



universidad
de león



**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LEÓN
CURSO 2021 / 2022**

**IMPARCIALIDAD DE LAS AUTORIDADES Y
PERSONAL AL SERVICIO DE LAS
ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.**

**IMPARTIALITY OF THE AUTHORITIES AND
STAFF IN THE SERVICE OF THE PUBLIC
ADMINISTRATIONS.**

GRADO EN DERECHO

AUTOR/A: D. PABLO MATEOS GUTIÉRREZ

TUTOR/A: D. LUIS ÁNGEL BALLESTEROS MOFFA

ÍNDICE	Página
1. RESUMEN/ABSTRACT	3
2. OBJETO	3
3. METODOLOGÍA	4
4. LA DELIMITACIÓN DE LA IMPARCIALIDAD EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO	6
4.1. CONCEPTO DE IMPARCIALIDAD Y PRINCIPIOS JURÍDICOS	6
4.2. LA DOBLE VERTIENTE DE LA IMPARCIALIDAD.....	8
4.3. EL DEBER DE ABSTENCIÓN Y SU DIFERENCIA CON EL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES.....	9
4.4. EVOLUCIÓN LEGAL Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ABSTENCIÓN-RECUSACIÓN.....	10
5. LA PROHIBICIÓN GENERAL DE ABSTENCIÓN: EL CARÁCTER IRRENUNCIABLE DE LA COMPETENCIA. EXCEPCIONES.....	15
6. EL DEBER DE ABSTENCIÓN.....	17
6.1. PRESUPUESTO: ACTUACIÓN DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS..	17
6.2. ÁMBITO SUBJETIVO.....	18
6.3. ÁMBITO FUNCIONAL	18
6.4. LOS EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO.....	19
A. La relevancia invalidatoria o intervención determinante de la Autoridad o funcionario.....	19
B. Anulación y conservación del acto.....	20
C. Responsabilidad personal	21
7. CIRCUNSTANCIAS DE ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN	22
7.1. LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LAS CAUSAS DE ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN.....	22
7.2. ANÁLISIS DE LAS CAUSAS DE ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN	24
A. Interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél.	24
B. Cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.	25
C. Vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable.	28
D. Parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado.	29
E. Parentesco de afinidad dentro del segundo grado.	29
F. Compartir despacho profesional o estar asociado para el asesoramiento, la representación o el mandato.	30
G. Tener amistad íntima o enemistad manifiesta.	31

H. Haber intervenido como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate	34
I. Relación de servicio con persona interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales	34
8. DIFERENCIAS ENTRE ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN	35
9. PROCEDIMIENTO DE LA ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN ADMINISTRATIVA	35
9.1. EL INCIDENTE DE ABSTENCIÓN COMO DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN.....	35
9.2. EL INCIDENTE DE RECUSACIÓN COMO DERECHO DE LOS INTERESADOS.....	37
9.3. EL ÓRGANO COMPETENTE PARA RESOLVER.....	41
9.4. LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO PRINCIPAL.....	42
9.5. SUSTITUCIÓN DEL FUNCIONARIO INCURSO EN CAUSA DE ABSTENCIÓN O RECUSACIÓN.....	42
10. IMPUGNACIÓN DE LAS ACTUACIONES RELATIVAS A LA ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN	43
10.1. POR PARTE DE LOS INTERESADOS	43
10.2. POR PARTE DE LA AUTORIDAD O AGENTE.....	44
11. REGÍMENES ESPECIALES: ÓRGANOS COLEGIADOS Y CORPORACIONES LOCALES	44
12. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE JUECES Y MAGISTRADOS Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....	45
13. CONCLUSIONES	46
14. BIBLIOGRAFÍA	49

1. RESUMEN

Las instituciones de la abstención y recusación, como medio para alcanzar la imparcialidad de los servidores públicos, son de especial importancia en nuestro ordenamiento administrativo, ya que representan la primera barrera para evitar el fenómeno político de la corrupción. Conocer el derecho a solicitar la recusación en aquellos casos en que la autoridad o funcionario no cumple con el deber de abstención dentro de las causas legales, así como determinar quiénes son los titulares encargados del procedimiento, entre otras cuestiones, ayudaría a la defensa, no solo de nuestros intereses particulares como interesados, sino del interés general como sociedad en un Estado de Derecho.

ABSTRACT

In Administrative Law, the institutions of abstention and recusal, as a means to achieve impartiality of public servants, are of special importance in our administrative order, since they represent the first barrier to avoid the political phenomenon of corruption. To know the right to request recusal in those cases in which the authority or official does not comply with the duty of abstention within the legal causes, as well as determining who are the incumbents in charge of the procedure, among other issues, would help to defend, not only our particular interest as interested parties, but also the general interest as a society in a State Governed by the Rule of Law.

Palabras clave: Derecho Administrativo; abstención; recusación; imparcialidad; ordenamiento jurídico; corrupción; Autoridad; funcionario; procedimiento; interesados; interés general; sociedad; Estado de Derecho.

Key words: Administrative Law; abstention; recusal; impartiality; legal system; corruption; Authority; official; procedure; interested parties; general interest; society; Rule of Law.

2. OBJETO

El presente trabajo se centra en el estudio jurídico-administrativo de las instituciones de la abstención y recusación. En particular, interesa conocer las causas de abstención y recusación, así como el proceso legalmente establecido para ejercitar tanto el deber de abstención, por parte de la Autoridad o funcionario, como el derecho a recusar, por parte de los interesados.

Como consecuencia del estudio, podrán diferenciarse adecuadamente el deber de abstención y el régimen de incompatibilidades; la abstención y la recusación; y la imparcialidad administrativa y judicial.

La investigación no solo abordará el régimen general, consagrado en los artículos 23 y 24 de la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), sino también los regímenes especiales de los órganos colegiados y de las Corporaciones locales, con una remisión final a la imparcialidad en la Administración de Justicia.

Por último, en relación con lo anterior, como objetivo final, he tratado de resolver los principales problemas y vacíos jurídicos que plantea el tema, siempre en base a la metodología analizada a continuación.

3. METODOLOGIA

En primer lugar, he decidido elegir este tema ya que considero que es de enorme interés general, por estar relacionado, en parte, con un ámbito de la política, anómalo y de gran repercusión social, como es el fenómeno político de la corrupción, que tanto daño hace, no solo a la propia actividad pública sino a la sociedad en su conjunto. Por otro lado, por lo que he podido observar y comprobar durante este tiempo, se trata de una materia de escaso conocimiento a nivel general, ya que la mayor parte de la población desconoce el significado de la abstención y recusación, sin hablar ya del alcance práctico de estas instituciones, que es prácticamente desconocido entre la gente. Por último, creo que es un tema con muchas posibilidades desde un punto de vista práctico, no solo para el ejercicio de la abogacía, por la relevancia que tiene la imparcialidad en la validez o invalidez de la actuación administrativa dentro de los procedimientos administrativos en su conjunto, sino también porque considero que el conocimiento de estas instituciones, así como el ejercicio de la recusación, por parte de la población general, mejoraría en gran medida las relaciones entre los ciudadanos y la Administración, así como la calidad de los servicios públicos.

En segundo lugar, a la hora de realizar este trabajo, me he encontrado con tres cuestiones que han dificultado mi actividad: La primera, tiene que ver con la escasez de monografías que tratan sobre este tema, teniendo que acudir a diferentes artículos de revistas, entre otros recursos, a la hora de completar la información; de manera que, al abordar cuestiones sumamente específicas sobre la materia, me resulto difícil encontrar aquellos artículos que más se ajustaran a las dudas que quería resolver. La segunda cuestión, tiene que ver con que la gran mayoría de recursos encontrados estaban desactualizados, es decir, eran anteriores a la última reforma de la Ley administrativa en vigor, por lo que tuve que llevar a cabo una labor de actualización en diferentes preceptos, comprobando si el artículo en cuestión estaba o no derogado, y en el caso de estarlo, buscando el precepto actual. La tercera cuestión que dificultó mi trabajo, guarda relación con los numerosos problemas y vacíos jurídicos que plantea el tema, y que he tratado de resolver acudiendo principalmente a la jurisprudencia.

En tercer lugar, he de destacar entre las fuentes y recursos utilizados para la investigación:

1) Principios Generales del Derecho: Me han ayudado, entre otras fuentes y recursos, a argumentar mis posiciones, y también a la hora de comprobar, analizar y entender las diferentes posturas doctrinales, así como a comprobar si mis propias ideas eran ajustadas a derecho. Se trata de principios contemplados principalmente en la Ley y en la jurisprudencia, aunque existen otros de elaboración doctrinal.

2) Normas: Obtenidas de bases de legislación, principalmente “BOE” y “Noticias Jurídicas”, las he dividido en tres grupos: A) *Leyes básicas*: La LRJSP y la Ley del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPAC). Ambas consultadas de manera constante durante la realización de este trabajo, principalmente la primera, por contener el régimen jurídico de la abstención y recusación, aunque la segunda la he necesitado para consultar, entre otras cuestiones, lo relativo a: principios; concepto y derechos de los interesados; procedimientos de naturaleza sancionadora; y reglas sobre nulidad y anulabilidad. B) Normas *sectoriales*: Principalmente de carácter legal. Me han ayudado, principalmente, a resolver diferentes cuestiones y vacíos jurídicos, ya que al ser muchas y variadas pude encontrar diferentes puntos de vista. C) Normas *especiales*: Para la resolución de los objetivos correspondientes a la comparación entre procedimiento administrativo y proceso judicial, y entre régimen general y especial. Son, principalmente, la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL), y el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (en adelante, ROF).

3) Jurisprudencia: He consultado, a través de “CENDOJ”, sentencias de diferentes órganos judiciales, principalmente del Tribunal Supremo, pero también de los Tribunales Superiores de Justicia, así como de órganos judiciales del ámbito comunitario, y especialmente dentro del orden contencioso-administrativo; pero también sentencias del Tribunal Constitucional. Todas ellas me han servido para resolver los diferentes problemas y vacíos jurídicos, sobre todo en lo referido al análisis de las causas de abstención/recusación, ya que algunas contienen términos un tanto genéricos o abstractos, que requieren ser precisados, y esta labor, en gran medida, se debe, además de a la doctrina, a la jurisprudencia.

4) Doctrina: De juristas de primer nivel y reconocido prestigio. Contenida en diferentes manuales, monografías y artículos de revistas, y consultada, tanto de manera presencial, en la Facultad de Derecho de León, como de manera virtual, en buscadores de doctrina como “VLEX”, entre otros, y en la Biblioteca de la página web de la Universidad de León. La diferente doctrina me ha servido de base y ayuda en la consecución de los objetivos propuestos.

Y por último, en cuarto lugar, en lo referido al proceso de desarrollo del trabajo: Una vez elegido el tema, realicé una labor de recopilación de información en los diferentes departamentos de la Facultad de Derecho de León relacionados con la materia objeto de estudio, principalmente, los de Derecho Administrativo y Derecho Procesal, y que complementé con visitas a la Biblioteca de la Universidad de León y a la Pública de León. A continuación elaboré el índice; desarrolle los diferentes apartados, apoyándome, tanto de la información que había recopilado, como de diferentes bases de datos; obtuve las conclusiones de cada uno de los apartados; y finalicé el trabajo con la elaboración del resumen, el objeto y la metodología, aunque, en lo referido al objeto, ya había elaborado, al inicio del trabajo, un índice con los objetivos que pretendía alcanzar.

