no entiende cuál ha de ser la intervención o competencia del Delegado de Hacienda, toda vez que lo que se ha planteado en el procedimiento penal es la posible existencia de una actuación delictiva», y no de valorar, por tanto, simplemente la corrección o incorrección de la actuación administrativa. En fin, considera —respecto a lo alegado en el Dictamen del Servicio Jurídico— que determinar si existe o no delito de exacciones ilegales, o cualquier otro, es algo que corresponde valorar exclusivamente al órgano jurisdiccional.

Planteado el conflicto (ciertamente singular, como explicita la Sentencia, por cuanto el requerimiento de inhibición y el Auto que lo desestima «no operan tanto sobre la confrontación de unas competencias que irreductiblemente se excluyen, cuanto sobre un discernimiento de las dimensiones específicas del asunto que, a juicio de cada uno de los órganos en conflicto, llaman a sus respectivas competencias, sin impedir a nadie el ejercicio de la que el otro pudiera tener»), el Tribunal lo resuelve, como se ha indicado, en favor del Juzgado. Señala que «hasta el momento las diligencias judiciales no comportan invasión de competencias administrativas. Es más, dichas diligencias no parecen haber alcanzado un grado tal de consolidación o una suficiente fuerza de convicción como para que el Juzgado de Instrucción se haya planteado siquiera la eventual aplicación de los artículos 3 y siguientes de la LECr, bien sea a los fines de que la jurisdicción penal se extienda a resolver, para el solo efecto de la represión, alguna cuestión administrativa prejudicial (artículo 3), bien sea para suspender el procedimiento hasta la resolución de la cuestión prejudicial por quien corresponda, si dicha cuestión fuese determinante de la culpabilidad o la inocencia (artículo 4)».

Pero lo destacado de esta Sentencia (de la que fue Ponente L. Lavilla) son las consideraciones que se formulan con motivo del supuesto suscitado, y que atienden derechamente a situar la cuestión —incluso en el caso de que se suscitase efectivamente una situación de conflicto material, y también como criterio de actuación para los órganos enfrentados— en unos términos razonables. Por una parte, se destaca que la actuación del denunciante conforma una estrategia de defensa, aunque no quepa formular valoraciones sobre ella: así, indica que «es lo cierto que las actuaciones penales, promovidas por el administrado sujeto al procedimiento de apre-

mio, parecen derechamente orientadas a obstar —sin que se cuestione la legitimidad de su iniciativa— la culminación de aquel procedimiento mediante la puesta en acción de actuaciones jurisdiccionales para la investigación de si han existido determinadas irregularidades denunciadas y, en su caso, para la consiguiente apreciación —primero meramente indiciaria— de la existencia de conductas, acciones u omisiones merecedoras de reproche penal»; igualmente, que «la situación planteada es consecuente al despliegue de los medios de defensa de quien es, a la par, contribuyente sometido al procedimiento de apremio y denunciante promotor de las diligencias judiciales, para la depuración de eventuales responsabilidades en las que, al sustanciarse aquel procedimiento, se hubiera podido incurrir».

Por ello, formula a renglón seguido una advertencia o recordatorio general: «corresponde a la competencia y responsabilidad de los órganos actuantes administrativo y jurisdiccional, no —naturalmente— condicionar o limitar la estrategia procesal del interesado, pero sí precaver su traducción en situaciones de innecesario conflicto o de frustración de los fines (efectividad de las deudas tributarias y exigencia de responsabilidades penales) a cuyo servicio se ostentan las competencias en cuya virtud se practican las actuaciones y se toman las decisiones pertinentes. Con esta reflexión no se pretende otra cosa que subrayar posibles derivaciones de la situación producida que son, en sí mismas, ajenas ahora a todo posible enjuiciamiento por este Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales; se pretende, por tanto, hacer explícitos los términos en que, propia y materialmente, podría darse un conflicto jurisdiccional e introducir, en consecuencia, un lógico eslabón para enlazar con lo que se expresa a continuación».

Así, y tras señalar que en el estado en que se presentan las actuaciones no cabe que el Juzgado se abstenga de continuar la práctica de diligencias, añade que todo ello se declara «en el bien entendido de que dicho Juzgado, en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales, adoptará, sin duda, las resoluciones procedentes para que, llegado el momento, ni se produzcan indebidas desviaciones ni se traspasen los límites de la función jurisdiccional, dando, en su caso, estricta y correcta aplicación a las previsiones de los artículos 3 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Dicho momento no puede llegar en tanto las diligencias no permitan fundar un criterio racional y objetivado; una vez llegado, la hipotética situación conflictiva entre la Administración y el órgano judicial o entre los órganos de distintos órdenes jurisdiccionales podrá formalizarse y ser objeto de resolución definitiva». Toda una llamada de atención.

D) Un interés menor tienen las Sentencias de 7 de marzo y de 12 de julio de 1991. En la primera —*Ayuntamiento de Nerja*—, el conflicto se suscita entre dicho Ayuntamiento y el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Vélez-Málaga, por entender el primero «que tratándose de una actuación eminentemente administrativa, cual es la recaudación de tributos, el conocimiento de la misma es de su exclusiva competencia, y eventualmente de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo», mien-

tras que el segundo defendía «la competencia exclusiva para conocer los hechos en su vertiente penal (conviene resaltar que conocía de una querella formulada contra el Alcalde, el Recaudador y el Tesorero, por presuntos delitos de prevaricación y exacción ilegal), sin perjuicio de extenderla a la resolución de las cuestiones administrativas prejudiciales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 a 7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». El Tribunal, por su parte, reconoció la competencia en favor del Juzgado, señalando que éste «no sólo puede, sino que debe llevar a cabo la pertinente investigación encaminada a determinar la naturaleza y circunstancias de los hechos denunciados, así como las personas que en ellos hayan participado, sin que la autoridad administrativa pueda limitar dicha facultad jurisdiccional ni, por tanto, recabar para sí el conocimiento de unas diligencias instruidas con el fin de comprobar si en la actuación de los querellados se dan o no las circunstancias y requisitos que, conforme a la Ley, pudieran constituir infracción penal quedando obligada, en este sentido, la autoridad administrativa a prestar la colaboración requerida de conformidad a lo dispuesto en los artículos 118 de la Constitución y 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y ello sin perjuicio de las atribuciones reconocidas a la Administración Municipal para seguir conociendo de la tramitación del procedimiento administrativo de apremio, desencadenante de las actuaciones».

Por su parte, la Sentencia de 12 de julio de 1991 —*Delegación de Hacienda Especial de Murcia*— resuelve un conflicto negativo suscitado entre aquella Delegación y la Audiencia Provincial, en favor de la primera. El origen del asunto se encuentra en las diligencias iniciadas ante el Tribunal de Contrabando de Murcia por haberse sorprendido, en aguas jurisdiccionales españolas, un buque de pabellón extranjero que llevaba a bordo cargamento de tabaco rubio; impuesta la correspondiente sanción, finalmente, el Tribunal Supremo la anula, «declarando nulo todo lo actuado con objeto de que, en su caso, se proceda a recibir a los inculpados la correspondiente declaración, por medio de intérprete con titulación suficiente, y una vez hecho, sean informados debidamente de la acusación formulada contra ellos».

Cuando los interesados solicitan de la Delegación de Hacienda Especial el cumplimiento de dicha Sentencia, aquélla se declara incompetente, remitiendo la petición y el expediente a la Audiencia Provincial, que se estima igualmente incompetente, con lo que se plantea conflicto negativo.

El Tribunal considera que la ejecución de la Sentencia del TS no exige iniciar un nuevo procedimiento, sino reproducir o repetir las actuaciones indicadas en el mismo expediente administrativo, con las garantías que aseguren la defensa de los inculpados, «pero con subsistencia de dicho expediente en el resto de las diligencias practicadas con anterioridad a la citación de los inculpados para el acto de la vista ante dicho Tribunal —tasación, entre otras—». Tras determinar la normativa aplicable, atendiendo a la fecha en que se cometieron los hechos, destaca que, a resultas de la LO 7/82, de Contrabando, desaparecieron los Tribunales Provinciales de Con-

trabando: «pero ello ha de entenderse sólo en cuanto al enjuiciamiento de procesos iniciados *ex post* a la vigencia de la nueva Ley, pues los iniciados con anterioridad, la disposición transitoria primera de la nueva Ley 7/1982 se cuidó de establecer que "los procedimientos en materia de contrabando iniciados con anterioridad continuarán y serán resueltos por los trámites y por los órganos establecidos en la legislación vigente en la fecha de la comisión de los hechos"». Como éstos habían sucedido antes de la vigencia de la nueva Ley, el Tribunal concluye que corresponde ejecutar la Sentencia TS a la Delegación de Hacienda Especial, de la que depende aquel Tribunal, «no existiendo serias dificultades en cuanto al funcionamiento actual de un ya extinto Tribunal de Contrabando de Murcia, puesto que éste con la estructura y composición que le atribuía la antigua Ley 16-7-1964 debe continuar funcionando hasta finiquitar cuantos procesos se iniciaron en materia de contrabando por hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley 7/1982».

E) Las Sentencias a las que he aludido plantean, realmente, un problema de especial importancia en la actualidad; no es otro que una sigilosa corriente de repenalización del control de la actuación administrativa, al menos por dos circunstancias concurrentes: por una parte, un destacado empleo por los ciudadanos de acciones penales como medio de reacción frente a actuaciones administrativas (comportamiento auspiciado, tal vez, por una pretendida mayor celeridad en la resolución del proceso, en un eventual abaratamiento del coste del proceso o, en fin, por el mayor impacto que, para los responsables públicos, puede incorporar); por otra, una correlativa admisión a trámite, al menos, de tales pretensiones, que vienen efectuando de ordinario los Jueces penales, que, además, no emplean, en modo alguno, la cuestión prejudicial que contempla el artículo 4 LECr. El efecto que todo ello produce —el reflejo de lo que, como se ha indicado, el TCJ califica en algún caso como «estrategia procesal»— es literalmente una repenalización de estos controles, y además un peculiar vaciamiento de contenido de las técnicas jurídico-administrativas cuñadas a lo largo de decenios: porque, de esta forma, podrá reducirse la gama de técnicas de control jurídico-administrativas a un pequeño puñado de tipos penales (con los delitos de falsedad, prevaricación o coacciones estaría ultimado el sistema de control de la actuación administrativa). La cuestión no es, como se comprenderá, ficticia: sólo por apuntar algunos ejemplos, se ha entendido, siquiera inicialmente, que la adjudicación de un contrato administrativo, la alteración del canon concesional, el otorgamiento o denegación de licencias y, por supuesto, las decisiones en materia de clasificación urbanística constituyen conductas aparentemente constitutivas de delitos de prevaricación. No se trata, en tales casos —cada vez más frecuentes—, de emplear técnicas de control específicas para los supuestos más graves, en los que el comportamiento público ilegal adquiere caracteres agravados muy singulares (en los que la reacción debe ser, en efecto, drástica), sino de un fenómeno más común, mediante el que se intenta emplear el meca-

nismo de reacción penal frente a cualquier pretendida ilegalidad; tampoco, en el mismo sentido, de buscar fórmulas que permitan controlar la actuación pública en los supuestos, también frecuentes, que se incluyen en la descripción general de la «huida del Derecho Administrativo» (4).

Se trata de un fenómeno más común, sobre el que, en mi criterio, debe llamarse la atención, por la trascendencia que posee. Será igualmente necesario explicitar, por descontado, que en los supuestos procedentes el remedio jurídico-penal es imprescindible, y sobre él, con carácter general, nada puede objetarse. Pero sí a los intentos de aplicarlo habitualmente, como remedio ordinario y habitual (5).

El fenómeno no es nuevo, y tampoco pacífico; ya en 1979, L. MARTÍN-RETORTILLO, comentando un Decreto de 29 de junio de 1968, resolutorio de una cuestión de competencia surgida entre el Gobernador Civil de Orense y la Audiencia Provincial y el Juzgado de Instrucción (6), señaló, por una

(4) Sobre este asunto se han ocupado más recientemente, con diversas perspectivas, J. M. SALA ARQUER, *Huida al Derecho privado y huida del Derecho* («REDA», núm. 75, julio-septiembre 1992, págs. 399 y ss.), e I. BORRAJO, *El intento de huir del Derecho administrativo* («REDA», núm. 78, abril-junio 1993, págs. 233 y ss.). Sobre el mismo resultan de gran interés las consideraciones formuladas por J. R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo. Parte General* (Madrid, 6.ª ed., 1994, págs. 28 y ss.), y E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid, vol. I, 6.ª ed., 1993, págs. 388 y ss.).

(5) Aunque no parezca preciso ponerlo de manifiesto, lo que se indica en el texto no puede interpretarse como un intento de introducir obstáculos o límites al enjuiciamiento pleno de los comportamientos públicos, desde ninguna perspectiva. No puede retrocederse en absoluto en el largo proceso histórico tendente al control pleno de la actuación administrativa, ahora consagrado constitucionalmente (arts. 103 y 106 CE); tampoco debe olvidarse, a tal efecto, el complejo proceso de superación de los obstáculos que se ha producido para permitir el enjuiciamiento penal de funcionarios y autoridades (hoy plenamente admitido, según resulta no sólo de lo previsto en el artículo 106 CE, sino en el propio Código Penal y en el artículo 146 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre), del que han dado cuenta —y a cuya conclusión, sin duda, han contribuido— los trabajos clásicos de los profesores L. MARTÍN-RETORTILLO (*Enjuiciamiento criminal de autoridades y funcionarios públicos* —núm. 74 de esta REVISTA, 1974; incluido en *Selección de comentarios...*, op. cit., págs. 35 y ss.—) y J. R. PARADA (*La responsabilidad criminal de los funcionarios públicos y sus obstáculos: autorización previa, prejudicialidad administrativa y cuestiones previas* —núm. 31 de esta REVISTA, 1960; incluido en *La Administración y los Jueces*, op. cit., págs. 241 y ss.—). Sin retroceder en absoluto en esta técnica de control, lo que se indica en el texto tiene que ver con el abuso en su empleo, a cuyo tenor podría convertirse el penal en el remedio ordinario de control de la actividad administrativa. A ello no es ajeno el empleo abusivo de esta vía por algunos interesados, que exteriorizan con su comportamiento la crisis del sistema actual del contencioso-administrativo, o el habitual olvido de la jurisdicción penal de la —prácticamente inédita— cuestión prejudicial administrativa (art. 4 LECr), que nada tiene que ver, por otra parte, con la autorización para procesar a que aludía el profesor PARADA (*op. et loc. cits.*, págs. 263 y ss.) ni a la cuestión prejudicial —cuya resolución correspondía a la propia Administración— que contemplaba el artículo 15 de la anterior LCJ de 1948, que fue criticada con rigor por el profesor MARTÍN-RETORTILLO en el trabajo últimamente citado (págs. 45 y ss.).