4. LA DELIMITACIÓN DE LA IMPARCIALIDAD EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO

4.1. CONCEPTO DE IMPARCIALIDAD Y PRINCIPIOS JURÍDICOS

En primer lugar, antes de encuadrar el concepto jurídico de imparcialidad desde el punto de vista del derecho administrativo, debemos conocer su significado, entendida esta como “neutralidad, objetividad en el ejercicio de una función, especialmente la jurisdiccional, y en la toma de decisiones en procesos selectivos”¹.

Otras definiciones, ya desde un punto de vista jurídico, que es lo que aquí nos interesa, son las que consideran a la imparcialidad como “la falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de personas o cosas que permite juzgar o proceder en rectitud”², o como “la ausencia de prejuicios o parcialidades”³.

Ahora bien, este concepto debe completarse con una serie de principios que nos ayudan a entender mejor la idea de imparcialidad. El primero de esos principios es el previsto en el artículo 103.1 de la Constitución Española (en adelante, CE), el cual establece que “la Administración debe servir con objetividad los intereses generales”. Otro principio, derivado del anterior, es el que aparece en el artículo 103.3 de la CE, y el cual se refiere a la “imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

Según mi opinión, compartida por una parte de la doctrina⁴, la Objetividad es el principio “general” y se refiere a la Administración Pública (organización y actuación) (art. 103.1 CE), mientras que la Imparcialidad en sentido estricto se refiere a sus agentes (autoridades y funcionarios) (art. 103.3 CE) y es una manifestación del anterior. Ambos conforman la idea o el principio de imparcialidad.

Otro principio, relacionado con los anteriores es el de “interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos” establecido en el artículo 9.3 de la CE.

Por otro lado, existe una característica inherente a las Administraciones Públicas, que es la que tiene que ver con el principio de jerarquía (103.1 CE) y que nos puede llevar a pensar que quizás suponga un límite a la imparcialidad. Esto solo puede pasar si confundimos el principio de imparcialidad con la idea de independencia, que en nuestro ordenamiento jurídico solo es atribuible a Jueces y Magistrados en virtud del art. 117 CE. Pues bien, la jerarquía no puede menoscabar la imparcialidad, ya que esta “supone mantener los servicios públicos a cubierto de toda colisión entre intereses particulares e

¹ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. 1992.

² DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. *La abstención en el procedimiento administrativo* [en línea] [26 07 2022]. [https://www.academia.edu/9492731/La_abstencion_en_el_procedimiento_administrativo].

³ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, de 26 de octubre de 1984 (caso de Cubber contra Bélgica). Demanda núm. 9186/1980 por la que un ciudadano belga demanda a Bélgica por no haber sido juzgada su causa por un tribunal independiente e imparcial, ya que uno de los Magistrados que condenó al demandante había sido parte en la instrucción, lo cual no se corresponde con un sistema judicial acorde con el principio de imparcialidad.

⁴ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PEREZ MONGUIÓ, José María. *La Imparcialidad en el Procedimiento Administrativo: Abstención y Recusación*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2020, p. 23 y 24.

intereses generales”⁵ y esto se consigue cumpliendo la ley (el mandato constitucional previsto en el 103.1 CE), sin importar cuales sean las directrices de los órganos superiores, ya que la ley está por encima de cualquier orden o instrucción en un Estado de Derecho.

Según YABEN PERAL: “la neutralidad política de la administración se traduce en el principio fundamental de la eficacia indiferente. Eficacia entendida en el sentido de que el funcionario y por tanto la Administración debe ser eficaz tanto si perjudica como si favorece la política del Gobierno de turno al que sirva”⁶.

También conviene resaltar otros principios como son los de legalidad (art. 9.3 CE) y buena fe o confianza legítima. Este último refuerza la idea de imparcialidad y es fundamental en las relaciones entre Administración e interesados; se refiere a la confianza que los administrados depositan en las Administraciones Públicas para que sus actuaciones no puedan ser alteradas de una forma arbitraria, y se caracteriza por la previsibilidad y seguridad jurídica incluidas en los artículos 9 y 103 CE, respectivamente. Se trata de un principio, el de confianza legítima, de construcción jurisprudencial, al reaccionar los tribunales frente a actos irregulares de la Administración, caracterizados por sorprender la confianza de los ciudadanos⁷.

Por último, en el ámbito del Derecho Comunitario, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2007, en su artículo 41 reconoce el derecho a una buena administración. Se trata de otro principio general de Derecho, impreciso pero que se ha ido construyendo a través de diferentes sentencias. De tal manera, este principio abstracto comprende, entre otros, el derecho de toda persona a que las instituciones traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable⁸.

Este principio, ha ido paulatinamente incorporándose al ordenamiento jurídico español y cada vez son más las normas que lo recogen, por ejemplo el Estatuto de Autonomía Cataluña (art. 30) y el Estatuto de Autonomía de Andalucía (art. 31).

⁵ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PEREZ MONGUIÓ, José María, *op. cit.*, p. 26. Véase STSJ de Canarias, de 6 de abril de 2001, Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2ª, que establece: “garantizar el principio de neutralidad que exige mantener a los servicios públicos a cubierto de toda colisión de intereses particulares y generales”.

⁶ YABEN PERAL, Miguel. *El deber de imparcialidad en el ejercicio de la función pública: derecho de la ciudadanía* [en línea] [27 07 2022]. [elibro-net.unileon.idm.oclc.org/es/ereader/unileon/59919].

⁷ Según la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 12 de mayo de 1998, C-366/1995, para anular un acto irregular en el derecho nacional de un Estado, el Juez deberá ponderar los intereses en conflicto en cada caso, y resolver dando primacía, bien al principio de legalidad, revocando el acto, lo que demanda el interés general, bien dando protección a la confianza legítima, en defensa del interés individual. En materia de Política Agraria Común véase Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 16 de diciembre de 1999, C-74/1998, o en procesos de selección en la función pública véase Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 17 de abril de 1997, C-90/1995.

⁸ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 31 de marzo de 1992 (Sala Cuarta) y las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1995 y de 9 de julio de 1999.

4.2. LA DOBLE VERTIENTE DE LA IMPARCIALIDAD

Al no existir una regulación específica en esta materia, debemos acudir a la doctrina constitucional declarada en la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 47/1998 en materia de jueces y magistrados pero aplicable analógicamente, con matices que luego expondremos, también a autoridades y funcionarios.

- a) La vertiente “subjetiva”, que se refiere a la “actitud del Juez respecto de los contendientes, sin inclinarse a ninguno de ellos”.
- b) Y la “objetiva”, referida a la “falta de prevenciones o prejuicios” que debe tener el órgano decisor, presumiéndose que pudieran existir si dicho órgano hubiese tenido un contacto previo con el objeto del proceso⁹.

Debemos tener en cuenta que dentro de la vertiente “subjetiva”, además de los intereses de las partes, deben incluirse los supuestos de interés personal en el asunto. Según MANUEL VILLORIA: “el conflicto de intereses de los responsables públicos es un conflicto entre obligaciones públicas e interés privado que puede indebidamente influir en el cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades”. “El conflicto puede ser aparente, puede darse pero no se da en los conflictos. O puede ser potencial, podría haber conflicto en el futuro si el funcionario asumiera ciertas responsabilidades”¹⁰.

La principal diferencia entre el proceso judicial y el procedimiento administrativo reside en el papel marcadamente menor que juega la vertiente objetiva en este último. Esto es así debido al principio de jerarquía y a que no existe una diferencia nítida o una clara separación, a diferencia de los procesos judiciales, entre la fase de instrucción y la de decisión, con una excepción, la establecida por la Ley y por la Jurisprudencia para el caso de los procedimientos sancionadores¹¹.

Así pues, de la doble vertiente analizada derivan las causas de abstención-recusación contempladas en el artículo 23 de la LRJSP 40/2015, distinguiéndose entre:

⁹ En la STC 39/2004 -doctrina reiterada por la STC 41/2005-, el Tribunal afirmó que el derecho a la imparcialidad exige: “que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial, incluidas aquellas que, desde una perspectiva objetiva, pueden producirse por haber tenido el juzgador una relación o contacto previo con el *thema decidendi*”. Por otro lado, en la STC 306/2005 se declara que: “la imparcialidad es subjetiva (garantía de que el Juez no tiene relaciones indebidas con las partes) y objetiva (que el Juez se acerca al asunto sin prejuicios, sin una postura previa)”.

¹⁰ VILLORIA, Manuel. *Conflictos de interés: introducción*. En: *Seminario lobbies y conflictos de interés OAC-UIMP*. Barcelona, 30 de junio de 2014.

¹¹ Según el artículo 63.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: “Los procedimientos de naturaleza sancionadora establecerán la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, que se encomendara a órganos distintos”. En las SSTC 58/1989, 117/2002 se establece la doctrina constitucional para extender las garantías derivadas de la Tutela Judicial Efectiva (24.2 CE) a los procedimientos sancionadores “con las modulaciones que deriven de su diferente naturaleza”.

- a) Causas de abstención en sentido estricto: todas aquellas en las que existe o la ley presume que pudiera existir conflicto de intereses¹² y que incluye prácticamente a todas las causas.
- b) Causas de inhibición: la ley presume que existe un condicionamiento o perjuicio por parte de la autoridad o funcionario, pero no tiene por qué existir conflicto de intereses. La única que contempla la ley es la de “haber intervenido como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate”; según FERNÁNDEZ RAMOS Y PÉREZ MONGUIÓ: “al que habría específicamente en los procedimientos sancionadores haber instruido el procedimiento para resolverlo”¹³.

Desde un punto de vista práctico, el análisis de las causas de abstención en sentido estricto tiene una relación directa con el fenómeno de la corrupción (recalificaciones urbanísticas ilegales; cesión gratuita de bienes de titularidad pública a familiares, sin ningún criterio objetivo en la adjudicación, contraviniendo de esta manera los principios de seguridad jurídica e igualdad¹⁴; alteración jurídica de los bienes de una corporación local, etc.).

4.3. EL DEBER DE ABSTENCIÓN Y SU DIFERENCIA CON EL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES

Es indispensable distinguir el deber de abstención con el régimen de incompatibilidades.

Tal y como señala MESEGUER YEBRA: “La resolución que autoriza o deniega la compatibilidad no es la que genera el deber de abstención sin perjuicio de que esta quede reforzada al haberse producido aquella por los efectos inherentes a la relación especial de sujeción existente entre la Administración y el funcionario (Sentencia del Tribunal Supremo - en adelante, STS - de 15 de octubre de 1994). Es más, el hecho de que se haya reconocido o autorizado la compatibilidad para el ejercicio de una actividad privada o segunda actividad pública no excluye la posibilidad de que en un supuesto concreto concorra un supuesto de tacha legal de los enumerados en el art. 28.2 de la LRJPAC¹⁵. La resolución estimatoria de compatibilidad implica un juicio abstracto y en hipótesis, que considera una actividad compatible porque parece no impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de los deberes de aquel que ocupa un puesto en el sector público, sin comprometer su independencia y objetividad. El deber de abstención surge en la práctica cotidiana, en el ejercicio ordinario de las funciones asignadas al

¹² STS 12 de febrero de 1993: “La declaración administrativa en que el acto consiste, se realiza instrumentalmente a través de los titulares de los órganos administrativos, titulares que, en todo caso, deben comportarse de tal modo que no exista en tal comportamiento ninguna sombra de favoritismos en beneficio de persona determinada”.

¹³ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PEREZ MONGUIÓ, José María. *op. cit.*, p. 29

¹⁴ STS de 6 de mayo de 1999.

¹⁵ Con la última reforma, las causas de abstención-recusación aparecen enumeradas en el art. 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

puesto que se desempeña, cuando la imparcialidad puede verse comprometida en un supuesto concreto y determinado”¹⁶.

La principal diferencia, entre la incompatibilidad y el deber de abstención, es que la primera guarda relación con la esfera privada de la autoridad o funcionario, con una actividad ajena a su desempeño en el cargo, mientras que el deber de abstención guarda relación con el cargo u oficio que desempeña el empleado público en un momento concreto y en el desarrollo de un procedimiento administrativo. Por ejemplo, en materia de procedimientos de selección de personal: el régimen de incompatibilidades no prohíbe que un concejal participe en un determinado proceso selectivo de su Ayuntamiento. Se trata de una actividad ajena a su cargo y, en este supuesto, la Ley no lo prohíbe porque considera que la realización de la misma no pone en peligro o atenta contra la imparcialidad; ahora bien, ese mismo concejal no podría participar en la instrucción y decisión de dicho proceso de selección en su calidad de concejal. Aquí ya tenemos una actividad inherente al cargo y un procedimiento administrativo concreto en un momento determinado, donde operan las instituciones de la abstención-recusación, estableciendo una presunción de imparcialidad que impide al mismo participar en ese desempeño.

4.4. EVOLUCIÓN LEGAL Y REGIMEN JURÍDICO DE LA ABSTENCION-RECUSACIÓN

En lo que se refiere a la evolución legal de la abstención-recusación hay que destacar las siguientes normas que de alguna manera reflejaron esta institución, son las siguientes:

Novísima recopilación de las Leyes de España

Se publica en el año 1805, durante el reinado de Carlos IV. Se trata de una recopilación de diferentes normas castellanas y fue objeto de estudio en las universidades españolas durante el siglo XIX. En lo que se refiere a la abstención-recusación, aparecen reflejadas algunas causas en relación con las corporaciones locales¹⁷.

Ley de bases de 19 de octubre de 1889

Se trata, según GARCÍA DE ENTRERRÍA de “la primera Ley del mundo sobre el procedimiento administrativo”¹⁸ y fue presentada por Gumersindo de Azcarate, durante el gobierno de Sagasta. Destaca por su carácter regeneracionista, al concebir, en su Exposición de Motivos, al procedimiento Administrativo como un instrumento jurídico para prevenir y controlar la arbitrariedad del poder ejecutivo. Esta Ley no regula con

¹⁶ MESEGUER YEBRA, Joaquín. *El proyecto de Ley de conflictos de intereses de los altos cargos de la Administración estatal, El deber de inhibición y las incompatibilidades ex post*. *Revista General de Derecho Administrativo*, noviembre 2005, nº 10, p. 6.

¹⁷ “Cuando se platicare alguna cosa en el Concejo, que particularmente toque a alguno de los regidores, o a otras personas que ende estuvieren, se salga luego la tal persona o personas a quienes tocare el negocio y no torne entre tanto que aquel se platicare, y esto mismo se haga si el negocio tocare a otra persona que con él tenga tal adeudo o tal amistad o razón por cuya causa deba ser recusado, y los autos que se hagan en contra esto que no valgan”.

¹⁸ VAQUER CABALLERÍA, Marcos. *La codificación del procedimiento administrativo en España* [en línea] [31 07 2022]. [<https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1506243>].

carácter general la institución de la abstención-recusación pero se aprobaron una serie de reglamentos en desarrollo de la misma donde si aparecen algunas normas relativas a esta materia. La mayoría de previsiones normativas tienen que ver con el ingreso en cuerpos de funcionarios civiles y militares.

Reglamento sobre organización y procedimiento administrativo de la Subsecretaría del Ministerio de Gracia y Justicia de 9 de julio de 1917

Se trata de la primera norma, de rango reglamentario y carácter sectorial que regula de forma ordenada y detallada esta materia (motivos de abstención, suspensión del procedimiento principal, etc.) en sus artículos 140 a 144.

Reglamento de Procedimiento Administrativo del Ministerio de Gobernación, aprobado por Decreto de 31 de enero de 1947

Como el anterior, se recogen una serie de normas sobre abstención-recusación (artículos 9 a 14) de carácter sectorial, solamente aplicables al ministerio en cuestión¹⁹. Esta norma sirvió de inspiración a la siguiente que vamos a analizar, y que se convertiría en la primera norma de rango legal que regula con carácter general la institución de la abstención-recusación. Este decreto regula: las causas de abstención (art. 9), prácticamente idénticas a las actuales en la legislación vigente y una serie de normas, que tampoco han cambiado prácticamente, salvo su aplicación con carácter general, relativas al procedimiento, deber de abstención, órgano decisor, sustitución del funcionario, imposibilidad de recursos, etc. (artículos 10 y ss.)²⁰.

Ley de Procedimiento Administrativo de 1958

La anterior regulación, por departamentos ministeriales o sectores y que daba lugar a numerosos vacíos legales, ya que si un determinado organismo de la Administración no contaba con una regulación específica en esta materia la garantía de imparcialidad no era aplicable²¹, dio lugar a la necesidad de un cuerpo legislativo que regulara con carácter general todas estas cuestiones, y para toda la Administración General del Estado.

Esta Ley introdujo importantes novedades en el ámbito administrativo, como fueron por ejemplo el plazo de seis meses de la administración para resolver, o la institución del

¹⁹ Dentro de la Sección 2ª, el art. 9, al regular las circunstancias de abstención/recusación, establece que “podrá promoverse contra cualquier Autoridad del Ramo de Gobernación que intervenga en la tramitación o resolución de un expediente administrativo” (*Boletín Oficial del Estado*. 22 de febrero de 1947. Nº53).

²⁰ *Boletín Oficial del Estado*. 22 de febrero de 1947. Nº53

²¹ Sobre esta cuestión se manifiesta el Tribunal Económico Administrativo Central, en su acuerdo de 9 de octubre de 1953, cuando declara que “en ninguna de las disposiciones reguladoras del procedimiento económico administrativo existe precepto alguno que faculte a los contribuyentes para la recusación de los funcionarios que, en el ejercicio de las funciones propias del cargo que ocupan deban intervenir en los expedientes que se instruyen”.

silencio administrativo, orientadas, según GARRIDO FALLA por “un notable intento de simplificación y aceleración de la actividad administrativa”²².

Aunque tuviera una vocación de unidad, se aplicó con carácter supletorio tanto respecto de los regímenes especiales como del procedimiento administrativo de las corporaciones locales y de los organismos autónomos (art. 1.4), salvo en materia de silencio y de recursos administrativos (art. 1.3).

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Esta Ley fue prácticamente una transcripción literal de la anterior, aunque dio un paso importante en el proceso codificador: incorporar a los organismos autónomos y a las corporaciones locales dentro de su ámbito subjetivo, por tanto, dio un paso más en esa vocación de unidad, incluyendo en su ámbito de aplicación a aquellas entidades que ejercieran potestades administrativas (art. 2). Hay que mencionar que esta Ley unifica en un solo cuerpo la regulación del Régimen Jurídico de la Administración: principalmente, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957; y del Procedimiento Administrativo: la Ley de 1958 anteriormente analizada.

En lo que se refiere al tema que nos ocupa, aunque la regulación prácticamente no cambia respecto de la Ley anterior, podemos señalar algunos cambios: se sustituye el término “funcionario” por otro más general, el de “personal al servicio de las Administraciones Públicas”, y que agrupa a todas las “figuras” que desempeñan sus funciones al servicio de la Administración (personal laboral, estatutario y funcionarios); se completa el apartado e) del art. 28, que establecía como motivo de abstención solamente “tener relación de servicio con persona natural o jurídica” y ahora se le añade: “o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar”; y, por último, antes el superior jerárquico siempre acordaba la sustitución del funcionario incurso en una causa de recusación, mientras que ahora, si este confirma la causa, puede no acordar la sustitución²³.

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

Antes de hablar de las principales modificaciones que introduce esta Ley en materia de imparcialidad, hay que decir que la anterior Ley se deroga a favor de dos cuerpos legislativos que regulan por separado lo que antes se regulaba en conjunto. Por un lado, la LPAC 39/2015, de 1 de octubre, regulará las relaciones “ad extra” entre ciudadanos y administraciones; y por otra parte, la LRJSP 40/2015, de 1 de octubre, que pasará a regular la organización y funcionamiento de los órganos de la Administración, así como las relaciones “ad intra” de las Administraciones Públicas.

Cabe cuestionarse por qué el instituto de la Abstención/Recusación se regula en una Ley, que en teoría solo debería ocuparse del funcionamiento interno de la

²² VAQUER CABALLERÍA, Marcos. *op. cit.* [en línea].

²³ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PEREZ MONGUIÓ, José María. *op. cit.*, p. 36.

Administración y de las relaciones entre los diferentes órganos de la misma, en vez de regularse, en la que parece sería más acorde, que es la que se encarga de las relaciones entre Administración y ciudadanos. ¿Por qué el Legislador eligió esta opción? No hubo ningún motivo jurídico sino que fue por pura “inercia parlamentaria”. El Consejo de Estado, durante el trámite parlamentario, emitió dos dictámenes²⁴ recomendando al Gobierno sacar del anteproyecto de la LPAC las normas sobre órganos colegiados e incluirlas en el de la LRJSP. En vez de eso lo que se hizo fue incluir todo lo relativo a los órganos administrativos, llevando consigo la regulación de la abstención/recusación. El Grupo Socialista, entre otros, presento enmiendas para que la abstención/recusación se incluyera en la LPAC²⁵, que no se tuvieron en cuenta, aprobándose ambas leyes (la LPAC y la LRJSP), con escasas modificaciones, las del Grupo Popular, que fue el único Grupo Parlamentario que finalmente voto a favor.

Según IZO BELLOSO, Doctor en Derecho y Vocal del Tribunal Administrativo de Navarra: “La ubicación es engañosa y la opción del legislador, que se mantiene por inercia, ha sido poco acertada. La abstención o recusación no afecta a los órganos administrativos sino a las personas físicas que los sirven, y no solo a quienes forman parte del órgano sino también a quienes no hallándose integrados en el órgano competente actúan en funciones auxiliares o de apoyo técnico en un determinado procedimiento”²⁶ señalando más adelante que: “los órganos no tienen intereses personales, ni parientes, ni amigos íntimos, los tienen únicamente las personas físicas”. Insiste en la misma cuestión, y además hace una distinción entre abstención/ recusación e incapacidad e incompatibilidad, cuando dice que: “La persona afectada por una causa de abstención no se ve desposeída de su cargo o función, lo cual es propio de las causas de incapacidad e incompatibilidad; únicamente tienen el derecho y el deber de no participar en un concreto y determinado procedimiento administrativo”²⁷.

La elección del legislador de decantarse por incorporar las reglas sobre abstención/recusación en la LRJSP, en lugar de hacerlo en la LPAC, puede dar lugar a problemas, sobre todo en lo que se refiere a las causas o motivos, y que analizaremos en el apartado correspondiente, esto es debido a las diferentes interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales.

En lo que se refiere a los cambios introducidos por esta Ley respecto a la legislación anterior (Ley 30/92) hay que señalar lo siguiente: aparte de algunas modificaciones sin consecuencias prácticas, se introducen dos precisiones o aclaraciones importantes: La primera fue la de añadir el parentesco como motivo, de una forma expresa, el “vínculo

²⁴ Dictámenes del Consejo de Estado 274/2015 y 275/2015, de 29 de abril de 2015.

²⁵ Argumentaron que: “las normas relativas a la abstención y recusación son propias de la norma que regula el procedimiento pues se producen siempre en el marco de un procedimiento administrativo concreto”.

²⁶ En materia de tribunal de oposiciones, STS de 19 de julio de 2009: “Existe una clara causa de abstención, pues el asesor de un Tribunal, al menos temporalmente, es personal al servicio de la Administración, y dicho asesor tenía interés personal en el asunto”.