(6) L. MARTÍN-RETORTILLO, *Alcaldesa procesada por delito de usurpación de curso de aguas*, incluido en las notas de conflictos jurisdiccionales (núm. 90 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1979, págs. 199 y ss.). Al respecto, el profesor PARADA señaló que existen dos supuestos para solventar la prejudicialidad administrativa suscitada en un asunto penal: «1.º Que el Tribunal decida resolver por sí mismo la cuestión prejudicial, en cuyo supuesto, y por mandato del artículo 7.º, se atemperará a las normas de derecho administrativo en su resolución. Ninguna objeción ni ninguna aclaración creemos que es necesario hacer a esta forma de resolver la prejudicialidad. En nuestro pensamiento ésta es la

parte, la necesidad de que los asuntos de naturaleza abiertamente administrativa, aunque residenciados indebidamente en la Jurisdicción Penal, fuesen resueltos, en todo caso, por esta última; pero, por otra, advirtió de la necesidad (además de concretar los supuestos de enjuiciamiento penal en la entonces —también— «inminente reforma del Código Penal») de emplear «remedios indirectos» frente al ejercicio de acciones que eran manifiestamente incorrectas: «remedios indirectos tal vez podrían producirse haciendo más onerosas las reglas que ahora gravan al querellante temerario de mala fe, previendo sanciones para las actuaciones abusivas sin duda, aunque cuidando de que no se merme el derecho a la justicia, importante derecho garantizado hoy por la Constitución (art. 24). Parece del mayor interés buscar remedios para impedir las actuaciones torticeras y tratar de afinar al máximo» (pág. 217).

Que este tipo de acciones se vienen multiplicando en los últimos tiempos no es, como ya se ha indicado, difícil de constatar; puede obedecer a una proliferación de gravísimas conductas públicas (en cuyo caso nada debe objetarse a la represión penal); pero también puede obedecer, atendiendo a algunos de los supuestos que se suscitan, al reflejo en la experiencia cotidiana o en la conciencia colectiva de la crisis del contencioso-administrativo, que puede obligar a los interesados a forzar otros remedios procesales en los que muestren una mayor confianza o convicción o, también —y obvio es decirlo—, en algunos casos a simples estrategias procesales de defensa. En estos últimos casos parece imprescindible extremar el cuidado en la revisión judicial que afrontan los jueces penales, no sólo por la gravedad que, en términos generales, entraña este tipo de medios de reacción, sino por la trascendencia, sin duda de mayor calado, de la repenalización *de facto* que, en tal forma, se produce (7).

---

forma ortodoxa de resolver la prejudicialidad administrativa...» (pág. 272), concluyendo, al plantear soluciones *de lege ferenda*, en algunos correctivos, y entre ellos «regulación en la LJCA de un procedimiento cuyas características habrían de ser la rapidez y la oficialidad, para la sustanciación de las cuestiones prejudiciales administrativas, que, implicadas en un proceso penal, los Tribunales de esta Jurisdicción remitiesen a los Tribunales contencioso-administrativos para su conocimiento, en los términos establecidos en los artículos 3 y 4 de la LECr» (pág. 289). Las citas proceden de *La responsabilidad criminal de los funcionarios...*, op. cit., incluido en su volumen *La Administración y los Jueces*, loc. cit.

(7) Este es, en mi opinión, el problema de mayor trascendencia que puede apreciarse con este motivo; no se plantea, por tanto, el que alude a si existe o no, o si sería deseable, una reserva en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa para enjuiciar la actuación —o inactividad— administrativa, con una correlativa exclusión de otros órdenes jurisdiccionales, que es una cuestión distinta a la que se plantea en el texto. Sobre aquélla, que queda al margen de este comentario, es ilustrativa la opinión de L. MARTÍN-RETORTILLO, respecto a la necesidad de observar el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la Ley y a la de superar la «especie de respeto reverencial a los compartimentos estancos»: «Lo que quiero destacar ahora es que, aun sabiendo que el Derecho administrativo tiene sus reglas y sus principios, sus técnicas y su sistema, éste no tendría por qué ser *ninguna selva* para el juez penal. Para el supuesto de que el juez penal no supiera Derecho administrativo habría que hacer ímprobos esfuerzos para que el juez penal añadiera a sus muchos saberes el del Derecho Administrativo (...) Lo importante sería, en resumen, que en casos como el comentado fuera el juez penal quien analizara la actuación de la autoridad a la luz del Derecho administrativo y no sólo del Derecho Penal» (*Alcaldesa procesada...*, op. et loc. cits., pág. 218). Igualmente, es de interés el trabajo de I. Bo-

Sobre este extremo ha llamado ya la atención la Sala Segunda del Tribunal Supremo (8), en la Sentencia de 2 de noviembre de 1978 —R. Ar. 3367—, en la que se critica la criminalización de «irregularidades funcionariales cuyo ordinario remedio corresponde, por principio, al propio orden administrativo, dentro de sus adecuados cauces y, eventualmente, y en definitiva, a la rama jurisdiccional competente al efecto, que es la de lo contencioso-administrativo», añadiendo que no es «prodigable la intervención de los órganos judiciales represivos, de tal manera que esto llegara a traducirse, en el fondo, en usual e inmoderada revisión en lo penal de la cotidiana actividad administrativa». Más recientemente ha insistido en este criterio, en la Sentencia de 19 de diciembre de 1994, también de la Sala Segunda, en la que se recuerda «que el Derecho tiene medios para que los intereses sociales puedan recibir la suficiente tutela a través de otros menos lesivos y a veces más eficaces que la sanción penal, pues no es deseable una estructura social que entregue, en primera instancia, buena parte de su funcionamiento al Derecho penal. Tiene este último carácter fragmentario, es o debe ser la última *ratio* (principio de intervención mínima) y no sanciona, por tanto, todas las conductas lesivas, sino tan sólo las modalidades de ataque más peligrosas pues su finalidad es atender a la defensa social que surge no de la simple infracción de la legalidad, sino cuando el órgano administrativo, en la decisión o en la conducción de un asunto (aspectos sustantivo y procesal) se desvía o incumple la norma legal con perjuicio efectivo o potencial para los intereses del ciudadano o de la causa pública; existe entonces la resolución injusta, primera exigencia típica del precepto penal invocado, que cuando se realiza "a sabiendas" en la modalidad dolosa, o por negligencia o ignorancia inexcusable en la forma culposa, trae los efectos punitivos».

Este es el camino, en mi criterio, al que alude el Tribunal de Conflictos, apelando a la autorrestricción de los Jueces penales a la hora de enjuiciar, desde tal perspectiva, los asuntos que se les suscitan, y advirtiendo acerca de la necesaria prudencia en las decisiones, cuando el asunto se plantea en la vía penal como resultado no de un desvalor real de tal naturaleza, sino como el reflejo de una «estrategia de defensa».

---

RRAJO, *El intento de huir...* (op. cit., págs. 248 y 249), donde señala que «nunca, en la historia de España, los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa han ostentado el monopolio del control judicial sobre la Administración pública (...) Ni la jurisdicción contencioso-administrativa es, en abstracto, mejor que otras jurisdicciones, ni necesariamente peor, para hacer cumplir la Ley a las Administraciones Públicas». Todo ello sin perjuicio de recordar el criterio de los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ (*Curso...*, op. cit., vol. I, pág. 390) cuando analizan «el abuso de la creación de entes institucionales como técnica de huida del Derecho Administrativo», según el cual «nos parece evidente que será el juez contencioso-administrativo el que está mucho mejor situado para imponer el cumplimiento de esos deberes constitucionales, que nadie puede dispensar, y que podrá hacerlo normalmente a través de la técnica, perfectamente establecida (...) de los actos separables».

(8) Vid. al respecto E. MESTRE DELGADO, «Responsabilidad Penal de Alcaldes y Concejales», en la obra colectiva, dirigida por S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Municipal* (Cívitas, Madrid, 1988), vol. I, págs. 638 y ss.

## 4. Los conflictos entre la Administración Penitenciaria y los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria

A) Otro grupo de Sentencias resuelven conflictos suscitados con motivo de actuaciones en materia de Derecho Penitenciario.

En la Sentencia de 14 de diciembre de 1990 —*Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Barcelona*— se enjuició la competencia administrativa para el traslado de internos entre Centros Penitenciarios. El origen del asunto se identifica en la decisión del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 1 de Barcelona, a instancia del Fiscal, de abrir diligencias informativas para averiguar si el régimen de vida de los ingresados en el Departamento de Régimen Cerrado producía o podía producir perturbaciones psíquicas en los internos. A resultas de las actuaciones practicadas, el Juzgado dictó Auto por el que ordenaba a la Dirección General de Servicios Penitenciarios y de Rehabilitación Social «que proceda al traslado de los internos clasificados en primer grado a centro adecuado en el plazo de quince días, sin que en el futuro puedan destinarse al Departamento Especial del Centro Penitenciario de Hombres de Barcelona internos clasificados en primer grado»; se añadió, invocando el artículo 77 de la Ley General Penitenciaria, una propuesta a la Dirección General «en el sentido de los cuatro puntos interesados por el Ministerio Fiscal».

El Departamento de Justicia de la Generalidad planteó requerimiento de inhibición, por entender que la decisión judicial invadía las competencias de la Administración, invocando los artículos 76, 77 y 79 LGP y 80 de su Reglamento, así como la Sentencia del órgano colegiado para decidir conflictos de jurisdicción, de 5 de diciembre de 1986; además, «informaba al Juzgado de que no existía vulneración de los derechos de los internos y que, manteniendo la Administración su exclusiva competencia en la materia, resultaba materialmente imposible el cumplimiento del auto por las razones que exponía». El asunto pudo quedar zanjado en este momento, porque el Juzgado aceptó el requerimiento de inhibición, dejando sin efecto su decisión anterior. Pero a resultas del recurso formulado por el Ministerio Fiscal, la Audiencia revocó la última decisión del Juzgado, «declarando no haber lugar al requerimiento de inhibición solicitado por el Departamento de Justicia y manteniéndose la competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria».

El Tribunal declaró que la competencia correspondía a la Administración; para ello acudió a los razonamientos empleados en las Sentencias de 9 de julio y 5 de diciembre de 1986. Indicó que «ambas resoluciones ponen de relieve que la propia realidad del sistema penitenciario, en el que bajo la dirección, organización e inspección cooperativas de la Administración, se lleva a efecto la ejecución de decisiones jurisdiccionales, respecto de las que no cabe el disentimiento o la inhibición de los órganos judiciales, ofrecen unas difuminadas zonas fronterizas en las que el esfuerzo interpretativo y las resoluciones del órgano llamado a dirimir tales conflictos habrán

de orientarse a fijar con matices y rigor los perfiles de las respectivas atribuciones»; añade que «la contradicción entre las dos sentencias de 1986 es más aparente que real, y que la línea que debe seguir este Tribunal es la trazada en la de 5 de diciembre de 1986. En definitiva, la orden de traslado dada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria invadía patentemente el ámbito competencial que a la Administración Penitenciaria de Cataluña le confiere el artículo 79 de la Ley General en relación con el artículo 11 de su Estatuto y el Real Decreto de 28 de diciembre de 1983, de transferencia a la Generalidad de aquellas funciones de dirección, organización e inscripción, en relación con las Instituciones Penitenciarias radicadas en dicha Comunidad Autónoma».

B) Un caso semejante es el analizado por la Sentencia de 8 de julio de 1991 —*Audiencia Provincial de Barcelona*—, en el que el Ministerio Fiscal, que es quien insta inicialmente el conflicto, pretende que por el Juez de Vigilancia Penitenciaria «se ordene el inmediato ingreso de todos los internos del Centro Penitenciario de Hombres de Barcelona, con enfermedad del SIDA en estado avanzado o terminal, en las Instituciones asistenciales de carácter penitenciario si en ellas se garantiza la asistencia legalmente exigida y en su defecto en Centros Hospitalarios extrapenitenciarios de la Comunidad Autónoma, con objeto de garantizar el derecho a la salud y a la asistencia médico/sanitaria, en las condiciones prescritas en la Ley y en recientes sentencias del Tribunal Constitucional», así como que por aquel Juzgado «se ordene el cambio de destino inmediato del resto de pacientes ingresados actualmente en la enfermería de la Modelo en otras dependencias del mismo edificio, si en ellas se garantiza la asistencia sanitaria adecuada y en su defecto en otras Instituciones hospitalarias, ya sean penitenciarias o extrapenitenciarias, siempre que aseguren el debido respeto a los derechos constitucionales de las personas privadas de libertad».

Una vez más, el Tribunal declara que la competencia corresponde a la Administración; para ello destaca que la medida que solicitaba, a instancia del Fiscal, la Audiencia Provincial «tiene un carácter general, esto es, no es respecto a internos determinados por modo singular, a la que haya precedido un historial médico-penitenciario y que, estimado en su singularidad, haya llevado a la Autoridad Judicial a disponer el traslado. La iniciativa del Ministerio Fiscal, atendida por la Audiencia Provincial, es una medida genérica, innominada en cuanto a la singularidad de los comprendidos en ellas y adoptada de oficio, que arranca de una apreciación de aquél respecto a un colectivo de internos, sin más especificaciones, que comportaría un traslado de internos a Centros Penitenciarios o establecimientos extrapenitenciarios».

Establecida esta precisión, describe el ámbito competencial del Juez de Vigilancia Penitenciaria: «el conjunto de dichas funciones se integran, en lo principal, de una parte con las que hasta la instauración de la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, correspondían a los Jueces y Tribunales sentenciadores y de otra parte, con una serie de funciones que en el dere-

cho u organización anterior, aun estando ordenadas a la ejecución de la pena privativa de libertad, estaban atribuidas a la Administración Penitenciaria. En el marco de este cuadro competencial, a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria corresponde salvaguardar los derechos de los internos, corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse. Junto a estas funciones, diseñadas como competencias propias, adornadas de la imperatividad inherente a las decisiones del Juez, la LOGP les atribuye otras de propuesta que versan sobre la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia y todas las que en lista, con rasgos de lista abierta, se contienen en el artículo 77 de aquella Ley».