²⁷ IZO BELLOSO, Miguel José. *Los motivos de abstención y recusación en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*. *Revista General de Derecho Administrativo*, 2017, nº 45, p. 10 y 11.

matrimonial o situación de hecho asimilable” (art. 23.2b). La segunda consistió en sustituir el confuso “podrá acordar su sustitución” por (art. 24.3) “acordara su sustitución”, en lo que se refiere a la sustitución por el superior jerárquico de la persona que incurre en alguna de las causas de abstención.

En cuanto a la regulación, se ordena con carácter general, en los artículos 23 y 24 de la LRJSP²⁸.

²⁸ “Artículo 23. Abstención.

1. Las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el apartado siguiente se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente.

2. Son motivos de abstención los siguientes:

a) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.

b) Tener un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato.

c) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.

d) Haber intervenido como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.

e) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

3. Los órganos jerárquicamente superiores a quien se encuentre en alguna de las circunstancias señaladas en el punto anterior podrán ordenarle que se abstengan de toda intervención en el expediente.

4. La actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurran motivos de abstención no implicará, necesariamente, y en todo caso, la invalidez de los actos en que hayan intervenido.

5. La no abstención en los casos en que concurra alguna de esas circunstancias dará lugar a la responsabilidad que proceda.

Artículo 24. Recusación.

1. En los casos previstos en el artículo anterior, podrá promoverse recusación por los interesados en cualquier momento de la tramitación del procedimiento.

2. La recusación se planteará por escrito en el que se expresará la causa o causas en que se funda.

3. En el día siguiente el recusado manifestará a su inmediato superior si se da o no en él la causa alegada. En el primer caso, si el superior aprecia la concurrencia de la causa de recusación, acordará su sustitución acto seguido.

Se trata de una regulación básica de acuerdo con el art. 149.1.18 CE, el cual establece que: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas...”; además de constituir una garantía de los ciudadanos cuando dice que: “en todo caso, garantizaran a los administrados un tratamiento común ante ellas”, garantía esta que en el caso de conculcarse podría dar lugar a la invalidez de la actuación administrativa.

Ese carácter básico de la norma permite que leyes especiales o sectoriales puedan desarrollarla, y en lo que se refiere a los motivos de abstención/recusación, sin perjuicio de su desarrollo más adelante, señalaremos que dichas leyes no podrán incorporar menos motivos o causas de las que se establecen en la legislación básica²⁹, al constituir estas el mínimo común denominador; sin embargo nada impide que puedan establecer otras nuevas.

También se trata de una materia con “reserva de Ley”, por ejemplo, solo serían válidos los preceptos sobre “ampliación de motivos de abstención” si se encuentran contenidos en una norma con rango de Ley. Esto tiene que ser así, ya que la ampliación de los motivos de abstención supone un límite a la regla general de “irrenunciabilidad de la competencia” (art. 8 LRJSP), y porque, aunque la CE no establece expresamente que el Régimen Jurídico del Sector Público debe regularse por Ley, debemos entender que esa es la voluntad del legislador en virtud de los artículos 98.4, 105.c y 103.3 CE³⁰.

5. LA PROHIBICIÓN GENERAL DE ABSTENCIÓN: EL CARÁCTER IRRENUNCIABLE DE LA COMPETENCIA. EXCEPCIONES

Antes de analizar esta cuestión, vamos a definir la “competencia administrativa”, desde el punto de vista de la jurisprudencia (STS de 10 de noviembre de 1992), como: “el conjunto de funciones que el ordenamiento jurídico atribuye a un determinado órgano”³¹.

4. Si el recusado niega la causa de recusación, el superior resolverá en el plazo de tres días, previos los informes y comprobaciones que considere oportunos.

5. Contra las resoluciones adoptadas en esta materia no cabrá recurso, sin perjuicio de la posibilidad de alegar la recusación al interponer el recurso que proceda contra el acto que ponga fin al procedimiento”.

²⁹ El Reglamento orgánico del Consejo de Estado (Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio) establece menos causas abstención (bajo la denominación de “inhibiciones”); la fórmula más correcta, a la hora de evitar problemas jurídicos, podría ser la utilizada por la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, la cual establece que tienen la obligación de inhibirse del conocimiento de los asuntos en los que concurra alguna de las causas establecidas en la legislación en materia de procedimiento administrativo común (ahora LRJSP).

³⁰ La ley regulará: “el estatuto e incompatibilidades de los miembros del Gobierno” (98.4); “el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado” (105. c); “el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones” (103. 3).

³¹ PALOMAR, Alberto y FUERTES, Javier. *Cuestiones generales sobre competencias administrativas (en general)* [en línea] [07 08 2022]. [<https://vlex.es/vid/cuestiones-generales-competencias-general-427627574>].

El punto de partida es el “carácter irrenunciable de la competencia” previsto en el art. 8. 1 LRJSP, el cual establece que: “La competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en esta u otras leyes”. Desde el punto de vista jurisprudencial: “La competencia como conjunto de atribuciones, facultades o poderes que corresponden a un determinado órgano administrativo, dentro de cada ente, es irrenunciable y ha de ser ejercida precisamente por los órganos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación previstos en la Ley”³². Esta regla se refuerza con la llamada “prohibición *non liquet*”³³ prevista en el art. 88. 5 de la LPAC, el cual establece que: “En ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso”.

La primera excepción es la que se refiere a la delegación de competencias, entendida como: “la transmisión de la competencia que un órgano tiene atribuida para que sea ejercida por otro órgano distinto”³⁴. Se regula en el artículo 9 LRJSP³⁵. La segunda se refiere a la avocación, entendida como: “la posibilidad de que un órgano reclame y atraiga para sí la resolución de un asunto cuya resolución correspondía, de forma ordinaria o por delegación, a un órgano dependiente”. Se regula en el artículo 10 LRJSP.

La última excepción es la que se refiere a los casos de sustitución o suplencia. Establece el art. 13. 1 LRJSP que: “En la forma que disponga cada Administración Pública, los titulares de los órganos administrativos podrán ser suplidos temporalmente en los supuestos de vacante, ausencia o enfermedad, así como en los casos en que haya sido declarada su abstención o recusación”.

Pues bien, un funcionario o personal al servicio de la Administración Pública no podrá abstenerse libremente, sino solo cuando exista algún motivo para ello, y no un motivo cualquiera, debe estar expresamente previsto en la Ley³⁶. Por otro lado, la sustitución, por parte del órgano competente, no puede ser libre o arbitraria, sino circunscrita a las

³² STS de 10 de noviembre de 1992.

³³ Sobre esta prohibición, la STS 17 de julio 2003 establece que: “Existe el deber de la Administración de decidir sobre las cuestiones planteadas dentro de su competencia dictando resolución expresa en todos los procedimientos, una prohibición impuesta a la misma de abstenerse de resolver so pretexto de oscuridad, silencio o insuficiencia de preceptos legales aplicables al caso y el deber funcional de los titulares del órgano de cumplir con su cometido adoptando las decisiones que integran la voluntad de aquélla”.

³⁴ PALOMAR, Alberto y FUERTES, Javier. *Delegación de competencias* [en línea] [07 08 2022]. [<https://vlex.es/vid/delegacion-competencias-427627578>].

³⁵ Debemos incluir las demás técnicas de alteración del ejercicio de competencias: encomienda de gestión y delegación de firma (arts. 11 y 12 LRJSP respectivamente), que aunque no suponen una delegación del ejercicio de competencias en su conjunto, si de una parte o de algunos aspectos de la misma.

³⁶ La STS 17 de julio 2003 establece que: “Debe entenderse que, tratándose de órganos unipersonales, fuera de los casos expresamente previstos por la Ley como motivo de abstención, los titulares de los órganos competentes para decidir no pueden abstenerse voluntariamente de hacerlo”.

causas previstas en la Ley: vacante, ausencia, enfermedad o declaración de la abstención/recusación³⁷.

En lo que se refiere a los miembros de órganos colegiados existen unas reglas especiales que trataremos más adelante en el apartado correspondiente.

6. EL DEBER DE ABSTENCION

6.1. PRESUPUESTO: ACTUACION DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Sobre esta cuestión, si nos referimos a la actuación de las Administraciones Públicas desde un sentido estricto, se trataría tan solo de las actuaciones llevadas a cabo por estas en el marco de un procedimiento administrativo.

Pero esta consideración debe ampliarse a lo señalado en el art. 2 LRJSP, así pues, el precepto relativo al deber de abstención (art. 23.1 LRJSP) se referiría más bien a aquellas actuaciones llevadas a cabo por el *sector público*, y que comprendería no solo a las Administraciones Públicas como tales, sino también a los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas; a las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas que quedaran sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, en particular a los principios previstos en el art. 3, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas; y a las Universidades.

Sin embargo, resulta evidente, dado que la finalidad de la imparcialidad es proteger a todo el ámbito de lo público, que la intención del legislador fue ampliar el presupuesto no solo a las *actuaciones del sector público* sino a todas aquellas *actuaciones públicas*, tales como contratación, selección de personal o adjudicación de subvenciones, entre otras actuaciones, llevadas a cabo por sujetos privados dentro del ámbito del Derecho Público.

Por otro lado, cada vez son más las normas que se remiten a la regulación sobre abstención y recusación de la LRJSP o que, sin remitirse a esta Ley, se refieren a normas de conducta o introducen el deber de abstención ante motivos que podrían atentar contra la imparcialidad, normas que en principio afectarían a las actuaciones de

³⁷ STS 3 de junio de 2004, en un caso en el cual un miembro del Gobierno manifestó su “voluntad de no intervenir en la resolución del expediente disciplinario” a una entidad bancaria, motivo por el que el Presidente del Gobierno acordó su sustitución por otro Ministro, el TS señaló: “... que en el presente caso no concurrían los supuestos determinantes de una alteración de la competencia... el carácter irrenunciable de la competencia que ha de ejercerse... por los órganos que la tengan atribuida como propia... la posibilidad de suplencia... para los supuestos específicamente previstos por la norma... que la suplencia, como instrumento jurídico del que se hizo uso por el acto recurrido, no resultaba posible en el presente caso dado que no existía vacante, ausencia o enfermedad...”.

sujetos aparentemente privados pero con una cierta dimensión en el ámbito de lo público, como es el caso de asociaciones sin ánimo de lucro³⁸, veterinarios³⁹, etc.

6.2. ÁMBITO SUBJETIVO

En este apartado nos referiremos a las personas obligadas por la Ley al deber de abstención.

En virtud del art. 23.1 LRJSP, se encuentran las *autoridades y el personal al servicio de las administraciones*. En lo que se refiere al concepto de “Autoridad”, no encontramos ninguna definición en el Derecho Administrativo, por lo que para tener una idea de su significado debemos acudir al Código Penal, que define el concepto de Autoridad a efectos penales en su art. 24, estableciendo qué: “se reputara Autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En lo relativo al “personal al servicio de las administraciones” consideraríamos como tal a los funcionarios de carrera o interinos; al personal laboral fijo, indefinido o temporal; y al personal eventual⁴⁰.

Por otra parte, también estarán obligados a abstenerse los *miembros de las corporaciones locales*, en virtud del art. 76 de la LRBRL; los *altos cargos de la Administración General del Estado*, de acuerdo con el art. 7 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración; y los *altos cargos de las Comunidades Autónomas*.

Como hemos señalado en el apartado anterior hay personas que, en virtud de la Ley, se encuentran obligadas, como las anteriores, al deber de abstención, pero esto solo sucederá cuando lleven a cabo actuaciones dentro de la esfera pública o cuando de alguna manera tales actuaciones incidan en la misma o afecten a intereses públicos o generales.

6.3. ÁMBITO FUNCIONAL

En este punto vamos a analizar aquellas funciones en las que opera el deber de abstención, consideradas estas como el marco en el que tienen lugar las actuaciones con relevancia pública llevadas a cabo por los sujetos obligados a abstenerse.

La primera de esas funciones es la que tiene que ver con la intervención en el procedimiento (art. 23 LRJSP:... *se abstendrán de intervenir en el procedimiento...*), y que según el TS se refiere a “cualquier clase de actuación administrativa”⁴¹, incluyéndose por tanto no solo las resoluciones sino también los actos de trámite, y refiriéndose tanto a la instrucción como a la resolución del procedimiento. Es decir, si

³⁸ La Ley 4/2004, de 18 de mayo, de la Explotación Agraria y del Desarrollo Rural en Castilla La Mancha, establece que los miembros y trabajadores del *Grupo de Desarrollo Rural* estarán sujetos a los artículos sobre abstención/recusación de la LRJPAC (ahora LRJSP).

³⁹ La Directiva 64/432/CEE, en su art. 14.3.b dispone que: “los veterinarios no deben tener relaciones financieras o familiares con el propietario o la persona responsable de la explotación”.

⁴⁰ Art. 8 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

⁴¹ STS de 28 de febrero de 2002.

tenemos en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, abarcaría a todo lo que tiene que ver con el procedimiento administrativo en su conjunto.

La segunda función a analizar es la que tiene que ver con la instrucción de procedimientos disciplinarios y sancionadores. Sobre esta cuestión, se aplicaran los preceptos sobre abstención/recusación, contenidos en la LRJSP, tanto al Instructor como al Secretario⁴² y, como no podía ser de otra manera, también al órgano decisor, en virtud de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, recogida en la mencionada STS de 28 de febrero de 2002. Por otro lado, es obligatorio que en el acuerdo de incoación se informe sobre el Instructor y el Secretario, con indicación expresa del régimen de recusación de estos (art. 13.1.c) del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto).

En tercer lugar, otra función administrativa a tener en cuenta, debido a su importancia, por las numerosas controversias que se suscitan en torno a ella, es la que tiene que ver con la selección y provisión de puestos de trabajo de empleados públicos. En torno a esta función el art. 13.4 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, establece que: “Los miembros de los órganos de selección deberán abstenerse cuando concurren la circunstancias previstas en el artículo 28 de la LRJPAC (ahora art. 23.2 LRJSP)” y al final del precepto dice que: “Los aspirantes podrán recusarlos cuando concorra alguna de dichas circunstancias”. Hay que señalar que la jurisprudencia ha ampliado este deber de abstención a los expertos y asesores⁴³ que asisten a los órganos de selección para un mejor desarrollo del proceso selectivo, así como a los miembros de los sindicatos⁴⁴ que intervienen en el mismo, y que aunque ninguno de ellos tiene facultades de decisión, sí que actúan como observadores o, de alguna manera, pueden condicionar los fallos o decisiones del órgano calificador.

6.4. LOS EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO

A. La relevancia invalidatoria o intervención determinante de la Autoridad o funcionario

Esta cuestión se contempla en el art. 23.4 LRJSP, cuando dice que: “La actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurren motivos de abstención no implicara, necesariamente, y en todo caso, la invalidez de los actos en que hayan intervenido”.

Habrà que matizar que se trata de aquellos supuestos en los que estando obligado, la Autoridad o funcionario, a abstenerse, por concurrir alguna causa de abstención, este no lo hace, incumpliendo de esta manera el deber legal previsto en el art. 23.1, y continuando en el procedimiento hasta la resolución del mismo, resolución esta dictada

⁴² Art. 32.1 del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero

⁴³ La STS de 19 de julio de 2009, en relación con el asesor de un Tribunal de unas oposiciones, manifestó que: “dicho asesor tenía interés personal en el asunto... pues es evidente que la intervención... durante el ejercicio cuarto fue decisiva, realizando materialmente el contenido del ejercicio cuarto, y asesorando al Tribunal en su calificación así como en la determinación de la nota de corte”.

⁴⁴ La STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de febrero de 2010 amplía a estos el deber de abstención.

en el contexto de un procedimiento que podríamos considerar que adolece de, al menos, “falta de imparcialidad” en alguna de sus actuaciones.

De lo que se trata aquí es de la posibilidad de que, ante esta situación, puedan salvarse las actuaciones en las que hubiese intervenido la persona que incurre en alguna causa de abstención. Teniendo en cuenta que el art. 23.4 no nos ofrece ninguna pista para saber qué actuaciones son insalvables, debemos acudir a otras normas que puedan ser más precisas, como es el caso de la LRBRL, la cual en su art. 76 establece que: “la actuación de los miembros en que concurren tales motivos implicara, cuando haya sido determinante, la invalidez de los actos en que hayan intervenido”, siendo esta nota, la del *carácter determinante de la causa de abstención*, la adoptada por la jurisprudencia.

Para poder confirmar ese *carácter determinante*, que de darse supondría la invalidez de la actuación, habrá que analizar dos cuestiones. La primera, tiene que ver con el *grado de intervención* del sujeto; y la segunda, con la *influencia decisiva* del sujeto.

En resumen, en primer lugar, el interesado tendría que probar la concurrencia de una determinada causa de abstención en la persona que intervenga en una concreta actuación; y a continuación, una vez acreditada o demostrada la causa, se tendría que acreditar ese “carácter determinante” para poder invalidar el acto en cuestión. Ahora bien, tal y como establecen FERNÁNDEZ RAMOS Y PÉREZ MONGUIÓ: “si bien es razonable hacer cargar a quien impugna la prueba de la existencia de una causa de abstención, no lo es tanto exigirle además la prueba del carácter determinante o decisivo de su intervención”⁴⁵.

B. Anulación y conservación del acto

Según el Tribunal Supremo: “los actos administrativos gozan de las presunciones de *validez y acierto*”⁴⁶.

El “principio de conservación del acto” o *favor acti* aparece recogido en la LPAC (arts. 49 a 52) a través de una serie de reglas tendentes a mantener, salvaguardar o conservar el acto administrativo.

Según estas reglas, en primer lugar, *se conservaran los actos cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción* (art. 51). Según mi opinión, en lo que se refiere a este precepto, la carga de la prueba recaería sobre la Administración, ya que, una vez ha quedado demostrada la causa de abstención, ya no tendría sentido la idea jurisprudencial establecida en la STS de 23 de mayo de 2000. En definitiva, creo que si en un procedimiento se demuestra que hubo imparcialidad, por mínima que esta sea, tal situación destruiría las presunciones de validez y acierto.

En segundo lugar, *la nulidad o anulabilidad de un acto no implicara la de los sucesivos que sean independientes. La nulidad y anulabilidad en parte del acto no implicara la de*

⁴⁵ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PEREZ MONGUIÓ, José María. *op. cit.*, p. 182.

⁴⁶ STS de 23 de mayo de 2000

las partes del mismo independientes, salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado (art. 49).

En resumen, una vez acreditado el “carácter determinante” del acto en cuestión, o lo que es lo mismo, su “influencia decisiva”, y teniendo en cuenta que es sobre la Administración sobre quien recae la carga de probar lo contrario, el acto se invalidara. A partir de ese momento entran en juego las reglas anteriores. El problema está en delimitar quién tiene que probar los extremos de esas reglas. Según mi opinión, que se corresponde con la de una parte de la doctrina⁴⁷, los interesados solo tendrían que probar la concurrencia de la causa, y la administración todo lo demás.

Sin perjuicio de lo anterior, hay dos casos, el que tiene que ver con los *procesos de selección y concursos* y el del *procedimiento sancionador*, en los que la concurrencia de alguna causa de abstención supondría la automática nulidad de pleno derecho. En el primero de los casos, se justifica por qué dicha conculcación de la imparcialidad atentaría de plano contra el *derecho de acceso en condiciones de igualdad a la función pública* (art. 23.2 CE); mientras que en el segundo de los casos, se iría en contra del *derecho de defensa* (art. 24 CE), al considerar que tales procedimientos están dentro de la esfera de este derecho.

C. Responsabilidad personal

De acuerdo con el art. 23.5 LRJSP, “la no abstención en los casos en que concurra alguna de esas circunstancias⁴⁸ (las del 23.2) dará lugar a la responsabilidad que proceda”.

Sin perjuicio de lo anterior, existen otras normas, de carácter sectorial, que incluyen la falta del deber de abstención dentro de su régimen sancionador, por esta razón podemos decir que la responsabilidad establecida en la LRJSP es de tipo “personal”.

En relación con los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración General del Estado, el art. 17.1.a) de la Ley 5/2006 establece como infracción muy grave “el incumplimiento de las normas de incompatibilidades a que se refiere este título”. Pues bien, habrá que decir que el “deber de inhibición y abstención” (art. 7), regulado en el mismo título, forma parte de esas “normas de incompatibilidades”.

Por otra parte, el Reglamento Disciplinario de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, en su art. 7.1.g) establece como infracción de carácter muy grave “intervenir en un procedimiento administrativo cuando se de alguna de las causas de abstención legalmente señaladas”.

⁴⁷ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. *op. cit.*, [en línea]. Establece qué: “La Administración debe despejar las dudas que ella misma ha sembrado con su actuación ilegal. No es justo que el ciudadano deba soportar las consecuencias negativas de la torpeza administrativa”

⁴⁸ Una parte de la doctrina, como PARADA VAZQUEZ, Ramón. *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas*. Madrid: Marcial Pons. 1993, p. 129, considera que aunque la conculcación del deber de abstención no se tipifique en el Código Penal, tal situación serviría al juez de *indicio decisivo* para apreciar un posible *delito de prevaricación*.

Hay que señalar que lo que se busca con la responsabilidad personal en esta materia es castigar a la Autoridad o personal al servicio de la Administración que incumplió su deber de abstención, atentando de esta manera, no contra el interés de un tercero (el interesado), sino contra el mismo interés público. Aunque resulte evidente, también habrá que señalar que si el superior jerárquico (o el órgano correspondiente) no observara la causa de abstención alegada voluntariamente por la Autoridad o funcionario, tal situación eximiría a este último de cualquier tipo de responsabilidad.

Mi opinión, que se corresponde con la de una parte de la doctrina⁴⁹ y con lo establecido en el art. 94.2.c) del EBEP⁵⁰, consistiría en establecer la regla de la proporcionalidad a la hora de valorar las distintas causas o motivos de abstención, teniendo en cuenta la valoración social de la época actual, ya que no puede tener el mismo desvalor jurídico la imparcialidad que supone “haber conocido antes el asunto” (por ejemplo en el supuesto de que un perito, que hubiese intervenido en la instrucción del procedimiento, aportando una serie de informes, tuviera que participar en la resolución), y la imparcialidad que supondría “tener interés personal en el asunto” (circunstancia esta tan estrechamente ligada al fenómeno de la corrupción).

7. CIRCUNSTANCIAS DE ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN

7.1. LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LAS CAUSAS DE ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN

Como ya hemos visto en el apartado correspondiente, al referirnos a la evolución legal de esta materia y a su régimen jurídico, la interpretación de las causas de abstención/recusación no va a ser la misma dependiendo de si se considera que estas forman parte del procedimiento administrativo común, dado que se encuentran entre las garantías de los ciudadanos, o si por el contrario, se incardinan, como así lo ha hecho el legislador, en el ámbito del régimen jurídico del sector público. Sin entrar a valorar, detalladamente, que elección hubiese sido más adecuada, asunto que ya se ha tratado, lo cierto es que el legislador se decantó por la segunda opción, y esto trae unas consecuencias jurídicas, que analizaremos a continuación.