Como el conflicto versa sobre la competencia en materia de traslados, el Tribunal recuerda que la Ley «encomienda a la Administración Penitenciaria la competencia, aunque ciertamente no falten posturas propicias para recabar para el Juez un cierto control e intervención en materia de traslado y no falten en el articulado legal previsiones sobre intervención del Juez (*ad exemplum*, art. 10.2 de la LOGP) y obviamente, las competencias de aquél en el marco, entre otros, de los apartados *a), g)* y *j)* del artículo 76 de la Ley citada». En conclusión, señala que la decisión de la Audiencia Provincial no encaja ni en el artículo 76.1 ni en el 76.2 LOGP: «las del apartado *g)* del número 2 del artículo 76, requieren que a la decisión del Juez preceda "peticiones" o "quejas" de los internos, que éstas correspondan al "régimen" o "al tratamiento penitenciario" y que las mismas se refieran (afecten, dice el precepto) a los "derechos fundamentales" o a los "derechos y beneficios penitenciarios" de los internos. Por supuesto, que unas condiciones mínimas de salubridad son exigencias insertas en el núcleo del derecho a la vida y la integridad con la calidad que exige la dignidad humana (arts. 15 y 10.1 de la Constitución) y que el derecho a la salud, aun con las matizaciones que resultan de la ubicación constitucional del artículo 43, pueden comprenderse en el ámbito referencial del artículo 76.2.*g)* de la LOGP. Su actuación en el marco competencial del Juez de Vigilancia Penitenciaria requiere, sin embargo, una concreción y determinación en los términos antes explicados, acudiendo a los preceptos legales y a la doctrina de conflictos emanada de este Tribunal».

C) Un supuesto más específico es el que se suscita en la Sentencia de 4 de noviembre de 1992 —*Hospital de Nuestra Señora de la Montaña*—: determinar la competencia para resolver sobre la instalación de televisores en habitaciones para presos en el Hospital.

Básicamente, los antecedentes del asunto son los siguientes: el Comisario-Jefe de Policía de Cáceres se dirigió al Director del Hospital señalando que, con motivo de la fuga de un recluso, había comprobado que en cada habitación-celda existía un televisor portátil dotado de antena portátil, así como otros efectos componentes de dichos aparatos, con los que pueden hacerse objetos punzantes u otros utensilios que menoscaben la seguridad y generen peligro para el personal sanitario que presta sus servicios allí,

por lo que solicitó la retirada de los aparatos de televisión. Algún tiempo después, el Secretario-Coordinador de la Comisión Provincial de Asistencia Social de Cáceres remitió al Juez de Vigilancia Penitenciaria un informe sobre la situación de los presos-enfermos, señalando que la Comisión había propuesto un programa de acción humanitaria en el que se incluía la dotación de un aparato de televisión en cada habitación, añadiendo que, con motivo de la realización de obras para instalar aire acondicionado, se fugó uno de los internos, a raíz de lo cual se suprimieron los aparatos de televisión e incluso se prohibió el empleo de máquinas de afeitar. El informe concluía «con ciertas apreciaciones acerca de la falta de relación entre la seguridad y ver o no ver la televisión, la discriminación en el trato de los que son a la vez presos y enfermos y las vejaciones en que se traducen las decisiones tomadas».

El Comisario-Jefe, a requerimiento del Juzgado, manifestó, negando la prohibición del uso de máquinas de afeitar, que «los televisores suponen un grave riesgo, tanto por autolesiones de los enfermos como por la posibilidad de procurarse útiles o instrumentos peligrosos». Por su parte, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria autorizó el reintegro de los televisores, orden que fue verificada. No obstante, el Comisario-Jefe instó al Servicio Jurídico del Estado a que realizase las actuaciones oportunas para «que inicie los recursos legales a que hubiere lugar» frente a aquella decisión judicial. Como consecuencia de ello, la Gobernadora Civil requiere de inhibición al Juzgado, en relación a la competencia administrativa sobre «decisión de instalar o no televisores en las habitaciones». El Juzgado no acepta el requerimiento, planteándose el conflicto.

El Fiscal consideró mal planteado el conflicto, aunque anticipó su criterio general: «en principio, la autorización para instalar o retirar un aparato receptor de televisión de las dependencias de un recluso, dado su contenido y no afectando a la función judicial de vigilar el cumplimiento efectivo de las penas o de los derechos y beneficios penitenciarios, es puramente administrativa, en la medida en que tampoco incide directamente en el ejercicio de derechos fundamentales, cuya tutela se encomienda a la postre a la jurisdicción».

En fin, el Tribunal declaró la improcedencia del requerimiento de inhibición formulado; señala que el conflicto «parece ser consecuente a una discordancia de criterios —o, al menos, a un desajuste en la forma de articularlos o confrontarlos— entre la Comisaría de Policía y la Comisión de Asistencia Social, Organismo dependiente de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, a través del cual el Ministerio presta a los internos la asistencia social necesaria (art. 74 de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria). Es de presumir que la Comisión, al programar y facilitar la instalación de los aparatos receptores de televisión, se atuvo a las orientaciones dadas o admitidas por el Ministerio de Justicia; ninguna presunción cabe, en cambio, ante la falta absoluta de cualquier dato sobre si el Ministerio (la Dirección General de Instituciones Penitenciarias) conoció o no la posición del Comisario Provincial de Policía de Cáceres, y sobre si, en el

primer caso, respaldó o no la de la Comisión Provincial de Asistencia Social». El desarrollo de los acontecimientos permite al Tribunal considerar que se han producido equívocos en las actuaciones de los órganos en conflicto, porque la resolución judicial no ordena reponer los televisores, sino que autoriza su colocación, aunque la Administración lo entendiese como orden: «naturalmente, podrá discutirse si al Juez de Vigilancia Penitenciaria le competía o no otorgar tal autorización, pero, en cuanto la misma tiene por objeto contraponerse a lo que, siendo un "ruego", operó como una orden de la Comisaría de Policía, la providencia judicial —correcta o no en el fondo y en la forma— no entra en colisión con la competencia de la Administración Penitenciaria que es la recabada (y no la del Comisario) en el requerimiento del Gobierno Civil de Cáceres».

En consecuencia, el Tribunal concluyó afirmando que «en el bien entendido de que es ajeno al pronunciamiento de este Tribunal, dadas su concepción legal y funciones, cualquier juicio revisor sobre las actuaciones habidas y decisiones adoptadas, no parece difícil alcanzar la conclusión de que, respecto del asunto concreto en el que se ha suscitado el conflicto, la situación a que se ha llegado postula declarar la improcedencia del requerimiento de inhibición por falta de objeto (no hay actuaciones judiciales en curso a las que referirlo y apreciando que quedan salvaguardadas las competencias de la Administración Penitenciaria)».

D) Otro asunto suscitado en esta materia es el resuelto por la Sentencia de 20 de diciembre de 1993 —*brazos caídos*—, que arranca del requerimiento formulado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria al Director General de Servicios Penitenciarios y Rehabilitación de la Generalidad de Cataluña para que informase sobre «las razones de mantención de la actitud y conductas colectivas en los módulos 1 y 2 del C. P. Cuatre Camins, denominado de "brazos caídos", gravemente alteradores del orden público interno y días de continuidad en cada módulo», «sobre el número de regresiones de grado propuestas y/o resueltas, conducciones y medidas sancionatorias contra los instigadores, o justificación de la ausencia de medidas, de existir dejación de funciones», la identidad de los funcionarios que expusieron a la población reclusa, con distintos argumentos, que «lo primero es acabar con el Juez de Vigilancia», así como de la información reservada que se hubiese incoado; y, en fin, para que diese órdenes para el «restablecimiento del orden público interno, con entrada de las fuerzas del orden si menester fuera, preservando la integridad física de funcionarios e internos y protegiéndose la totalidad de los bienes jurídicos en riesgo, con dación de cuenta al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de lo actuado y resultado».

La Generalidad requirió de inhibición al Juzgado; señalaba, para ello, que «a pesar de que se trata de requerir información, no hay duda de que se incide en un control *a priori*, y no justificado, de una actuación que compete exclusivamente a la Dirección General de Servicios Penitenciarios y de Rehabilitación...», y que el último extremo del requerimiento, donde

ya no se solicita información, identifica una injerencia competencial sobre ámbitos propios de la Administración (a salvo de lo dispuesto en la Disposición Final Primera de la LGP, para el supuesto de grave alteración del orden, que no concurre en el caso). El Juzgado mantuvo su competencia (a pesar del informe contrario del Fiscal de Vigilancia Penitenciaria), y se planteó el conflicto, que fue resuelto por el Tribunal en favor de la Administración.

Para ello, el Tribunal reiteró la interpretación de carácter general que ya explicitó, como hemos visto, en otras ocasiones: «a los Jueces de Vigilancia corresponde salvaguardar los derechos de los internos, corregir los abusos y desviaciones que, en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario, puedan producirse. Fuera de este marco, incluso indisponible para el legislador en cuanto entrara en colisión con los mandatos constitucionales, la Ley Orgánica General Penitenciaria atribuye a los Jueces otro ámbito competencial en los términos que recoge su artículo 77 no decisorio, sino de propuesta a la Administración Penitenciaria y que versan sobre la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia y todas las demás que en el mencionado artículo, con rasgos de lista abierta, se enumeran en el mismo».

Invocando la Sentencia de 8 de julio de 1991, señala que «en lo jurisdiccional (artículo 76) ostenta el Juez de Vigilancia una competencia en exclusiva (corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales, dice el artículo 117, número 3, de la Constitución); en lo no jurisdiccional (lista del artículo 77), bien patente es que respecto del contenido de este artículo lo que ostenta el Juez de Vigilancia Penitenciaria es una facultad de "propuesta a la Administración Penitenciaria"». Aplicando estas reglas al supuesto suscitado, el Tribunal considera que en la providencia de la que arranca el conflicto no puede encontrarse supuesto subsumible en el artículo 76. Y concluye: «todo cuanto se refiere a la organización y dirección de los establecimientos penitenciarios constituye materia que competencialmente no corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria, quien, en consecuencia, sólo puede trasladar a la Administración Penitenciaria información, propuestas, sugerencias. Siendo esto así, el mantenimiento de lo que el Juez requerido cree que es de su jurisdicción invade, ilegítimamente, en términos de Derecho, las competencias de la Administración Penitenciaria de Cataluña».

E) La interpretación del TCJ en la materia se encuentra muy apegada a la doctrina del Tribunal Constitucional, que identifica a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria como «una pieza clave del sistema penitenciario, para garantizar el respeto de los derechos de los internos, y que, por ello, debe garantizarse y exigirse, también constitucionalmente, la actuación de estos órganos judiciales especializados» (STC 2/87, de 14 de enero). De ellos predica, en la misma Sentencia, que su «función supone una potenciación del momento jurisdiccional en la ejecución de las penas, que en nuestro ordenamiento se realiza confiando a un Juez, esto es, a un órgano

independiente del poder administrativo, el control sobre las diversas fases de ejecución y en particular sobre los derechos de los detenidos».

De tal forma que lo que atañe a la ejecución de las penas corresponde al órgano jurisdiccional, y lo que afecta a la organización y dirección de los establecimientos penitenciarios compete a la Administración penitenciaria. Ahora bien, ello no significa que toda la actuación administrativa sea susceptible sólo de la revisión contencioso-administrativa, como es común, sino que en algunos casos dicha función revisora compete a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. En particular, en lo que se refiere al control de la potestad sancionadora ejercida sobre los internos. A ello aluden los artículos 76.1 («salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse»), 76.2.*d)* («aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días») y 76.2.*e)* («resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias») de la LOGP y 94.1 LOPJ («... control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las Autoridades Penitenciarias...»).

El TC recuerda (Ss 67/83 y 2/87) que «la potestad sancionadora de la Administración está subordinada a la Autoridad judicial, de ahí el necesario control *a posteriori* por la autoridad judicial de los actos administrativos, mediante el oportuno recurso, existente también en el caso de las sanciones disciplinarias penitenciarias». Una declaración —y la constatación de la realidad normativa— de utilidad a la hora de valorar la competencia jurisdiccional en materia de control de la actuación administrativa, a la luz de lo dispuesto en el artículo 2.*a)* LJCA.

## 5. Los conflictos suscitados con ocasión de la ejecución de Sentencias

A) Es éste uno de los polos de tensión más relevantes en el ordenamiento constitucional en lo que se refiere a la determinación de la posición que ocupan la Administración y los Tribunales. El TCJ se ha preocupado por destacar que «la regla general que preside el designio del artículo 7 de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales, es la de impedir que en asuntos fenecidos por sentencia o auto firmes, puedan los Tribunales ver obstaculizada su genuina potestad de ejecutar lo ya juzgado, núcleo de la jurisdicción que se incardina en la efectividad de la tutela judicial, si no se quiere hacer de este postulado constitucional un enunciado retórico. En la traducción del mandato judicial a la realidad constitucional concernida por aquél a través de una adecuada ejecución, en sus propios términos, de las sentencias y autos firmes, se da cumplimiento a la potestad jurisdiccional, *ex* artículo 117.3 de la Constitución, y se hace efectiva, por aplicación del artículo 24 del mismo texto fundamental, la tutela judicial que Jueces y Tribunales dispensan. Quiérese decir que cualquier excepción a tal regla, incardinada en el ámbito más propio de la función judicial, ha de recibir una interpretación estricta y nunca extensi-

va ni ampliatoria». Pero también ha señalado, a renglón seguido, que «la excepción que el propio artículo 7, ya citado, prevé de permitir conflicto en asuntos judiciales ya "fenecidos" por resolución judicial firme tan sólo "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", no consiente que por tal motivo se altere o tergiverse la ejecutoria, lo que convertiría en inefectiva, total o parcialmente, la tutela jurisdiccional» (S. de 21 de diciembre de 1993, *Palacio del Mayorazgo*).