El punto de partida es el art. 149.1.18 CE, según el cual el Estado tiene competencia exclusiva sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas que, en todo caso, garantizaran a los administrados un tratamiento común ante ellas. Pues bien, al contrario de los que ocurre con el “procedimiento administrativo común”, regulado en este mismo precepto, y donde la competencia exclusiva del Estado comprende la totalidad de la materia, en materia de “régimen jurídico de las Administraciones públicas, la competencia exclusiva estatal comprende solo a las “bases”.

⁴⁹ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PEREZ MONGUIÓ, José María. *op. cit.*, p. 199.

⁵⁰ Según este art., La potestad disciplinaria se ejercerá de acuerdo con el “principio de proporcionalidad, aplicable tanto a la clasificación de las infracciones y sanciones como a su aplicación”.

Hasta la actualidad debemos tener en consideración dos posturas doctrinales y jurisprudenciales. La primera de ellas y mayoritaria⁵¹ considera que los motivos de abstención y recusación son *numerus clausus*, es decir, consideran una “lista cerrada” de motivos el art. 23 LRJSP. Una de las razones que dan para justificar esta postura es que un conjunto de motivos diferente para cada Administración, órgano o procedimiento atentaría contra el principio de seguridad jurídica⁵².

La segunda postura⁵³ defiende que las causas o motivos no son *numerus clausus*, haciendo valer el art. 149.1.18 CE, según el cual la LRJSP regula las bases, por lo que cada Comunidad Autónoma podría introducir diferentes peculiaridades, respetando siempre esas bases. En palabras del Tribunal Constitucional solo constituyen: “un mínimo común denominador normativo dirigido a asegurar los intereses generales, a partir del cual pueda cada Comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes”⁵⁴. Ahora bien, el mismo Tribunal Constitucional, establece lo siguiente en lo que se refiere a la diferente extensión e intensidad de las “bases”: “cuando se refieren a aspectos meramente organizativos internos, que no afectan directamente a la actividad externa de la Administración y los administrados, que en aquellos aspectos en los que se da esta afectación”.

Según mi opinión, la defensa de la segunda postura no atentaría contra el principio de seguridad jurídica, previsto en el art. 9.3 CE y matizado por el Tribunal Constitucional en diferentes sentencias⁵⁵. La posibilidad de que otra Administración (en este caso, una Comunidad Autónoma) desarrolle unos preceptos que sientan las bases de una determinada materia, además de ser lo habitual en un Estado descentralizado como el nuestro, no atentaría contra el principio de seguridad jurídica, siempre que la norma que desarrolle esos preceptos lo haga con claridad, de tal forma que los ciudadanos sepan en todo momento a que deben atenerse. En la materia que estamos tratando son varios los puntos que introducen conceptos que podemos considerar abstractos o genéricos (por ejemplo en la amistad íntima o en la enemistad manifiesta) contribuyendo de alguna manera a la “inseguridad jurídica”, y haciendo necesaria la intervención de la doctrina, la jurisprudencia, o incluso de otras administraciones con potestad legislativa para precisar o matizar esos términos un tanto confusos. En resumen, según mi parecer, esto puede contribuir, en sentido contrario a lo que piensa la primera postura, a la seguridad jurídica.

⁵¹ STS de 27 de mayo de 2009. Defiende que: “el ordenamiento jurídico no ha encomendado al criterio particular del juez la apreciación de los motivos..., ni ha dejado al libre arbitrio de los interesados la facultad de recusar al Juez por cualquier causa, sino que se han precisado legalmente las circunstancias que sirven taxativamente de causas comunes de abstención y recusación.

⁵² IZU BELLOSO, Miguel José. *op. cit.*, p. 18

⁵³ DOMENECH PASCUAL, FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUÍO *aun op. cit.* Estos últimos proponen revisar el sistema cerrado de motivos de abstención y sus sustitución por un sistema mixto, pero dan por hecho que continua vigente.

⁵⁴ STC 49/1988, de 22 de marzo.

⁵⁵ Así pues, en la STC 46/1990, de 15 de marzo se considera que dicho principio “implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa... no provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cual sea el Derecho aplicable, cuales las consecuencias derivadas de las normas vigentes, incluso cuales sean estas”.

7.2. ANÁLISIS DE LAS CAUSAS DE ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN

A continuación analizaremos detalladamente cada una de las causas o motivos de abstención/recusación previstos en el art. 23.2 LRJSP, precisando y matizando (de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia) algunos términos confusos del articulado, considerando que la mayoría de estas causas son abiertas y no *numerus clausus* (conforme a la doctrina de DOMENECH PASCUAL, FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUÍO).

A. Interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél.

La primera apreciación que debemos señalar, es que no nos estamos refiriendo aquí al interés de la otra parte del procedimiento, es decir, del “interesado⁵⁶”, ya que dicho interés no perjudica a la imparcialidad; se trata del interés que tiene la autoridad o personal al servicio de la Administración respecto del objeto de un procedimiento concreto. Así pues, es esta una causa objetiva y no subjetiva, ya que como ha manifestado GARBERÍ LLOBREGAT: “el interés personal solo puede predicarse del objeto del que podría conocer y no del sujeto al que afecta o podría afectar”.

Otra nota que lo distingue del concepto de interés que se desprende del art. 4 LPAC es la que pone de relieve YABEN PERAL, cuando dice que: “el interés personal ha de manifestarse con la presencia de una utilidad *uti singuli*, debiendo por consecuencia descartarse la concurrencia de interés personal cuando se esté en presencia de utilidades colectivas o impersonal, es decir *uti universis*”⁵⁷. También debemos descartar aquí, de acuerdo con la jurisprudencia⁵⁸, el interés cívico, general o institucional. Tal y como sostiene DOMÈNECH PASCUAL⁵⁹: esta causa no se producirá en los supuestos en que: exista una difusión extraordinaria del interés⁶⁰; haya intereses colectivos; se trate de asuntos públicos e institucionales. En lo que al “interés” se refiere, nos encontramos con dos posturas doctrinales diferentes. La primera⁶¹, más laxa que la segunda, solo admite el interés directo en el asunto para que pueda darse esta causa. Existe interés

⁵⁶ El art. 4 LPAC se refiere al “concepto de interesado” como parte en el procedimiento administrativo, establece que: “1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo: a) quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos. b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la resolución. c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva”.

⁵⁷ YABEN PERAL, Miguel. *op. cit.*, [en línea].

⁵⁸ Sentencia del TS de 22 de diciembre de 1986.

⁵⁹ DOMÈNECH PASCUAL, Gabriel. *op. cit.*, [en línea].

⁶⁰ STS de 30 de abril de 1984. El TS manifiesta: “el carácter generalizado de dicho interés... no puede considerarse motivo de abstención”; “es preciso que concurra... un interés directo en su persona o en la de los familiares”; “posición individualizada en relación con el acuerdo que se trata de adoptar, en cuanto que el mismo pueda incidir de una forma especialmente intensa respecto de dicho interesado, no siendo suficiente... los supuestos... en los que el interés no va más allá, del que comparte la generalidad de los miembros de la Comunidad y en los que la incidencia del acuerdo, dado su carácter general, no muestra particularidad alguna respecto de los mismos”.

⁶¹ GARBERÍ LLOBREGAT, José. *op. cit.*, p. 231. Manifiesta que: “nada más fácil que acudir a la interpretación del *interés* como título de legitimación. Así, el funcionario tendrá *interés* en el objeto del procedimiento cuando dicho título pueda habilitarle para coadyuvar u oponerse a la pretensión hecha valer en el mismo”.

directo cuando la autoridad o personal al servicio de la Administración se asemeja al papel de interesado previsto en el art. 4 LPAC, pudiendo estar legitimado para intervenir en el procedimiento. La segunda postura⁶², más restrictiva que la anterior, admite también que pueda existir un interés indirecto cuando, sin tener la autoridad o funcionario el título de legitimación (interés directo), puede verse afectado de forma refleja por la resolución del procedimiento.

La característica principal que conforma el concepto de interés es el carácter personal del mismo, concretado en un posible beneficio⁶³ dentro de la esfera personal de la Autoridad o personal al servicio de la Administración, y ya se trate tanto de un beneficio personal en sentido estricto como de un beneficio en su patrimonio⁶⁴. Tal y como manifiesta GARBERÍ LLOBREGAT: “El beneficio o perjuicio puede ser tanto material, jurídico o económico, pero puede ser competitivo, profesional o de carrera (STS de 26 de abril de 1973), político o sociales (STS de 12 de septiembre de 1989), o moral (STS de 12 de junio de 1989)⁶⁵.”

B. Cuestión litigiosa pendiente con algún interesado

Lo primero que habrá que analizar es a que se refiere la LRJSP cuando habla de “cuestión litigiosa pendiente”, ya que se trata de un concepto mucho más amplio que, por ejemplo, el utilizado en la LOPJ. Al tratarse de un concepto muy amplio, que en principio podría dar lugar a diversas interpretaciones, se hace necesaria la intervención de la doctrina y de la jurisprudencia a la hora de delimitarlo.

En primer lugar, dentro de “cuestión litigiosa”, se incluye cualquier pleito, con independencia de cuál sea el orden jurisdiccional. De acuerdo con M. A. GILABERT CERVERA, se incluyen, de igual manera, las cuestiones litigiosas pendientes sometidas a otros órganos extra judiciales (Colegios profesionales, árbitros, etc.)⁶⁶.

En lo que se refiere a los procedimientos administrativos sancionadores y disciplinarios, la doctrina⁶⁷ los deja fuera del concepto de “cuestión litigiosa”, con independencia de que en un futuro esa denuncia se pudiera materializar en una querrela, en ese momento, sí, hasta entonces no existen partes *stricto sensu*.

⁶² VAZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *op. cit.*, manifiesta que: “Basta con que el interés exista, aunque fuere indirecto, para que proceda la causa de abstención, porque la Administración no solo tiene el deber material de obrar con imparcialidad, sino también el deber formal de evidenciar la imparcialidad”.

⁶³ STS de 30 de diciembre de 1985. El TS pone al mismo nivel tanto el posible beneficio como la evitación de un posible perjuicio.

⁶⁴ STS de 29 de noviembre de 1969. Según el TS el interés directo o indirecto se refiere “únicamente a un interés personal de condición económica, ética o afectiva, como esperanza de utilidad o beneficio propio, de alcance material o bien espiritual, referida a aquel como persona particular o a su patrimonio ya que este egocentrismo para que los haga *suspectus* ha de simular una relación causal con la materia objeto del proceso que tenga su carácter diferente del saludable interés de celo u obligación profesional que empele al funcionario a cumplir con su deber”.

⁶⁵ GARBERÍ LLOBREGAT, José. *op. cit.*, p. 231.

⁶⁶ GILABERT CERCERA, Miguel Ángel. “Abstención y recusación”. En: *Estudios y comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Tomo 1. Madrid: BOE, 1993. p. 95.

⁶⁷ DOMINGO ZABALLOS, Manuel José. “Artículo 76”. En: *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local*. Madrid: Thomson-Civitas, 2003. P. 1300

La jurisprudencia también ha optado por esta idea, aunque algún tribunal ha manifestado lo contrario⁶⁸. Las sentencias, a favor de dejar fuera de la causa a estos procedimientos⁶⁹, contienen una serie de posturas comunes: creen que la denuncia en estos casos es una mera declaración para que el órgano tenga conocimiento del hecho infractor cometido, a diferencia de la querrela, donde existe acción penal; la sanción persigue proteger al servicio público, mientras que la protección de los derechos e intereses legítimos se consigue a través de la vía jurisdiccional; que el conflicto existiría, en tal caso, entre la Administración, que es quien tiene la potestad sancionadora, y el funcionario en cuestión; en ningún caso entre el denunciante y el denunciado.