Ha añadido, en este sentido, que el diseño legal citado «pretende no hacer inoperante el fallo judicial, al impedir el planteamiento de conflictos por parte de la Administración una vez aquél adquirió firmeza, a no ser que concurra alguna de las excepciones establecidas en el mismo precepto, que por su propia naturaleza han de ser interpretadas restrictivamente» (S. de 28 de abril de 1989, *Ayuntamiento de Albal*); y que el artículo 7 de la Ley «no es, ni puede ser, una medida para retrasar el cumplimiento de una sentencia ni para cuestionar lo decidido en ella» (S. de 7 de julio de 1989, *Alcalde de Trévelez*).

Criterio de interpretación restrictivo, por lo tanto; la cuestión, en todo caso, es de mayor calado: como ha puesto de manifiesto S. MUÑOZ MACHADO (9), la previsión en sí misma considerada del artículo 7 es inaceptable: con motivo de analizar «la lucha por el control judicial» de la actuación administrativa, destaca cómo en algunas ocasiones «a los avances jurisprudenciales responde el propio legislador, reivindicando técnicas que reintroducen a la Administración en posiciones de privilegio»; entre los supuestos que maneja en este sentido alude al «increíble artículo 7 de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales», que permite «que la Administración pueda disputar a los Tribunales la forma en que se han de ejecutar las sentencias y, desde luego, obstaculizar estas operaciones. Es notable que tal facultad no estaba comprendida en el artículo 13.*a)* de la anterior Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 17 de julio de 1948. La imposibilidad de que la Administración pudiera usar la vía de los conflictos para pretender acomodar o cuestionar la ejecución de los fallos, está además, terminantemente declarada en la jurisprudencia de conflictos aparecida con ocasión de aquella Ley (Decretos de 26 de julio de 1956, de 20 de febrero de 1969, de 20 de agosto de 1974, etc.). De manera que sería paradójico que en la época constitucional se experimentara un retroceso en este punto».

Convendrá, en todo caso, reparar en los criterios del Tribunal al resol-

(9) S. MUÑOZ MACHADO, *La reserva de jurisdicción* (Madrid, La Ley, 1989, pág. 109). Añadía que «por lo demás, seguramente la nueva ley pretendió traer a su texto una solución en favor de la Administración que evitara la reproducción de conflictos como el que enfrentó al Gobierno y a los Tribunales con ocasión de la extradición de dos súbditos colombianos solicitada al tiempo por EE.UU. y Colombia (que prefería el primero que lo fuese a EE.UU. para atender a las presiones que estaba recibiendo, mientras los Tribunales lo habían concedido a Colombia). Es decir, que tampoco en su fundamentación misma hay error: se trataba de introducirse en el ámbito de la reserva de la jurisdicción».

ver las cuestiones suscitadas, en estos últimos tiempos, al amparo de este precepto.

B) El asunto suscitado en la Sentencia de 21 de diciembre de 1993 —*Palacio del Mayorazgo*—, como lo explica el Tribunal, es el siguiente: «El Ayuntamiento de Arcos de la Frontera, condenado por la Sentencia firme dictada en casación, a restituir a su legítimo propietario, así declarado por el fallo judicial, el inmueble denominado "Palacio del Mayorazgo", de dicha ciudad, pretende asumir para sí la competencia de ejecución de tal sentencia evitando la desposesión a que le impele la providencia judicial de ejecución y lo hace sin que exista concernida ninguna facultad o competencia administrativa cuyo ejercicio sea previo y condicionante de tal desposesión, no lo es, en efecto, el hecho de que en el inmueble existan instalados servicios y dependencias municipales, de los alegados por la corporación, pues ninguna constituye un servicio público de los llamados mínimos y de prestación obligatoria por el artículo 26.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, que tenga como soporte o sede el palacio en cuestión, y no se da, por tanto, el caso de interrupción en un servicio público auténtico, caracterizado por la nota de continuidad y de no interrupción para sus usuarios. Y no lo es tampoco la iniciación de un expediente expropiatorio, en el que se recaba la declaración de urgencia, que afecta a dicho inmueble pues precisamente el dato de la expropiación presupone una situación jurídica de titularidad ajena sobre el palacio, como la declarada por la sentencia, que trata con la potestad expropiatoria, si está justificada, de abatirse.»

Se trata, por tanto, de la ejecución de una Sentencia civil, a la que el Ayuntamiento de Arcos de la Frontera se opone, alegando una eventual expropiación, ajena a la ejecución, y dificultades derivadas de un traslado a otra sede física de oficinas y dependencias municipales, que «podrá dar lugar —según declara la Sentencia—, en su caso, a que en los términos de una ejecución atribuida íntegramente al Juez competente, se inste de éste por la Corporación obligada a cumplir el fallo firme un aplazamiento o medidas que obvien situaciones de incomodidad o trastorno, siendo el Juez quien debe ponderar las circunstancias del caso y acordar en consecuencia. Pero ello no legitima al Ayuntamiento para recabar para sí una supuesta facultad de autotutela con base en facultades administrativas que son, como queda dicho, inexistentes».

En conclusión, el Tribunal declara que corresponde a la exclusiva competencia del Juzgado «la potestad de ejecución de sentencia firme actuada en la providencia que ha dado lugar al presente conflicto jurisdiccional».

En la Sentencia de 28 de abril de 1989 —*Ayuntamiento de Albal*— se resuelve un conflicto suscitado por el Ayuntamiento frente al Juzgado de Primera Instancia número 2 de Valencia, con motivo de la ejecución por éste de una Sentencia firme dictada en un proceso especial del artículo 41 de la Ley Hipotecaria; la Administración invoca, para ello, que la finca es propiedad municipal. El Tribunal declara improcedentemente planteado el

conflicto, con base en el artículo 7 de la LO 2/87; la cuestión objetada frente a la ejecución «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».

Por su parte, en la Sentencia de 7 de julio de 1989 —*Alcalde de Trévelez*— se resuelve un nuevo conflicto suscitado por el Ayuntamiento una vez que la Sentencia es firme, y después de la diligencia de ejecución; el Tribunal lo declara improcedente, «ya que con él se pretende evitar o demorar el cumplimiento de un fallo judicial». El origen del conflicto se encuentra en una Sentencia civil por la que se dispuso «el deslinde de la finca del actor respecto de la de los demandados por el lugar que había de discurrir el camino, en parte destruida, así como el derecho del actor a amojonar la línea divisoria. Se resuelve con ello un problema civil de delimitar el lindero entre fundos y con respecto a un lindero de fincas». Como consecuencia de ello, y con posterioridad, el Ayuntamiento inicia un procedimiento para dar cumplimiento a la Sentencia: «se trata de producir una trasposición en el cumplimiento del fallo de deslinde de la finca del actor de la de los demandados, a la delimitación del camino de Trévelez a Pitres». Pero las actuaciones iniciales exceden de la cuestión civil resuelta por la Sentencia: ésta «fija un lindero que afecta a las partes contendientes en el juicio, con una Sentencia firme que es obligado cumplir y que parte de una invasión de la propiedad privada sobre la colindante, problema discutido y resuelto en vía civil, refiriéndose la delimitación del camino viejo de Trévelez a Pitres a un problema distinto en su contenido y que ha de partir del respeto a la propiedad privada, y que en todo caso sería uno de los linderos de dicho camino, sin que pueda el órgano administrativo sustituir al Juzgado en el cumplimiento de una sentencia civil».

En las Sentencias hasta ahora citadas (como en las de 23 de marzo —*Ayuntamiento de Fene*— y de 1 de julio de 1994 —*Auto Norte, S. A.*—, aunque en éstas de forma incidental), el Tribunal no reconoce competencia alguna a la Administración derivada de la invocación del artículo 7 de la LO 2/87. En cambio, en la de 30 de diciembre de 1993 —*Juzgado de Menores*— puede encontrarse un supuesto en el que la decisión es la contraria. El origen del asunto se encuentra en diversas Sentencias pronunciadas por el Juzgado de Menores número 3 de Barcelona, en las que, además de imponer a unos menores las medidas que consideró procedentes, añadió

en la parte dispositiva una prohibición a la Dirección General de Justicia Juvenil u organismo que le pueda sustituir de la Generalidad de Cataluña. Consistía en lo siguiente: «estas medidas, sin perjuicio de los correspondientes controles que en fase de ejecución corresponden a la autoridad judicial, se llevarán a efecto por la Dirección General de Justicia Juvenil de la Generalitat de Catalunya, u organismo administrativo que pudiera sustituirle, que deberá dar cuenta del proyecto y seguimiento educativo para con el menor en los plazos legales o cada vez que se le solicite, a este Juzgado. Igualmente, se prohíbe expresamente a dicha Dirección General de Justicia Juvenil, u organismo que le pudiera sustituir, llevar a efecto con el menor cualquier tipo de intervención, de la clase que fuere, una vez finalizada la medida judicial aquí impuesta salvo posibles actuaciones absolutamente necesarias, que, en todo caso, se llevarán a cabo por los Servicios Sociales correspondientes, siempre con la voluntariedad del menor y su familia derivase el caso totalmente por la Dirección General de Justicia Juvenil a los organismos competentes de la Comunidad Autónoma de procedencia del menor y cesando, por tanto, dicha Dirección General en sus funciones respecto a dicho menor; en todo caso, para adoptar una actuación de tal naturaleza será necesario la expresa conformidad de la autoridad judicial que tenga el control de la ejecución de esta sentencia, dando a estos efectos previamente audiencia al Ministerio Fiscal y al Letrado del menor».

Como consecuencia de las notificaciones de dichas Sentencias, la Dirección General instó a la Presidencia de la Generalidad para que requiriera al Juzgado de Menores de incompetencia, lo que se verificó; el Juzgado, a pesar del informe contrario del Ministerio Fiscal, mantuvo su competencia, señalando que no procede el requerimiento, al ser las resoluciones judiciales firmes, por lo que el requerimiento sería contrario al artículo 7 de la Ley de Conflictos, sin que existan actuaciones susceptibles de plantear un conflicto con motivo de la ejecución de las resoluciones; y, en fin, que, aunque la prohibición acordada es de futuro, el requerimiento también lo es, para el caso de que en la ejecución se invadieran competencias administrativas.

Planteado el conflicto, el Tribunal lo resuelve en favor de la Generalidad, dejando expresamente sin efecto el pronunciamiento contenido en las sentencias judiciales, en el punto objeto de conflicto.

El Tribunal considera que, de todo lo actuado, resulta que «en las sentencias que están en el origen de este conflicto se incurre en exceso de jurisdicción al incorporar en fallos judiciales un mandato de contenido prohibitivo del ejercicio de competencias administrativas». Sobre ello, añade que no es correcto sostener que la única forma de defender la competencia administrativa sea impugnar jurisdiccionalmente la resolución judicial que presuntamente la invade: «en los conflictos jurisdiccionales se encierra un problema de importancia para el buen funcionamiento de las instituciones, de modo que ni la Administración puede penetrar —o desconocer— lo que define inequívocamente el antes recordado número 3 del artículo 117 de la Constitución, ni el Juez, inserto en el Poder Judicial,

puede invadir o menoscabar lo que es propio de la Administración. Para dirimir las eventuales controversias que se susciten ha sido instaurado este Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales. Cuando se suscite la controversia, como ocurre en el presente caso por la inclusión en un fallo judicial de un pronunciamiento que entraña una invasión competencial de lo que es propio de la Administración, es legítimo que ésta conduzca la cuestión por las vías del conflicto jurisdiccional. Así se ha hecho en este caso, por lo que el conflicto debe resolverse en favor de la Administración, como han entendido con acierto, no sólo la Administración contendiente, sino, además, el Ministerio Fiscal, en sus dos intervenciones, esto es, ante el Juzgado requerido y ante este Tribunal de Conflictos».

C) En los términos en los que, en la actualidad —y desde hace años—, nuestra doctrina y jurisprudencia vienen interpretando las exigencias que derivan del artículo 117 CE, respecto a las potestades jurisdiccionales de ejecución de Sentencias y la posición que ocupan en esa tarea las Administraciones Públicas, resulta realmente sorprendente que no se haya derogado ya el artículo 7 de la LO 2/87, o que no haya sido declarada su inconstitucionalidad.

El Tribunal Constitucional ha declarado, con carácter general, que «la ejecución de las sentencias y resoluciones firmes corresponde a los titulares de la potestad jurisdiccional, "haciendo ejecutar lo juzgado" (artículo 117.3 de la Constitución), según las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan, lo que les impone el deber de adoptar las medidas oportunas para llevar a cabo esa ejecución (Sentencia 26/83, de 13 de abril). Cuando para hacer ejecutar lo juzgado el órgano judicial adopta una resolución que ha de ser cumplida por un Ente público, éste ha de llevarla a cabo con la necesaria diligencia, sin obstaculizar el cumplimiento de lo acordado, por imponerlo así el artículo 118 de la Constitución; en cuanto tal obstaculización se produzca, el Juez ha de adoptar las medidas necesarias para la ejecución, de acuerdo con las leyes, que han de ser interpretadas —según ha declarado el Tribunal en reiteradas ocasiones— de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental. Si tales medidas no se adoptan con la intensidad necesaria —y legalmente posible— para remover la obstaculización producida, el órgano judicial vulnera el derecho fundamental a la ejecución de las Sentencias, que le impone —como antes decíamos— el deber de adoptar las medidas oportunas para llevarla a cabo» (STC 67/84, de 7 de junio); las Administraciones Públicas no cuentan con un ámbito de potestad propio para ejecutar o no las Sentencias judiciales, ya que se trata de una actividad estrictamente jurisdiccional. El asunto está ya inequívocamente resuelto por la jurisprudencia constitucional y, más recientemente, el Anteproyecto de LJCA (redacción de enero de 1995) lo incorpora: es el órgano judicial quien ordena la ejecución (art. 103), quien resuelve sobre la imposibilidad de la ejecución (art. 104), sobre la forma de ejecutar si se produjese «trastorno grave» a la Hacienda pública

(art. 105.3) o si el fallo exigiese que la Administración realice una actividad o dicte un acto (art. 107) y, en fin, para verificar y resolver lo procedente sobre «cuantas cuestiones se planteen en la ejecución» (art. 108).

Es posible que, en fase de ejecución, se produzcan incidencias que afecten intereses públicos —como, por supuesto, privados—; la necesidad de atender al principio de continuidad de los servicios públicos, o la forma de proteger las obras públicas, más típicamente, pueden modular los efectos comunes de la ejecución: pero ni lo impiden (sobre ello se ha detenido M. BELTRÁN, en su interesante trabajo sobre *El poder de sustitución en la ejecución de las Sentencias condenatorias de la Administración* —Cívitas/Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, págs. 389 y ss.—) ni constituyen límites a las potestades judiciales, que habilitarían un ámbito privativo de actuación administrativa. Está explicitado así en la Sentencia *Palacio del Mayorazgo,* del TCJ, en una formulación técnicamente irreprochable. El mantenimiento del artículo 7 de la LO 2/87 contribuye a la formulación de incidentes que tiendan a impedir u obstaculizar el cumplimiento de las resoluciones judiciales, insinuando la existencia de ámbitos exentos de control judicial. La anunciada reforma de la LJCA constituye un buen motivo para derogarlo expresamente.

## 6. LOS CONFLICTOS SUSCITADOS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

A) La determinación de la jurisdicción competente —y, por ende, las reglas aplicables— para resolver asuntos en materia de responsabilidad patrimonial en los que intervienen Administraciones Públicas tiene, realmente, una importancia destacada en nuestro ordenamiento. Tradicionalmente, ha podido constatarse una sucesión de previsiones al respecto, que ha recordado —y sobre algunas de cuyas consecuencias más destacadas ha profundizado— el profesor MUÑOZ MACHADO (10), que arrancan de la atribución al orden civil (art. 4 de la Ley Santamaría de Paredes), se modifican en los artículos 128 LEF y 3.*b)* LJCA —para encomendarlo a la jurisdicción contencioso-administrativa— y se modulan en el artículo 41 LRJAE, que rompe la unidad de jurisdicción, como es conocido. Sobre ello existe una abundante, y no pacífica, doctrina jurisprudencial, tanto de la Sala Primera como de la Tercera, del Tribunal Supremo (11).

El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción se ha ocupado, en diferentes ocasiones, del asunto. Por ello conviene dar cuenta de su doctrina, sin perjuicio de efectuar, finalmente, una consideración añadida a la luz de las reglas de la Ley 30/92, de 26 de noviembre.

(10) S. MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas* (Cívitas, Madrid, 1992; en especial, págs. 95 y ss.).

(11) De ello da cuenta S. MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad...*, op. cit., págs. 98 y ss.; A. F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción* (Tecnos, Madrid, 1985).

B) En la Sentencia de 17 de diciembre de 1991 —*Ayuntamiento de Sevilla*— puede encontrarse un resumen de la doctrina general al respecto. En esta ocasión, el Tribunal declaró que la competencia para conocer del asunto suscitado correspondía al Ayuntamiento de Sevilla, y no al Juzgado de Primera Instancia, pues a aquél compete «pronunciarse sobre la indemnización que de ella se pretende, por su presunta responsabilidad patrimonial, siendo *ex post* la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la competente para conocer del posible recurso jurisdiccional que los presuntos perjudicados puedan interponer frente al acto denegatorio, expreso o presunto, de la Corporación, relativa a la pretensión».

El origen del asunto se encuentra en «el desprendimiento del rótulo cerámico adherido a una pared que daba nombre a una calle de Sevilla, cuyos cascotes alcanzaron a dos personas que se encontraban en las inmediaciones, ocasionándolas lesiones». Los perjudicados instaron juicio declarativo ante el Juzgado de Primera Instancia, en reclamación de cantidad frente a la Corporación; al ser emplazada, requirió de inhibición al Juzgado, planteándose el conflicto.

El razonamiento que se contiene en la Sentencia parte de reconocer que «inicialmente y como regla general, la competencia para el conocimiento de dicha responsabilidad viene atribuida a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», según resulta de los artículos 128 LEF y 3.*b)* LJCA. Pero el artículo 41 LRJAE «vino a romper la unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración». En el criterio del Tribunal, esta ruptura determina «los efectos procesales de las distintas posiciones de las Administraciones Públicas ante el Derecho», ya que el artículo 41 LRJAE atribuía a los Tribunales ordinarios (entiéndase civiles) la competencia en materia de responsabilidad del Estado cuando actúe en relaciones de Derecho privado. La reclamación deberá formularse ante una u otra Jurisdicción, por tanto, «según el Derecho regulador de la actividad que causó el daño, por lo que ha de concluirse que si la Administración Pública cuando causó el daño actuaba como cualquier otro sujeto de derecho, sujeto al Derecho Privado, la pretensión de indemnización no podrá deducirse ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y sí, por contra, deberá deducirse ante esta última cuando en aquel actuar la Administración Pública esté sujeta al Derecho público administrativo».

Aplicando esta doctrina al supuesto suscitado, se concluye afirmando la competencia de la Administración, y eventualmente de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ya que los daños «se han producido en el marco de la prestación de un servicio público —el de rotulación de calles— que es de la competencia del Ayuntamiento, como órgano gestor de los intereses municipales, con lo que lejos de tener aquéllos su origen en un actuar de la Corporación en relación de derecho privado, lo tienen en un actuar de esta última en relación de derecho público».

El criterio así formulado se adecúa estrictamente a las reglas entonces en vigor (hoy alteradas por el artículo 144 de la Ley 30/92), aunque no sea el que ha seguido de ordinario la jurisprudencia civil del Tribunal Supre-

mo; esta última, además de emplear los criterios de la vis atractiva y de evitar el «peregrinaje jurisdiccional», actúa básicamente atendiendo a dos criterios sumamente marcados: por una parte, entendiendo como pertenecientes a la categoría de actuaciones sometidas a Derecho privado múltiples supuestos que son, inequívocamente, subsumibles en el genérico concepto de funcionamiento del servicio público; por otra, sustituyendo la descripción constitucional y legal (funcionamiento —normal o anormal— del servicio público) por una categoría doctrinal diferente, que alude a los supuestos en que la Administración «actúa investida de soberanía o *imperium*».

En lo que se refiere al primer aspecto indicado, pueden ser ilustrativos los supuestos contemplados en las Sentencias TS (Sala 1.ª) de 27 de julio de 1993 (reclamación al Ayuntamiento de Moeche por la muerte de un motorista que alcanza un bache en una pista), de 17 de mayo de 1994 [«al actuar el Ayuntamiento como empresario para la organización y explotación económica de una corrida de toros (novillada) (...) no se hallaba, obviamente, prestando algún servicio público, sino que actuaba en relaciones de Derecho privado, en cuyo caso la competencia para el conocimiento y resolución de las reclamaciones derivadas del ejercicio de tal actividad no pública, sino privada (que ésa es la calificación que ha de atribuirse a su aludido carácter de empresario) corresponde a esta jurisdicción civil...»; criterio que contrasta abiertamente con el mantenido por la Sala 3.ª en Sentencia de 27 de enero de 1992] o de 8 de junio de 1994 (daños producidos a consecuencia de rotura de tubería de alcantarillado de agua potable, exigidos al Ayuntamiento de Salamanca; que no se acompasa con el criterio habitual de la Sala 3.ª —cfr. STS de 7 de octubre de 1991, referida al Ayuntamiento de Mequinenza—).

Respecto al segundo de los aspectos señalados, la Sentencia de 8 de junio de 1994, citada, constituye un buen ejemplo de lo que se indica. El supuesto allí contemplado era la producción de daños derivados de la rotura de una tubería de alcantarillado de agua potable, ubicada en calle pública; el Ayuntamiento de Salamanca sostuvo la incompetencia de la jurisdicción civil, por corresponder a la contencioso-administrativa, y el Tribunal Supremo desestimó el motivo de casación. Indicó para ello que la responsabilidad patrimonial de la Administración (antes de la «Ley de Procedimiento Administrativo para las Administraciones Públicas») «surge en los casos en que la Administración, en este caso la local, actúa investida de soberanía o *imperium* y no como un particular desprovisto de esta facultad». Aunque se trate de un servicio público, en el caso enjuiciado (suministro de agua) «el hecho ahora incriminado no deriva directamente de tal obligación de carácter público, sino de la falta de diligencia y de la suficiente vigilancia por parte de la recurrente en relación con sus empleados o agentes que realizaron la instalación de la tubería (...). Fue, por consiguiente, la causante de los daños una conducta extraadministrativa, desconectada del servicio público que incumbe a la recurrente, y que no puede ser calificada de funcionamiento anormal del servicio (...) en cuanto la Administración

Local actuó como persona jurídica privada, igual que cualquier particular sujeto a derechos y obligaciones, sin hallarse investida a la sazón en el desarrollo de esa actividad de la prerrogativa o atributo de poder...».

La equiparación que se efectúa entre funcionamiento del servicio público y acto de *imperium* no parece, a estas alturas de la evolución del Derecho público, especialmente correcta. En todo caso, me parece destacable una afirmación que se emplea, además, para sostener la intervención de la jurisdicción civil: en aquel caso (y la referencia se sucede en otras ocasiones: STS de 30 de julio de 1994), el Ayuntamiento invocó la doctrina de la Sala 3.ª TS al respecto, obteniendo como respuesta la siguiente: «sin que se estime aplicable por esta Sala, como se ha reconocido en diversidad de sentencias de la misma, en concepto de jurisprudencia a tener en cuenta la doctrina sentada por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa». Una compartimentalización de la jurisprudencia que no es, ciertamente, beneficiosa ni para el ordenamiento jurídico ni para la posición de los ciudadanos.

En la misma línea insiste, más recientemente, la Sentencia (Sala 1.ª) de 24 de marzo de 1995, en la que se enjuicia la responsabilidad derivada de un accidente padecido por un niño en una instalación municipal de juegos infantiles; con motivo de resolver el recurso de casación instado por los funcionarios condenados en instancia (por violación del artículo 5.C LBRL, aunque ni los recurrentes ni el órgano judicial reparen en que el precepto fue declarado inconstitucional por la STC 214/89, de 21 de diciembre), el Tribunal declara que la vigilancia y conservación de las instalaciones municipales «cae evidentemente fuera de la estricta prestación de un servicio público y precisamente infringen con su conducta el precepto que se invoca del artículo 25.2.*a)* de la misma Ley en cuanto ello motivó el abandono por el Municipio de su competencia sobre "seguridad en lugares públicos"...». Criterio que, una vez más, contrasta con el mantenido por la STS (Sala 3.ª) de 29 de marzo de 1995, en la que se enjuicia la responsabilidad derivada de las lesiones sufridas por una niña en la zona de juegos infantiles de un parque, en la que se declara que las lesiones se producen «como consecuencia de un anormal funcionamiento de un servicio público de titularidad municipal, y, por ende, responsable de la administración local titular del mismo».

C) El criterio de resolución de conflictos se complica, ciertamente, cuando en la reclamación queda involucrado, junto a una Administración Pública, un sujeto privado. De este tipo de supuestos se ha ocupado el Tribunal en la Sentencia de 21 de diciembre de 1993 —*Ayuntamiento de Sabiñánigo*—, donde se declara la competencia del Juzgado de Primera Instancia. La descripción de los hechos que allí se contiene alude a que en octubre de 1980 un niño de catorce años, a la salida del colegio, «y mientras jugaba con unos amigos se encaramó a un remolque de los utilizados como carroza en las fiestas del pueblo. Al agarrarse a uno de los paneles de la carroza, éste cedió, cayendo al suelo y siendo sepultado en el mismo.

A resultas del accidente sufrió gravísimas lesiones por las que estuvo internado cuarenta y nueve días en Zaragoza y le han quedado secuelas, no obstante sufrir diversas operaciones de cirugía maxilofacial y estética. La carroza estaba estacionada en la calle Derechos Humanos de Sabiñánigo, en el lugar cercano a un grupo escolar y un instituto de Bachillerato, sin ninguna vigilancia. La carroza estaba armada y decorada por el Ayuntamiento de Sabiñánigo y una peña de fiestas denominada Edelweis».

La decisión del Tribunal se funda en dos tipos de razonamientos: por una parte, considera que el Ayuntamiento, codemandado en el proceso civil junto a la asociación privada Edelweis, pretende que se desapodere al Juez, porque la resolución correspondería a la Administración; pero que en el asunto suscitado, donde finalmente debería dilucidarse si la resolución de las pretensiones del actor corresponde a la jurisdicción civil o a la contencioso-administrativa, «no estamos ante un verdadero y propio conflicto jurisdiccional, en el sentido que a éstos atribuye la citada Ley reguladora, utilizando el término "jurisdicción" en sentido amplio o genérico, pues ésta trata de solventar la pugna entre competencia *sensu stricto* de entes administrativos y sus órganos, y Jueces y Tribunales de otro lado». Como el Ayuntamiento desestimó previamente la petición de responsabilidad, «lo que se discute es un problema intrajurisdiccional, que tiene su cauce en un eventual planteamiento por la parte demandada, si así lo entiende, de la excepción de "incompetencia de jurisdicción" o falta de jurisdicción, del artículo 533 número 1 LEC, debiendo el Juez civil que en este caso conoce del proceso el que deberá examinarlo y decidirlo en el seno del proceso».

Por otra parte, señala que en el fondo tampoco tiene razón la Corporación Local, «pues como ha establecido una mayoritaria jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, cuando los daños que dan pie a la acción resarcitoria se imputan a un ente público y a sujetos particulares que concurrieron con aquél a producir la lesión, dando lugar a un litisconsorcio pasivo de tal índole, la competencia no es de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino de la civil».

En la misma línea, pero apuntando ya algunos elementos de matización —que se consolidan más adelante, como después se indica—, se sitúa la Sentencia de 4 de abril de 1994 —*bache en la calle Asunción*—; los hechos de los que deriva finalmente el conflicto son los siguientes: «el día 2 de diciembre de 1989, don Juan Manuel González Batista, que conducía el automóvil matrícula CA-9922-K, propiedad de su esposa, doña María del Carmen Corbacho Díaz, por la avenida Virgen de Luján, de Sevilla, al cambiar de dirección hacia la derecha e introducirse en la calle Asunción, lo hizo de forma abierta, tomando la izquierda de esta vía, y bien porque lo hiciera a velocidad inmoderada o bien porque se introdujese en un profundo bache o por la conjunción de ambas causas, perdió el control de su vehículo, el que fue a colisionar contra las matrículas SE-7403-, propiedad de don Enrique Manuel Revuelta García, y CA-3648-D, propiedad de don Antonio Carmona Arroyo, el que salió impulsado contra el de matrícula

AL-2164-A, propiedad de don Torcuato Luca de Tena Puig, al que desplazó hasta chocar contra un árbol, cuando todos éstos se encontraban estacionados al lado de la acera izquierda de la calle Asunción, según la dirección que él tomaba». A raíz de estos hechos se formulan diversas demandas, todas ellas, obviamente, en reclamación de cantidad y todas ante la Jurisdicción civil: por una parte, el propietario del último vehículo alcanzado contra todos los intervinientes (incluida la compañía de seguros y el Ayuntamiento de Sevilla); la propietaria del primer vehículo contra el Ayuntamiento (por la existencia del bache); y uno de los propietarios de los vehículos que forman la cadena contra el propietario, conductor y compañía de seguros del primer vehículo, así como contra el Ayuntamiento. Los tres juicios son acumulados y, a instancia del Ayuntamiento, se plantea el conflicto.