Otro problema que hay que tener en cuenta, es el que suscita el tenor literal de este precepto, al final, cuando dice: "... con algún interesado". Pues bien, la preposición "con" empleada en lugar de la preposición "contra" podría dar lugar a la siguiente interpretación: pudiera pasar que interesado y Autoridad o personal al servicio de la Administración se encuentren en la misma posición procesal, compartiendo un mismo interés sometido a una decisión, por ejemplo, judicial, y pudiendo surgir entre ambos un sentimiento de solidaridad que pudiese poner en peligro la imparcialidad requerida. En torno a esta cuestión FÉRNANDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ manifiestan que: "Compartir una misma posición procedimental o procesal no supone necesariamente y, por sí misma, una alteración o una presunción significativa de la capacidad de la Autoridad o del personal al servicio de la Administración para conocer de un asunto. Porque si esto fuese así casi cualquier elemento podría ser considerado causa de recusación (por ejemplo: ser vecinos o pertenecer a un mismo club) y, por tanto, nos situaríamos en un escenario abismal donde podríamos poner en riesgo la esencia de la propia institución"⁷⁰.

En cuanto a la delimitación temporal de la cuestión litigiosa existen diferentes posturas, tanto jurisprudenciales como doctrinales. La primera de ellas⁷¹ entiende que no puede haber "cuestión litigiosa" si antes de la incoación del procedimiento administrativo, del que se pudiera desprender esta causa de abstención/recusación, no se hubiese presentado el escrito de demanda. Aunque del tenor literal del precepto no se desprende delimitación temporal alguna, esta estaría justificada, debido a que el interesado podría actuar en *fraude de ley*, con el objetivo de apartar a una Autoridad o funcionario del procedimiento. La segunda postura va más allá, afirmando que no bastaría con la simple presentación, sino que sería necesaria la admisión a trámite de la demanda o querrela⁷².

⁶⁸ STSJ de Baleares de 4 de septiembre de 2001. Ha manifestado qué: "por tener cuestión litigiosa pendiente se entiende procesos judiciales e incluso procedimientos administrativos como, por ejemplo, ser denunciante o denunciado en expediente sancionador".

⁶⁹ STS de 18 de diciembre de 1991.

⁷⁰ FÉRNANDEZ RAMOS, Severiano y PEREZ MONGUIÓ, José María. *op. cit.*, p. 104.

⁷¹ Así lo interpreto el TC: "tampoco el rector venía obligado a abstenerse al resolver el expediente por tener pendiente un pleito civil, entre otras razones porque ese pleito civil fue presentado con posterioridad a incoarse el expediente" (STC 22/1990).

⁷² GONZÁLEZ PEREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Tomo 1. 3ª edición. Madrid: Civitas, 2003, p. 409. Afirma qué: "la simple presentación de una demanda o de una

Una tercera opinión, jurisprudencial en este caso, concretamente la establecida en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, STSJ) de Andalucía (Granada) de 29 de julio de 2002, rec. 270/2001⁷³, y que podríamos denominar “intermedia”, considera que bastaría con que existiese una “cuestión litigiosa pendiente”, del tipo que fuese, para poder afirmar la existencia de esta causa de abstención/recusación.

Por último, la postura más laxa, es la que comparte una parte de la doctrina (FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ), y yo personalmente, manifiesto que la idea de una delimitación temporal de la cuestión litigiosa no se ajusta al ordenamiento jurídico por ir en contra del art. 3.1 del Código Civil⁷⁴, ya que si atendemos, en primer lugar, a la hora de interpretar este precepto, al “sentido propio de sus palabras”, este no establece delimitación temporal alguna y tampoco podemos afirmar que tal característica pueda desprenderse de la voluntad del legislador o del espíritu de la Ley misma. Según FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ: “no sería muy correcto impedir al interesado ejercer el derecho a la recusación pues el fundamento en que se sustenta la causa no conoce de cuestiones formales como el momento del nacimiento de la cuestión litigiosa. De este modo, no parece razonable que un interesado tenga un incidente externo con el instructor de un procedimiento del que forma parte y que no pueda recusarlo por el hecho de que es contemporáneo al mismo, todo ello teniendo en cuenta que es frecuente que los interesados no conozcan personalmente a las personas y autoridades que tramitan los expedientes en los que se ven inmersos”⁷⁵.

En lo que se refiere al ámbito subjetivo de la cuestión litigiosa, en primer lugar habrá que acudir al art. 4 LPAC, citado anteriormente, y referido al concepto de “interesado”, y que puede ser tanto una persona física como jurídica. También se extiende este concepto a entidades dependientes de una persona jurídica, tal y como defiende el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía⁷⁶. No se extiende, siguiendo el criterio del

querrela no determina por sí sola la apertura del procedimiento judicial, pues la pendencia judicial exigida por la LRJPAC no existe hasta que no se inicia formalmente el procedimiento en virtud de la admisión a trámite de la demanda o la querrela”.

⁷³ “Es preciso dilucidar si puede considerarse o no *cuestión litigiosa pendiente*,... la interposición de un recurso contencioso-administrativo... sin presentación (todavía) del escrito de demanda... la interposición del recurso... antes de la formulación de la demanda, dejaba al actor incurso en causa de abstención y recusación... existía, al tiempo de las visitas de inspección giradas por el actor, cuestión litigiosa..., dado que con al menos una semana de antelación a la primera de ellas se había presentado en el Juzgado Contencioso-Administrativo el escrito de interposición”.

⁷⁴ “Las normas se interpretaran según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.

⁷⁵ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María. *op. cit.*, p. 107.

⁷⁶ STSJ Andalucía (Granada) de 29 de julio de 2002. Establece que: “afirmada la existencia de causa de recusación con respecto a los expedientes en los que el Ayuntamiento fuera parte, esa circunstancia constituye igualmente causa de abstención con respecto a los expedientes en los que es parte el Instituto Municipal de Formación y Empleo, dado que, aun dando por sentado que dicha entidad tiene personalidad jurídica propia e independiente... se trata de una entidad instrumental, vinculada estatutaria y funcionalmente al Ayuntamiento”.

TS⁷⁷, a los destinatarios de actos de carácter general, los cuales no se considerarían interesados a los efectos de abstención/recusación motivada por esta causa.

Una cuestión problemática y que ha suscitado debate, es si se debe ampliar el concepto de interesado también al cónyuge (la idea podría ser similar a lo que ocurre con empresas y entidades dependientes, donde se extiende o se amplía el concepto de interesado). FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ proponen ampliar esta causa *lege ferenda* a fin de evitar situaciones problemáticas⁷⁸; sin embargo también se podría defender lo contrario, atendiendo al tenor literal de la Ley previsto en el art. 3.1 del Código Civil, y señalado ya anteriormente.

C. Vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable.

El primer inciso que habrá que hacer, es que el vínculo matrimonial, igual que ocurre con las relaciones de consanguinidad o afinidad, constituyen causas de abstención/recusación que no admiten prueba en contrario para demostrar la no existencia del hecho presumido (*presunción iuris et de iure*); por otro lado, la amistad íntima, la enemistad manifiesta o el interés son más difíciles de probar y además permite a la otra parte presentar prueba en contrario (*presunción iuris tantum*). Sobre esto último, FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ, equiparan las “situaciones de hecho asimilables al matrimonio” a las situaciones de amistad o enemistad, cuando dicen que: “en ningún caso ostentaría la condición de prueba *iure et de iure* por que las relaciones humanas, entre las que se encuentran las derivadas del matrimonio, pueden responder a muy distintas consideraciones”⁷⁹.

Lo que está claro es que el legislador tuvo la intención de situar al mismo nivel las “situaciones de hecho asimilables” y el matrimonio, pero si tenemos en cuenta la difícil prueba de las *parejas de hecho* (no así de “las de derecho”⁸⁰, entre las que estarían las *uniones registradas*), están se encontrarían en un escalón más bajo en lo que a la exigencia probatoria se refiere. En cuanto a la regulación, debemos acudir a la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho, así como a la legislación autonómica.

Hay una serie de “vacíos” en este precepto que es necesario cubrir. De momento solo contamos con algunas propuestas doctrinales, ya que se trata de un precepto relativamente nuevo (la anterior Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común no

⁷⁷ STS de 8 de marzo de 1993. Referida a un caso relativo a un acuerdo sobre retribuciones de funcionarios.

⁷⁸ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María. *op. cit.*, p. 97.

⁷⁹ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María. *op. cit.*, p. 114.

⁸⁰ Dentro de las “situaciones de hecho asimilables al matrimonio” hay que distinguir dos niveles: por un lado, lo que serían las simples “parejas de hecho”, que conviven juntas, pero no han formalizado su convivencia a través de un registro, o accediendo a la institución del Matrimonio, y en estos casos bastaría con probar por la otra parte, por ejemplo, que se encuentran empadronadas en diferentes domicilios para de esta manera destruir esa presunción *iuris tantum*; y un segundo nivel que sería el de las “uniones registradas” o parejas de hecho que han accedido al correspondiente registro autonómico y que se equiparan Matrimonio.

contemplaba el supuesto del Matrimonio, y mucho menos las situaciones de hecho asimilables).

En relación con lo anterior, FERNÁNDEZ RAMOS y PEREZ MONGUIÓ proponen *lege ferenda* las siguientes cuestiones⁸¹: que la causa de “vínculo matrimonial” continúe también cuando el matrimonio se hubiese extinguido; reconocer *expresamente* las “situaciones de las parejas de hecho”; reconocer también “situaciones de afinidad o consanguinidad asimilables hasta el primer grado” para que la realidad actual de nuevos modelos de familia se contemplen en la Ley (hijos de uno solo de los individuos de la pareja o padres de la pareja que se equipararían a los suegros).

D. Parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado⁸².

Estas “relaciones de sangre”, se caracterizan, al contrario que las “relaciones de afinidad”, como veremos en el siguiente apartado, por permanecer siempre, durante toda la vida del interesado.

Algunos autores⁸³ proponen *lege ferenda* modular el grado de consanguinidad a los efectos de la aplicación de la causa de abstención/recusación, dependiendo de si se trata de interesados en sentido estricto, administradores de empresas interesadas, asesores, mandatarios o representantes legales, tal y como hace la LOPJ en su art. 219⁸⁴, ya que consideran que no es razonable situar en el mismo nivel a todos, y que solo debería ser hasta el cuarto grado para los interesados en sentido estricto.

E. Parentesco de afinidad dentro del segundo grado.

Como en el apartado anterior, además de los interesados, se incluye a los administradores de entidades o sociedades interesadas, a los asesores, y a los representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento.

En cuanto a las características de estas relaciones de afinidad: por lo general son menos intensas, y por ello el legislador lo tiene en cuenta al incluir solamente hasta el segundo grado; se originan de forma mediata con la familia del cónyuge, con el vínculo que nace de la celebración del matrimonio; y, al contrario de lo que ocurre con las relaciones de parentesco de consanguinidad, estas se extinguen si se disuelve el matrimonio. Ahora bien, se extinguen “desde un punto de vista jurídico”, pero tanto la doctrina civilista, como la procesalista⁸⁵, y también algunos autores dentro del Derecho Administrativo

⁸¹ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María. *op. cit.*, p. 114 y 116.

⁸² Si aplicamos las reglas previstas en los artículos 915 a 919 del Código Civil se trataría de padres e hijos, dentro del primer grado; abuelos, nietos y hermanos, dentro del segundo grado; tíos, sobrinos, bisabuelos y bisnietos, dentro del tercer grado; y primos hermanos y tíos abuelos, dentro del cuarto grado.

⁸³ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María. *op. cit.*, p. 109 y 110.