El Tribunal considera preciso distinguir dos supuestos, a efectos de determinar la competencia controvertida. Por una parte, considera que la resolución de la reclamación formulada por la propietaria del primer vehículo, frente al Ayuntamiento, debe ser resuelta por la Administración; pero la solución no resulta la misma si se atiende a las demás reclamaciones, porque en la medida en que se basan en la existencia de un bache en la vía pública la pretensión debería resolverse por la Administración (sin que fuese obstáculo para ello la acumulación acordada por el Juzgado, «ya que en este supuesto podría perfectamente efectuarse una desacumulación al haberse efectuado ésta indebidamente por infracción de lo dispuesto en los artículos 154 y 164 LEC, aplicables por analogía por similitud de casos contemplados»), pero no en cuanto que se tomase en consideración la intervención de los sujetos privados. Atendiendo a este supuesto, la resolución del conflicto debería hacerse de forma íntegra en favor de la Administración o de la Jurisdicción (porque, en otro caso, padecería la continencia de la causa, «con los inconvenientes de la posibilidad de decisiones contradictorias si se hubiese de ir de la Jurisdicción a la Administración o viceversa, que incluso podrían implicar una denegación de justicia de difícil solución si ambas, sucesivamente, impidiesen la reparación por razones de forma o de fondo, o si se hubiese de ir simultáneamente a las dos en reclamación de sus respectivas cuotas y se produjese idéntico efecto, inconvenientes que, indudable y necesariamente, abonan la unidad de procedimiento y de órgano decisorio»); para ello, recuerda la «vis atractiva» de la jurisdicción del orden civil y su carácter residual (art. 9.2 LOPJ), y concluye que «cuando los daños que dan pie a la acción resarcitoria se imputan a un ente público y a sujetos particulares, dando lugar a un litisconsorcio pasivo, la competencia es de la Jurisdicción con el orden civil».

Y, no obstante ello, resuelve el conflicto de forma dual: la competencia para conocer de la reclamación formulada por la propietaria del primer vehículo frente al Ayuntamiento debe resolverse por éste; en cambio, las demás competen al Juzgado de Primera Instancia.

La doctrina principal que se ha indicado no es, en todo caso, absoluta; en la Sentencia de 20 de junio de 1994 —*obra pública en Sevilla*— se en-

cuentra un criterio de corrección o matización a la misma. En esta ocasión se reconoce la competencia del Ayuntamiento de Sevilla para resolver la petición de indemnización, formulada contra la empresa «Obras y Servicios Hispania, S. A.» y contra el Ayuntamiento, con base en los siguientes hechos: el actor, cuando circulaba con su vehículo por una avenida sevillana, «se vio sorprendido por la presencia en la calzada de un corte asfáltico sin señalización, por lo que, tras el hundimiento de las ruedas en el hueco, colisionó con la reanudación del asfalto, lo que provocó daños en el automóvil»; añadía que el «corte» se debía a una obra que en la vía pública realizaba la empresa demandada, «al parecer en virtud de una concesión administrativa...». El Tribunal recuerda que en diferentes ocasiones «se ha acogido, con distinto grado de expresividad y contundencia, la mayoritaria jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo favorable a la competencia de la jurisdicción civil cuando los daños que dan pie a la acción resarcitoria se imputan a un Ente público y a sujetos particulares que concurrieron con aquél a producir la lesión»; pero añade que «sin embargo, este Tribunal entiende que aquella doctrina jurisprudencial no puede aceptarse con tal rigidez ni seguirse de modo tan mecánico que se excluya la ponderación de los términos en los que la actuación del particular demandado se halla colocada en relación con el funcionamiento del servicio público que está en la causa del efecto lesivo producido. Y en esa ponderación, resulta forzoso diferenciar el caso de una convergencia eventual de la acción del particular y del funcionamiento del servicio público (por títulos distintos e inconexos entre sí) en la causación del resultado dañoso, del caso en el que la posición del particular se inserta en el propio funcionamiento del servicio público. Esto último acontece cuando el particular demandado no actúa propiamente en su condición de tal particular sino como agente de la Administración titular del servicio público o cuando, como ocurre en el caso ahora analizado, la sociedad particular demandada figura incorporada a la esfera de prestación del servicio público en concepto de contratista del ente administrativo codemandado».

Por ello, «al ser dominante el funcionamiento del servicio público en el origen causal del daño alegado —aunque medie la interposición de un contratista— el requerimiento de inhibición debió ser atendido por el Juzgado de Primera Instancia», añadiendo que, sin analizar la aplicabilidad de la Ley 30/92, «sea perceptible que la conclusión alcanzada, bien que deducida de la legislación anterior, parece enlazar suave y armónicamente con la línea de evolución en la que se sitúa y con la finalidad a la que se orienta la citada nueva Ley 30/92».

D) Ciertamente, el criterio mantenido por el Tribunal de Conflictos respecto a la vis atractiva de la jurisdicción civil es el que mantiene habitualmente la Sala Primera del Tribunal Supremo: «cuando la Administración es demandada conjuntamente con personas físicas o jurídicas privadas existiendo un vínculo de solidaridad entre ellas, se impone la vis atractiva de esta jurisdicción civil (Ss 2-2-1987, 10-11-1990, 17-7-1992, además

de las que citan tales sentencias)» (SsTS de 2 de junio y 8 de julio de 1994); en el mismo sentido, calificando tal competencia como «exclusiva», la STS de 30 de julio de 1994. La razón, según explica la Sentencia (Sala 1.ª) de 20 de junio de 1994, es que «ha de actuarse en una única vía procesal, pues el desdoblamiento de órdenes jurisdiccionales distintos ante los que fuese planteada la misma acción de resarcimiento, aparte de contrariar el principio de economía procesal, supondría quebrar la continencia de la causa y el riesgo inevitable de dar lugar a resoluciones diferentes e, incluso, opuestas, (...) y teniendo en cuenta que la vis atractiva que caracteriza a la jurisdicción civil, que se pone de manifiesto en el artículo 22 LOPJ, ha de afirmarse la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden civil para el conocimiento del presente litigio».

Bien es cierto que la jurisprudencia contencioso-administrativa no siempre conviene con este criterio, pues resuelve con frecuencia supuestos en los que existe intervención, en la producción del resultado lesivo, de un sujeto privado junto a una Administración (este supuesto le ha servido para conformar su interpretación respecto a la no interrupción de la relación de causalidad y la modulación de la indemnización). Así, en la Sentencia TS (Sala 3.ª) de 17 de marzo de 1993 se esboza la doctrina general al respecto: «la intervención de terceros en la producción de los daños es ya un problema clásico en el campo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sobre el cual la jurisprudencia de este Tribunal no tiene una solución definida, sino una constante invocación a respuestas puntuales e individualizadas, subordinadas a las circunstancias específicas y peculiares de cada caso concreto, sin duda para evitar que formulaciones excesivamente generales puedan acarrear en el futuro consecuencias indeseadas o excesivas (...) El relativismo o casuismo de la materia, en los casos de meras inactividades de la Administración, acaso sólo permita concluir que ni el puro deber abstracto de cumplir ciertos fines es suficiente para generar su responsabilidad cuando el proceso causal de los daños haya sido originado por un tercero, ni siempre la concurrencia de la actuación de éste exime de responsabilidad a la Administración cuando el deber abstracto de actuación se ha concretado e individualizado en un caso determinado». La jurisprudencia contencioso-administrativa, por tanto, «admite la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando en la producción del evento dañoso concurre la intervención de la Administración junto con la de la víctima o un tercero, reconociéndose en este supuesto la posibilidad de apreciar una concurrencia de culpas para mitigar el *quantum* indemnizatorio» (STS de 15 de febrero de 1994), sin que por tal circunstancia se declare la competencia de la Jurisdicción civil.

La situación, desde la perspectiva que nos ocupa, es ciertamente chocante. No parece que tenga justificación la discordancia jurisprudencial entre ambos órdenes jurisdiccionales, que sólo añade un riesgo para los interesados; la doctrina del TCJ debería ser útil y eficaz para la resolución de estas discrepancias, con carácter general. La solución última debe, en mi criterio, asegurar y clarificar la Jurisdicción —única— competente para re-

solver los conflictos suscitados, pues la intervención dual demuestra que se acuñan soluciones jurídicas —sustantivas— diferentes. La cuestión relevante, por tanto, no es tanto si debe actuar uno u otro orden jurisdiccional, sino que quien lo haga finalmente aplique en cada caso las reglas jurídicas pertinentes; como ha explicitado S. MUÑOZ MACHADO, «el conocimiento por la jurisdicción civil de la responsabilidad de la Administración se hace aplicando principios y técnicas del ordenamiento civil (...) La diferencia no es baladí, ya que, aplicando el ordenamiento civil, la responsabilidad de la Administración es responsabilidad por culpa y no responsabilidad objetiva» (pág. 105), añadiendo que «el resultado es paradójico. Y la sustitución de la legislación administrativa por la legislación civil difícil de justificar, en mi criterio: una cosa es que se dé por buena y acepte la conclusión establecida de que las acciones de responsabilidad dirigidas conjuntamente contra la Administración y un particular conozca la jurisdicción civil, y otra bien distinta que no se aplique el derecho material que rige la actividad administrativa» (pág. 116) (12).

La cuestión ha tratado, en todo caso, de clarificarse legislativamente. La Ley 30/92 ha restablecido la unidad procesal para resolver los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración, sentando la regla de que el cauce para exigir la producida en relaciones de Derecho privado es también el administrativo (art. 144) (13), aunque nada establezca respecto a los supuestos de participación de sujetos privados. El correlato de esta regla debe encontrarse en la Ley de la Jurisdicción; el Anteproyecto de LJCA ha establecido al respecto (al menos en la versión última que conozco, de enero de 1995) que «el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: (...) *c)* la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que aquélla deriva. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante podrá deducir también frente a ellos su pretensión de resarcimiento ante este orden jurisdiccional, no pudiendo en ningún caso ser demandada la Administración pública por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social» (art. 2).

---

(12) S. MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil...*, op. cit.

(13) Según indican E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ (*Curso...*, vol. II, 4.ª ed., Madrid, 1993, pág. 386), el único cambio producido por la Ley 30/92 respecto al planteamiento tradicional formulado por el artículo 41 LRJAE «no concierne al régimen sustantivo de la responsabilidad de esta clase, como sostiene Leguina, sino al procedimiento a seguir para su exigencia, que antes de la LPC se remitía por el artículo 41, *in fine*, LRJAE a los Tribunales ordinarios y ahora, en cambio, se reconduce por el artículo 144, *in fine*, LPC a "lo previsto en los artículos 142 y 143" de la propia LPC, es decir, al procedimiento único que ésta establece con carácter general y que remite en último término, una vez que la Administración dicte la correspondiente resolución expresa o se produzca el acto presunto denegatorio de la solicitud de indemnización correspondiente (art. 143.3) a los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa». Si bien añaden que «no sería de extrañar, sin embargo, que la unidad jurisdiccional acordada por el artículo 144, *in fine*, LPC termine por difuminar un día la diferencia de los regímenes de fondo correspondientes a ambos tipos de responsabilidad que la nueva ley ha mantenido».

## 7. El criterio para determinar la competencia cuando el origen del conflicto se suscita con motivo de embargos o situaciones concursales

A) Salvo error por mi parte, la jurisprudencia reciente del Tribunal en materia de concurrencia de embargos se mantiene sin fisuras en la misma línea tradicional. Lo expone con claridad la Sentencia de 20 de junio de 1994 —*Markvin*—, en la que se recuerda que «tanto en aplicación de la antigua Ley de 17 de julio de 1948 como la de la vigente de 18 de mayo de 1987 se ha venido estableciendo reiteradamente la doctrina de que la competencia para continuar el procedimiento de apremio, en caso de concurrencia de embargos judiciales y administrativos, corresponde a la autoridad que primeramente trabó embargo sobre los bienes en litigio (Sentencias de 9 de julio y 10 de noviembre de 1986, y de 13 de julio de 1988, a las que se remiten otras posteriores), doctrina jurisprudencial en la que se fundan para sostener su jurisdicción las dos autoridades en conflicto, si bien la Administración entiende que la preferencia viene dada por la fecha en la que se decretó el embargo, mientras que el Juzgado sostiene que lo decisivo es la fecha en que se practicó la traba de los bienes». Concluyó el Tribunal que el correcto es este segundo criterio, porque el embargo «no surte plenos efectos mientras el mandamiento de embargo no se concreta sobre bienes específicos, como la anotación, depósito o administración de los mismos, que así quedan ligados o trabados, mediante una sujeción directa, al cumplimiento de las obligaciones que resulten del procedimiento de apremio».

Se insiste en el criterio de que «la jurisdicción corresponde al órgano judicial o administrativo que primero trabó el embargo sobre los mismos bienes» en la Sentencia de 3 de enero de 1994 —*Cerabade, S. A.*—, que invoca en la misma línea las de 16 de diciembre de 1991 y 7 y 17 de noviembre de 1992; y en la de 14 de diciembre de 1990 —*Vicegres, S. A.*— aplicando la misma doctrina también en relación a los embargos derivados de débitos salariales.

Es, en fin, el criterio que finalmente ha incorporado el Reglamento General de Recaudación (RD 1684/90, de 20 de diciembre), en cuyo artículo 117 establece que «en caso de concurrencia de embargos judiciales o administrativos sobre unos mismos bienes o derechos, la preferencia de embargo se determinará por la prioridad en la traba».

B) Algún interés mayor adquieren las resoluciones del Tribunal en las que se plantean problemas en relación con la situación concursal de la empresa. En la Sentencia de 20 de diciembre de 1993 —*Cediasa*— se enjuicia la decisión del Juzgado de Primera Instancia, que tramita la quiebra de la mercantil Cediasa, de requerir a la Delegación de Hacienda para que suspenda el procedimiento de apremio seguido frente a dicha empresa. Con tal motivo, el Tribunal reitera su doctrina al respecto: «una de las consecuencias jurídicas inherentes a la quiebra y a la suspensión de pagos es la

paralización de las acciones individuales. La paralización es tan esencial en la "suspensión de pagos" como la "quiebra", tanto que de ella toma su nombre el procedimiento de suspensión. La cuestión en este "conflicto" es si la regla de la suspensión comprende los procedimientos fiscales (los apremios fiscales), cuestión que se plantea por cuanto una legislación fiscal excepcional de la suspensión en tal supuesto». La postura tradicional ha sido sostener la exclusión de la regla de suspensión en los procedimientos fiscales (S. de 26 de octubre de 1987), completada con la de la prioridad temporal del embargo: «trasladada la regla al caso de la quiebra, significa que si el embargo fiscal precede al proceso de quiebra (al momento de su formal iniciación) prevalece la competencia administrativa para la ejecución del concreto bien embargado, actuando individualizadamente el crédito de la Hacienda Pública», añadiendo que el momento temporal al que se anuda la prioridad de la quiebra es el de la declaración judicial de la misma.

La interpretación se completa atendiendo a los efectos que, respecto a la resolución de conflictos, deben anudarse a las decisiones judiciales sobre retroacción; lo explicita la Sentencia del Tribunal también de fecha 20 de diciembre de 1993 —*Imepiel*—: «es conocido que al dictar el auto declarativo de la quiebra el Juez establece —si así lo considera— la fecha anterior a la cual se retrotraen sus efectos. Esta medida que puede adoptar el Juez y que, comúnmente, suele hacerse coincidir con el momento en que se produjo —o mejor, se manifestó— la insolvencia del quebrado o éste cesó en sus pagos, tiene su originaria razón en proteger a los acreedores del quebrado frente a los actos por éste realizados en su perjuicio en lo que pudiera llamarse período de sospecha. Es, por ello, un argumento que no puede trasladarse para definir el tiempo al que se anuda la prioridad, como regla determinante para resolver el conflicto jurisdiccional, pues opera por razones bien distintas, obvio como es que no puede verse en el embargo administrativo una connivencia o sospecha, que, en definitiva, es lo que está en la base de la retroacción de la quiebra».

En términos semejantes se pronuncia la Sentencia de 21 de marzo de 1994 —*Grupo Torras*—, en la que el Tribunal resuelve el conflicto suscitado, entre el Departamento de Economía y Finanzas de la Generalidad de Cataluña y un Juzgado de Primera Instancia de Madrid, en favor de la Administración; como indica, «tiene por objeto determinar si después de dictada la providencia por la que se tuvo por solicitada la declaración de suspensión de pagos de la compañía mercantil "Grupo Torras, S. A.", puede la Administración tributaria de la Generalidad de Cataluña iniciar un procedimiento de apremio hasta trabar embargo sobre determinados bienes de esa entidad, como medida cautelar, o si, por el contrario, esa prerrogativa queda en suspenso desde que se tiene por solicitada la suspensión de pagos, correspondiendo la competencia exclusivamente al Juzgado en el que se siguen las actuaciones». El razonamiento de la Sentencia es el siguiente: el último párrafo del artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos «no es aplicable a los embargos trabados o que pueda trabar la Hacienda Pública

—tanto estatal como autonómica, en su caso— en el ejercicio de las prerrogativas que para la cobranza de los tributos le confiere el artículo 31 de la LGP, en relación con el artículo 129 LGT: *a)* en primer lugar, porque aquel precepto se refiere literal y exclusivamente a los embargos judiciales; *b)* en segundo término, porque tanto el artículo 34.1 LGP como el 136 LGT establecen que el procedimiento de apremio no se suspenderá por el ejercicio de otras acciones o reclamaciones sobre los mismos bienes, sino una vez que se haya llevado a cabo su embargo y anotación preventiva, en su caso, en el Registro público correspondiente; y *c)* finalmente, porque la suspensión de pagos, por naturaleza, lo único que persigue es paralizar los actos individuales de ejecución sobre el patrimonio del deudor (salvo que se trate de bienes hipotecados o pignorados), paralización que no alcanza las medidas cautelares que pueda adoptar la Administración fiscal en el ejercicio de sus prerrogativas».

## 8. La cuestión de los interdictos frente a la Administración

A) En la Sentencia de 21 de diciembre de 1993 —*Continente*— se resolvió el conflicto suscitado con motivo del planteamiento de un interdicto de retener la posesión formulado por la Comunidad de Propietarios del Polígono Industrial y Comercial Palmones I (sito en el término municipal de Los Barrios, Cádiz) frente a «Centros Comerciales Continente, S. A.», con base en «el derecho de paso invocado por la reclamante basado en haberse colocado en los últimos días del mes de agosto de 1992 unos hitos o mojones que impedían el tráfico rodado y consecuente comunicación entre los polígonos Palmones I y Palmones II y el consiguiente acceso a la calle Fragata, que hasta dicho momento daba acceso por la parte sur al hipermercado Continente y podía igualmente accederse a la carretera N-340 por la parte norte de dicho hipermercado». El Juzgado estimó la acción interdictal, reconociendo el derecho de la actora a mantener su posesión y ordenando a la demandada que se abstuviera en lo sucesivo de realizar cualquier acto que obstaculizase la servidumbre de paso. Aunque se apeló la Sentencia —recurso que estaba pendiente de resolución—, en ejecución de sentencia se acordó la destrucción de los bordillos que interrumpían el tráfico (y que delimitaban el espacio pretendido como aparcamiento del hipermercado), medida que se ejecutó. Poco tiempo después, la misma demandante puso en conocimiento del Juzgado que los bordillos habían sido repuestos, interrumpiéndose el paso por la llamada prolongación de la calle Fragata, por «personal contratado por el Ayuntamiento de Los Barrios, con el apoyo de la Policía Municipal del mismo Ayuntamiento». Por ello, el Juzgado incoó diligencias previas contra el Alcalde, por presunto delito de coacciones, y le requirió para que repusiese la situación a su estado anterior. Y con este motivo se suscitó el conflicto, en el que el Ayuntamiento reclamaba su competencia en materia de ordenación del tráfico, urbanismo y protección de los bienes municipales; aludía, en particular, a

que las normas urbanísticas habían atendido a la continuidad viaria entre los polígonos Palmones I y Palmones II, así como la ordenación del tráfico.

El Tribunal resolvió el conflicto en favor del Ayuntamiento; destacó para ello que «las calles son bienes de dominio público (art. 74.1 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local) sobre las cuales se proyecta plenamente el conjunto de las prerrogativas locales respecto de sus bienes y, entre ellas, la de autotutela y la de recuperación de oficio. La naturaleza de lo que el Ayuntamiento considera una calle y, por tanto, de dominio público abierta al uso general, es dato del que necesariamente ha de partirse en tanto una decisión judicial del órgano jurisdiccional competente no declare otra cosa. Tal declaración no se ha producido en este caso, pues obviamente no es válida a tal fin la resolución dictada, invocada por el Juez requerido, no precedido de un proceso inter-partes en sede jurisdiccional procedente».

Por su parte, la Sentencia de 16 de diciembre de 1991 —*Canal de Fuente Alamo*— resuelve el conflicto suscitado con motivo, también, de un interdicto de retener la posesión planteado por el sujeto expropiado ante el correspondiente Juzgado de Primera Instancia, en favor de la Administración. De los antecedentes de la Sentencia resulta difícil comprender el motivo que justificó la interposición del interdicto: con motivo de la aprobación, por el MOPU, del proyecto «de elevación de canal de Fuente-Alamo, canales, redes principales y secundarias de riego, desagües y caminos de las zonas regables del campo de Cartagena», se inició expediente expropiatorio sobre los terrenos afectados por las obras, que incluían parte de la finca «La Coronela», del actor; se siguieron los trámites legales y, a falta de acuerdo en la determinación del justiprecio, se remitieron las actuaciones al Jurado Provincial, depositándose el precio fijado por este órgano e interponiendo el expropiado el correspondiente recurso contencioso-administrativo. Y con este planteamiento se indica que el expropiado interpuso interdicto de retener, «por estimarse que en el expediente expropiatorio se han cometido graves infracciones que afectan a los derechos subjetivos del demandante».

El Tribunal recuerda que «la obra es de utilidad pública, se ha declarado la necesidad de ocupación, efectuado el depósito del precio fijado por el Jurado Provincial de Expropiación y acta de ocupación y ante la falta de conformidad del propietario el precio definitivo queda supeditado al resultado del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el señor Olivo». Contrastada esta circunstancia, ciertamente relevante para la resolución, el Tribunal explicita una interpretación general respecto al régimen de los interdictos frente a la Administración: «los interesados en toda actuación administrativa que afecte al derecho de posesión de un inmueble pueden utilizar, aparte de los demás medios legales procedentes, los interdictos de retener y recobrar, cuya procedencia viene determinada o por la falta de competencia de los órganos administrativos o por la omisión de algunos de los requisitos sustantivos que como medios de protección de sus derechos autoriza el artículo 125 de la LEF, frente a la llamada "vía de he-

cho", lo que no puede darse en un procedimiento en el que se han cumplido todos los requisitos, y se ha llegado a la fase final del depósito de la cantidad fijada como precio justo por el Jurado Provincial en la Caja General de Depósitos de la Delegación de Hacienda de Murcia, y como sanción y garantía del procedimiento de los derechos del particular se ha ejercido por éste recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de dicho Jurado Provincial».

Otro asunto que tiene como trasfondo la acción interdictal es el resuelto por la Sentencia de 20 de diciembre de 1991 —*Demarcación de Carreteras del Estado*—. El Tribunal explicita que «conviene igualmente resaltar que la ausencia en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de un procedimiento especial y sumario por el que los interesados pudieran acceder, con carácter inmediato, a dicha jurisdicción para defenderse de ataques de la Administración merecedores de la calificación de vías de hecho, y la necesidad, por tanto, de tener que acudir, en dichos supuestos, a la jurisdicción civil, al estar residenciada en la misma la protección interdictal, no debe suponer merma alguna de los derechos de los particulares para obtener una respuesta jurisdiccional adecuada —positiva o negativa— a la pretensión ejercitada». Porque el asunto que en esta ocasión se suscita alude a la actuación administrativa consistente en tomar posesión del inmueble expropiado, por el procedimiento de urgencia, antes de haberse constituido el necesario depósito previo. El Tribunal señala que la infracción denunciada «reviste, en principio, gravedad suficiente a los efectos de poder merecer la calificación de vía de hecho y, consiguientemente, de permitir al Juez del orden civil el conocimiento del asunto, sin que se oponga a ello, en contra de lo manifestado por el Ministerio Fiscal, el ulterior cumplimiento de aquel requisito, pues tal incidencia, que sin duda deberá ser analizada y valorada por el Juez ordinario, no es causa suficiente para desapoderarle de su jurisdicción». Por ello se resuelve el conflicto en favor del Juzgado.

Esta es la doctrina general al respecto, aunque exista alguna sorprendente resolución en la que parece adoptarse un criterio más que restrictivo; en la Sentencia de 4 de noviembre de 1992 —*Asociación de Vecinos San Cristóbal*—, el Tribunal señaló que «siendo el interdicto de recobrar, por naturaleza, un proceso civil que tiene por objeto la protección posesoria... es indudable que su conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria», declarando la improcedencia de que la Administración recabe para sí el conocimiento del asunto —residenciado en vía interdictal ante la jurisdicción civil—, «sin perjuicio de que si no está de acuerdo con la Sentencia recaída, queda utilizar contra ella los recursos que la Ley establece al efecto; ni cabe tampoco que el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción entre a analizar cuestiones de procedimiento o de fondo suscitadas en el juicio interdictal —tales como la legitimación pasiva, la naturaleza demanial o privada del inmueble cuya posesión se pretende, o la utilización de la vía de hecho—, porque, según el artículo 17.1 de la LO 2/87, de 18 de mayo, la Sentencia que dicte este Tribunal se limitará a declarar a quién correspon-

de la jurisdicción controvertida, no pudiendo extenderse a cuestiones ajenas al conflicto jurisdiccional planteado».

Parece claro, en consecuencia, que la jurisprudencia del TCJ se mantiene en los términos que son comunes en la doctrina respecto a la competencia de la jurisdicción civil para resolver los interdictos frente a las Administraciones Públicas, aunque sea inevitable, para determinar la jurisdicción controvertida, que deba aproximarse al fondo del asunto, concretando si existe o no vía de hecho (el supuesto del caso *Demarcación de Carreteras del Estado* es ilustrativo, pues califica como vía de hecho el incumplimiento de efectuar el depósito previo a la ocupación en el procedimiento expropiatorio urgente, lo que no siempre realiza la jurisprudencia contencioso-administrativa —cfr. STS de 11 de junio de 1991—).

B) Cuestión distinta es la que se refiere a los denominados interdictos de obra nueva. Al respecto se ha pronunciado el Tribunal en diversas ocasiones, de las que doy cuenta seguidamente.

Una de ellas se contiene en la Sentencia de 14 de diciembre de 1990 —*Paseo Marítimo de Burriana*—, cuyo origen se encuentra en el interdicto de obra nueva planteado frente al Ayuntamiento de Nerja y el MOPU por las obras efectuadas en el citado paseo marítimo. Los actores alegaban ser titulares «de una concesión, autorización administrativa, para la explotación de unos merenderos sitos en la Playa de Burriana, que iban a ser expropiados para posibilitar la ejecución de las obras, lo que implicaba correlativamente desmontar elementos constructivos de las terrazas, destrucción de alcornoques de las plantaciones limítrofes, amontonando vallas, acopio de materiales, etc., lo que implicaría «el inquietamiento y despojo de los legítimos derechos de posesión de los demandantes». Con estos antecedentes, el Gobernador Civil requiere de inhibición al Juzgado que acordó la admisión a trámite del interdicto, ordenando la paralización de las obras, suscitándose en definitiva el conflicto.

El Tribunal declara que la jurisdicción controvertida corresponde a la Administración, básicamente porque no existe vía de hecho que justifique la acción interdictal, aunque sin afrontar expresamente la admisibilidad o no de los interdictos de obra nueva. Señala, en este sentido, que «la acción material que se deriva del acto administrativo queda amparada por la legitimidad del propio acto (art. 100 LPA). Cuando ésta falta porque la Administración actúa por la llamada "vía de hecho" cualquiera que sea la posición que se mantenga sobre si la no admisión de la acción interdictal frente a la Administración comprende o no al interdicto de obra nueva, resulta decisivo partir de la idea de que cuando la Administración actúa en "vía de hecho" su inmunidad interdictal queda condicionada a que sus órganos actúen en materia de su competencia y conforme al procedimiento legalmente establecido. El artículo 125 LEF, por otra parte, reconoce como garantía jurisdiccional, los interdictos de retener y recobrar la posesión, aparte de los demás medios legales procedentes, frente a la ocupación de bienes sin cumplirse las garantías legales correspondientes». Sentada esta

afirmación, el Tribunal completa su fundamentación aludiendo a que «la "vía de hecho" se manifiesta como una actuación material ajena a una actuación administrativa y sin fuerza legitimadora del acto administrativo. Si el acto adolece de defectos que puedan afectar a su licitud o que cause perjuicios a los particulares que estimen no procede soportar, queda a éstos la posibilidad de ejercer en vía administrativa cuantas acciones o recursos estimen convenientes a su derecho y en definitiva acudir a la vía contencioso-administrativa como amparo jurisdiccional, conforme a lo dispuesto en los artículos 106 CE y 9.4 de la LOPJ». Como en el caso no concurre vía de hecho, se concluye resolviendo el conflicto en favor de la Administración.

En cambio, en la Sentencia de 20 de diciembre de 1993 —*Agromán*— se afronta directamente el problema al que se ha aludido. Señala, en efecto, que «el presente conflicto de jurisdicción tiene su origen en un interdicto de obra nueva (no en un interdicto de retener o en un interdicto de recobrar) que afecta de modo esencial a la autovía de la Costa del Sol, de modo que la paralización incidiría en su realización, proponiéndola *(sic)* en un tiempo incierto, atendido que el instrumento procesal elegido por el interdictante ha sido el interdicto de obra nueva y no los propiamente posesorios de retener o recobrar». En consecuencia, «se impone, pues, una consideración acerca de si frente a las "obras públicas" cabe la modalidad de interdicto de obra nueva, esto es, un instrumento provisorio o cautelar conservativo para mantener un estado de hecho (*operas novis nuntiatio*, tal como resulta del Digesto), es decir, en su caso, a mantener paralizada la obra hasta tanto que en un proceso declarativo ulterior el dueño de la obra obtenga una sentencia que declare su derecho a continuarla. En efecto, con el interdicto de obra nueva de lo que se trata es de impedir que otro edifique o en lo edificado se mantenga inmovilizada esta situación, defiriendo a un juicio declarativo, en su caso, la continuación de la obra o su demolición. Si se examina esta figura interdictal, se comprueba que mediante ella se trata de obtener una resolución provisional de suspensión de una obra, pues la finalidad genérica de los interdictos de obra nueva es impedir los irreparables daños que pudieran producirse con la construcción de una obra, pero la finalidad inmediata es la suspensión o paralización. Se comprende así la gravedad de la medida cuando se trata de una "obra pública" y más en este supuesto de una autovía que podría venir impedida o demorada *sine die* si los interdictos de obra nueva fueran posibles y se obtuviera una paralización, aun con la provisionalidad inherente a una medida de carácter cautelar y conservativa, como es esta figura procesal».

Con este planteamiento, no resulta difícil anticipar que el conflicto fue resuelto en favor de la Administración, explicitando en su parte dispositiva una decisión de alcance general: «declarando que los órganos judiciales carecen de jurisdicción para conocer de un interdicto de obra nueva respecto de obras públicas».

El razonamiento empleado para ello es el siguiente: «desde estos principios, plasmados en la regulación procesal del interdicto de obra nueva,

ha de partirse para comprender que cuando las leyes al referirse a los medios interdictales frente a una obra pública o, en términos más generales a una actuación de la Administración, no incluya el interdicto de obra nueva entre los medios interdictales (así, en el art. 125 LEF). La argumentación que a veces se utiliza (y de la que se hacen eco algunos de los escritos del conflicto) de que el inciso "además de los medios legales procedentes" no excluye el interdicto de obra nueva, se mantiene en la superficie de una supuesta interpretación literalista y no penetra en la esencia de las cosas. La razón es de mayor profundidad y se enlaza directamente con el interés general que la "obra pública" tiene y de la significación misma de la Administración como gestora de intereses generales, pues no podría consentirse que una obra de tal naturaleza quedara diferida a un ulterior proceso declarativo, sin otra fase procesal anterior que la interdictal de obra nueva, instrumental y de "cognitio limitada"».

En términos semejantes se pronuncia en la Sentencia de 20 de diciembre de 1993 —*Grúas y Transportes Raimundo Rodríguez, S. A.*—, suscitado entre los mismos órganos que en el anterior supuesto; señala, inicialmente, que «con el interdicto de obra nueva, a través del cual no se ejercita propiamente una acción posesoria, lo que se trata de impedir es que otro edifique (entendiendo el concepto edificación en un sentido amplio) perjudicando a tercero en área o terreno que a éste pertenece, obligándole a suspender la obra. Si se examina con detenimiento esta figura se comprueba que mediante ella se trata de obtener una resolución provisional, y así, el procedimiento diseñado por la LEC (arts. 1663 y ss.) consta de dos fases o etapas. En la primera se persigue la suspensión inmediata de la obra, y en la segunda, sumariamente, si procede, se confirma o se levanta la suspensión inicial. La sentencia recaída en el interdicto confirmará o levantará la suspensión provisional de la obra acordada. No se trata, pues, de un verdadero juicio posesorio y su finalidad genérica es impedir los irreparables daños que pudieran producirse a la definitiva construcción de una obra, pero la inmediata es obtener su suspensión o paralización. Cuando la sentencia interdictal hubiere confirmado la suspensión de la obra, el dueño de la obra podrá pedir —en el juicio declarativo que corresponda— que se declare su derecho a continuarla».

Después de reiterar la doctrina contenida en la sentencia anterior, señala que «una obra pública no puede inmovilizarse a las resultas, no sólo de medios rápidos como los interdictales, aun con dos instancias, sino el proceso declarativo que corresponda, que es el medio que la LEC (art. 1671) pone a disposición del dueño de la obra para que se declare el derecho a continuarla». La resolución final es, como se ha indicado, idéntica a la contenida en la Sentencia anterior.

La doctrina que se viene comentando se reitera en la Sentencia de 21 de diciembre de 1993 —*Ferrovial*—; en esta ocasión se inicia un interdicto de obra nueva frente a Ferrovial, la Confederación Hidrográfica del Segura y el MOPU, instando la suspensión de la ejecución de las obras realizadas para la modificación del cauce del río Segura. El planteamiento del Tribu-

nal es semejante a los dos anteriores, si bien explicitando que debe afrontar la cuestión (que califica de «polémica») no sólo de si cabe o no este tipo de interdictos frente a la Administración, sino en general frente a las «obras públicas», tanto si son realizadas directamente por la Administración como si se ejecutan «acudiendo a la interposición de concesionarios o contratistas». En la línea de su doctrina ya explicitada, señala que lo decisivo para entender excluido el interdicto de obra nueva frente a las obras públicas no es el tenor literal del artículo 125 LEF, sino que lo que quiere amparar este precepto, «como núcleo de la reacción frente a la vía de hecho, es la desposesión o amenaza de desposesión de los titulares de inmuebles privados, que quieren convertirse en bienes demaniales por una Administración Pública mediante una transmisión coactiva irregularmente producida. El legislador atiende al momento de la conversión de titularidades privadas en públicas o demaniales sin acto o cobertura legitimadora, en relación con inmuebles, y es este momento, y no el ulterior de la ejecución de obras públicas sobre el soporte de bienes inmuebles demaniales, el que contempla la legislación expropiatoria en su artículo 125, de constante cita. La finalidad a que se enderezan las acciones interdictales no es otra que la de hacer cesar a la Administración en las perturbaciones o amenazas de desposesión o reintegrar al interdictante su posesión perdida, mas en ningún momento la de preservar a un propietario de los daños que la ejecución de una obra pública pueda ocasionarle, de manera tal que si la obra pública se hallase ya iniciada y en curso de ejecución, no se trataría con la acción interdictal tanto de paralizar una obra pública dañosa cuanto de restituir al propietario o poseedor el fundo del que venía en quieta y pacífica posesión y sobre el que la Administración levanta o realiza aquélla, finalidad ésta que se consigue con el interdicto de recobrar. Esta finalidad luce en la expresión que ya recogía el artículo 4 de la Ley de 1879, así como en el artículo 349, párrafo 2, del Código Civil y el enunciado final del artículo 125: "para que los jueces le amparen (interdicto de retener) y en su caso, le reintegren (interdicto de recobrar) en su posesión amenazada o perdida". Desde esta inteligencia de los preceptos que dejan desprovista a la Administración de su inmunidad interdictal, hoy reiterada por el artículo 101 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, se ha de separar la desposesión de inmuebles como objeto de tales interdictos, de la obra pública en trance de ejecución y que aparece rodeada en nuestro Derecho de garantías de intangibilidad y de integridad, pues no es el concepto de "obra pública" y las operaciones materiales sobre inmuebles que comporta frente a las que se concede la protección interdictal, sino frente a las ocupaciones o intentos de ocupación irregular de los inmuebles que han de constituir su soporte físico».

El Tribunal considera preciso añadir algún razonamiento más en apoyo de su criterio; así, establece que «la naturaleza del interdicto de obra nueva, cualquiera que sea la configuración procesal que se le atribuya, y en el que predomina la finalidad cautelar, pugna con la posición constitucional de la Administración Pública y consiguiente régimen jurídico de los

actos administrativos. El privilegio de autotutela ejecutiva tan sólo ha de ceder, abriéndose la competencia de la jurisdicción civil, cuando el Juez de este orden jurisdiccional determina, tras una sumaria comprobación, que la Administración no ha actuado con cobertura legitimadora de tal prerrogativa sino, al abandonar aquélla, como mero sujeto particular; es decir, el Juez civil en los interdictos de retener y recobrar hace cesar la ejecutividad de los actos administrativos tras de una fase procesal con contradicción y aportación probatoria que le induce a calificar como "vía de hecho" la actuación administrativa sometida a su enjuiciamiento, lo que no sucede en el interdicto de obra nueva en que, admitida a trámite la demanda, sin una mínima base probatoria e "inaudita parte", el Juez ordena la inmediata suspensión de las obras realizadas por la Administración en el estado en que se hallen; no es aquí una actividad propiamente jurisdiccional ni una resolución judicial sobre el fondo la que produce la paralización de las obras sino una medida cautelar conectada automáticamente a la demanda interdictal, según dispone el artículo 1663 LEC».

En esta Sentencia se añade que no resulta obstáculo para ello la nueva redacción, introducida por la Ley 10/92, del artículo 71 LEC, que atribuye fuero territorial especial para la Administración estatal y autonómica en los procesos civiles, salvo, entre otros, en los interdictos de obra nueva y obra ruinosa. El Tribunal considera que ello no significa un reconocimiento implícito de la figura, «pues aparte de que la regulación de la competencia territorial no es sede sistemática adecuada para zanjar, por vía normativa, tan polémica cuestión y menos de forma implícita la tesis favorable a la admisión (...) daría como resultado incongruente el de que pudieran ejercitarse tales interdictos frente a las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, y no en cambio, frente a los entes integrantes de la Administración local, a los que no menciona el precepto examinado». Añade, en este sentido, que «cabría, por otra parte, una interpretación de la norma que hiciera viable el interdicto frente a actuaciones u operaciones materiales de los entes públicos no encuadradas formalmente en el concepto de "obra pública", tal como éste es delimitado por el artículo 1 de la Ley General de Obras Públicas de 13 de mayo de 1877 (...) de tal manera que no cabe dar a la mención de tal modalidad interdictal un ámbito y extensión tales que abarque a toda la actividad de las Administraciones que gozan del fuero territorial especial, ni es ésta la *intentio legis* que se desprende del precepto que analizamos. Por ello, ha de concluirse por la improcedencia del interdicto de obra nueva frente a la ejecución de cualesquiera obras públicas ejecutadas, como dueño de la obra, por cualesquiera entes públicos».

C) La admisibilidad o no de interdictos de obra nueva frente a las Administraciones Públicas no ha sido un tema pacífico en la doctrina administrativista; el profesor SAINZ MORENO la considera posible, después de analizar la Sentencia TCJ de 23 de noviembre de 1987: «de las sentencias examinadas se deduce, pues, que, frente a las obras públicas realizadas por

la vía de hecho la acción interdictal, tanto en su modalidad de interdicto de retener o recobrar como en la de obra nueva, debe surtir plenos efectos, si bien, claro es, su tramitación debe ser especialmente cuidadosa y, sobre todo, rápida» (14); en cambio, J. NONELL, comentando la Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 7 de abril de 1987, entiende que se trata de una posibilidad totalmente incompatible con los principios básicos que estructuran nuestro ordenamiento jurídico y que han colocado a la Administración Pública en una posición singular respecto a la jurisdicción ordinaria» (15).

Los motivos empleados por la jurisprudencia de conflictos para establecer su improcedencia resultan, en mi criterio, razonables, y a sus determinaciones, tan tajantes —como se ha visto— en este asunto, debieron estar los órganos judiciales. Bien es cierto, no obstante, que no puede convenirse con los razonamientos empleados en la Sentencia *Ferrovial* respecto al obstáculo que, para la doctrina mantenida, deriva del artículo 71 LEC en su nueva redacción; porque aunque, ciertamente, no sea el reflejo de la mejor técnica legislativa, este precepto alude expresamente a los interdictos de obra nueva y obra ruinosa frente a la Administración estatal y autonómica. Y no parece admisible que un órgano judicial inaplique, literalmente, el contenido de una Ley postconstitucional (no afectada por el Derecho comunitario europeo), ya que el monopolio para declarar su inconstitucionalidad —si éste es el vicio imputado— corresponde al Tribunal Constitucional, o su corrección por otros motivos al propio Legislador.

Alcalá, junio de 1995.

(14) F. SAINZ MORENO, *Defensa frente a la vía de hecho: recurso contencioso-administrativo, acción interdictal y amparo* (núm. 123 de esta REVISTA, págs. 317 y ss.).

(15) J. NONELL GALINDO, *Improcedencia del interdicto de obra nueva contra las obras públicas* («REDA», núm. 55, págs. 451 y ss.).