⁸⁴ “Son causas de abstención y, en su caso, de recusación:

1ª El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con las partes o el representante del Ministerio Fiscal.

2ª El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del segundo grado con el letrado o el procurador de cualquiera de las partes que intervengan en el pleito o causa.”

⁸⁵ GALAN GONZALEZ, Candela. *Protección de la imparcialidad judicial: Abstención y recusación*. 1ª edición. Tirant Lo Blanch, 2005.

comparten la idea de presumir que siguen existiendo esas relaciones aun cuando el matrimonio se hubiese disuelto. Por ejemplo, FERNÁNDEZ RAMOS y PEREZ MONGUIÓ dicen que: “No parece razonable que un tío con sus sobrinos políticos dejase de ostentar esa relación formal o material por la disolución del matrimonio incluso es más si se negase esa posibilidad, teóricamente la muerte, que también supone la finalización del vínculo matrimonial, debería tener como consecuencia la finalización de las relaciones de afinidad que surgieron. Si esto fuese así, una de las notas que se debería predicar de la afinidad sería su temporalidad y su fragilidad”⁸⁶.

F. Compartir despacho profesional o estar asociado para el asesoramiento, la representación o el mandato.

Esta causa de abstención/recusación, recogida en el art. 23. 2. b)⁸⁷ *in fine*, genera problemas a la hora de determinar el alcance de la norma, ya que no resulta claro a quien se está refiriendo cuando dice: *con estos*. No se sabe si se está refiriendo a las personas con las que se tiene vínculo matrimonial, asimilable, de consanguinidad o de afinidad; si solo se está refiriendo a los que comparten despacho profesional; o si se refiere a ambos. Pues bien, ninguna de estas teorías resultaría apropiada, ya que entonces estaríamos ante un precepto (el 23. 2. b) *in fine*) que resultaría reiterativo, pues las personas a las que se referiría ya estarían incluidas en la norma, sin ser necesario ese último inciso para que lo sigan estando. Por eso FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ mantienen otra teoría a la hora de interpretar este confuso precepto que, consideran, “podría afectar a la calidad y economía de la norma”⁸⁸, proponiendo una solución interpretativa, así como una propuesta *lege ferenda*⁸⁹ que, según su opinión, resultaría más clara y concisa y, según mi opinión, también más acorde con el principio de seguridad jurídica.

Estos autores defienden que cuando dice: *estar asociado con estos*, el inciso: *con estos* se está refiriendo únicamente a: *los administradores de entidades o sociedades interesadas*. De esta manera, en el mismo párrafo de la norma se incluirían dos aspectos claramente diferenciados, por un lado: la relación de parentesco con interesados, administradores de sociedades interesadas o con asesores, representantes legales o mandatarios; y por otro lado: compartir despacho profesional o estar asociado con entidades interesadas para el asesoramiento, la representación o el mandato.

⁸⁶ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María. *op. cit.*, p. 111.

⁸⁷ “Tener un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato”.

⁸⁸ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María. *op. cit.*, p. 117.

⁸⁹ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María. *op. cit.*, p. 118. Ambos autores hacen la siguiente propuesta *lege ferenda*: por un lado: diferenciar claramente, tal y como hemos desarrollado, ambos aspectos; y por otro lado: eliminar el inciso de *que intervengan en el procedimiento*, ya que resultaría reiterativo “pues en el caso de las sociedades y entidades interesadas el elemento de la intervención puede resultar irrelevante pero en los representantes, mandatarios o asesores resulta evidente que debe ser en el procedimiento en cuestión”.

Sobre lo anterior también existen dudas interpretativas. ¿Qué se entiende por “compartir despacho profesional”? ¿Se trata de un concepto físico o de un concepto material?⁹⁰ ¿El asesoramiento, la representación o el mandato se predicen solo respecto de la asociación con entidades interesadas o también respecto de los despachos profesionales?

La jurisprudencia, en lo que se refiere a la modulación de esta causa de abstención/recusación, sigue un criterio orientado a la ampliación y no es tan estricta como en otros motivos⁹¹. La Audiencia Nacional, en otra Sentencia de 2010, manifiesta que la causa: “... tiene una formulación amplia que permite no limitarla a la figura del despacho profesional o a la agrupación societaria, sino que parece admitir otras fórmulas de colaboración siempre que las mismas comporten una especie de *comunidad de intereses* que comprometan la imparcialidad y objetividad que tratan de preservarse con la institución de la abstención”.

En resumen, “compartir despacho profesional” no implica que tenga que ser necesariamente “para el asesoramiento, la representación o el mandato” sino que puede ser para cualquier actividad (abogacía, arquitectura, también asesoría, etc.); ahora bien, la fórmula asociativa empleada debe ser necesariamente para esa finalidad (la asesoría, la representación o el mandato), dando lugar a un vacío legal, si una asociación no se dedicase a estas actividades, por eso la doctrina⁹² opta por utilizar el criterio jurisprudencial de *comunidad de intereses* para solventar el problema.

G. Tener amistad íntima o enemistad manifiesta.

En lo que se refiere a “amistad íntima”, en primer lugar habría que definir desde un punto de vista jurídico, el concepto de amistad, como este concepto no existe, acudiremos al Diccionario de la Real Academia, que define la amistad como: “afecto personal, puro y desinteresado, compartido con otra persona, que nace y se fortalece con el trato”.

Para que pueda darse esta causa de abstención/recusación esa amistad debe ser íntima, este adjetivo de “intimidad” sí que ha sido delimitado por la jurisprudencia, así pues, el Tribunal Constitucional, entiende que la amistad es “íntima” cuando “penetra y se sitúa en la zona espiritual y reservada a la persona”⁹³. Quedarían fuera de esta definición el

⁹⁰ “Concepto físico” sería lo que entendemos por un despacho en sentido estricto, como por ejemplo un despacho de abogados, situado en la misma localidad, donde trabajan juntos diferentes profesionales especializados en distintas ramas del derecho; “concepto material” sería, por ejemplo, un despacho de ingeniería, con diferentes sucursales en España.

⁹¹ La Audiencia Nacional (Sentencia de 24 de febrero de 2009) se planteaba si la relación de investigadores colaboradores con el investigador principal mediante un contrato supone una causa de abstención/recusación. La Audiencia Nacional manifiesta que: “*despacho profesional* parece tener un significado más restringido en el que difícilmente podría subsumirse la relación que mantenían los colaboradores con el principal... Ahora bien, la inclusión de la fórmula de la asociación para el asesoramiento denota el espíritu de la norma de ampliar el abanico de supuestos y no limitarlo a la figura del *despacho profesional*, siendo la mentada fórmula de la asociación para el asesoramiento suficientemente amplia para comprender en la misma el sistema de relaciones que mantenían los colaboradores entre sí y con el investigador principal”.

⁹² FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María. *op. cit.*, p. 121.

⁹³ STC 2226/1988.

sentimiento de simpatía o las *relaciones de cortesía*⁹⁴. Se trataría pues de relaciones de amistad muy estrechas y recíprocas, quedando fuera las relaciones esporádicas; las propias del ámbito laboral, como compañeros de trabajo, relaciones de dependencia jerárquica; relaciones vecinales, etc.⁹⁵.

Por su parte, en lo que se refiere a “enemistad manifiesta”, tampoco existe un concepto jurídico de enemistad, así que de la misma manera que en el caso de la amistad, deberemos acudir al Diccionario de la Real Academia, el cual define la enemistad como: “la aversión u odio entre dos o más personas”. Aunque es verdad que no existe un concepto jurisprudencial, los tribunales han entendido que la enemistad puede ser equivalente a odio, inquina, antipatía, hostilidad, aversión o animadversión⁹⁶.

Hay que decir, que a diferencia de la amistad íntima, esta causa de abstención/recusación, no tiene por qué ser recíproca, aunque en la práctica esta característica aparezca en la mayoría de los casos. Simplemente se requeriría que esa enemistad, entendida como antipatía, aversión, animadversión, etc., fuese por parte de la Autoridad o personal al servicio de la Administración que instruya, resuelva, o de alguna manera intervenga en el procedimiento, participando en la resolución del mismo, hacia el interesado o su representante. Si fuese al revés, es decir, por parte del interesado, esta circunstancia sería irrelevante de cara a la imparcialidad, ya que no se atendería en ningún momento contra los principios de objetividad o buena administración.

En lo que se refiere al adjetivo de “manifiesta”, existen dos posturas doctrinales/jurisprudenciales. La primera, entiende que solo expresa la gravedad de la enemistad, de la misma manera que el calificativo de “íntima” expresa la intensidad de la amistad⁹⁷. La segunda línea, que es la mayoritaria, defiende que el calificativo “manifiesta” se refiere a la publicidad, sería equivalente a una enemistad pública, notoria o evidente⁹⁸. Por lo tanto, en esta segunda postura, la intensidad o gravedad de la enemistad carecería de relevancia, y una enemistad insignificante, si esta fuera notoria, pasaría a subsumirse en esta causa de abstención/recusación. En este sentido, GALAN GONZALEZ afirma qué: “no es admisible aceptar el concepto de *enemistad encubierta u oculta*, porque siendo la enemistad un estado psicológico que por definición permanece oculto, su

⁹⁴ STS de 17 de enero de 1964.

⁹⁵ El TC (Auto nº 136/2002 de 22 de julio) establece qué: “no habrá amistad íntima en la simple amistad o conocimiento por efecto de hallarse las Autoridades o Funcionarios en la vida de relación social, profesional, académica, a examinar en cada ámbito concreto”.

⁹⁶ STS de 22 de abril de 1983.

⁹⁷ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Derecho Procesal Civil I*. Madrid, 1993, p. 201. Este autor defiende que el adjetivo “manifiesta” debe interpretarse en el sentido de “la exigencia de que la animadversión sea real y seria y no imaginaria o insignificante”.

⁹⁸ VAZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Doctrina y jurisprudencia de la LEC*. Madrid, 1989, p. 230. Este autor defiende que “manifiesta” es sinónimo de evidente. De la misma manera, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sentencia de 27 de octubre de 2009) sigue esta línea cuando dice que: “la enemistad debe ser manifiesta por evidente y fuera de toda duda razonable. Siendo lo evidente y manifiesto aquello que se aprecia a través de la realidad de los hechos observados sin necesidad de prueba que lo confirme”.

exteriorización no solo constituye una condición de eficacia, sino de su propia existencia”⁹⁹.

Una parte de la doctrina¹⁰⁰ es contraria a las anteriores líneas interpretativas, ya que consideran que tales posturas realizan una interpretación muy restrictiva de la causa. Para esta postura, que podríamos considerar como una tercera línea, lo importante es salvaguardar los principios de buena administración e imparcialidad y hacer una amplia interpretación en aquellas causas, que como esta, se pudieran considerar abstractas. Para estos autores, la solución más acertada sería la de defender que la causa se daría tanto si se trata de una enemistad grave, aunque esta no fuese notoria, como si se trata de una enemistad leve, siendo en este supuesto necesario el requisito de publicidad.

Además de lo anterior, que la amistad sea íntima y la enemistad manifiesta con todas las apreciaciones que hemos realizado de los términos “íntima” y “manifiesta”, la doctrina y la jurisprudencia exigen que se trate de relaciones, amistosas u hostiles, que se hayan producido fuera del procedimiento, *extra procedimentales*¹⁰¹; y que el sentimiento sea directo y se encuadre dentro de una relación interpersonal. En cuanto a esto último, no existe un concepto de *relación interpersonal*, sin embargo GALAN GONZALEZ si define lo que ella denomina *enemistades o amistades derivadas*, entendidas como: “las que no tienen una manifestación directa de persona a persona... sino que se deduce como consecuencia de la pertenencia de estos a un grupo o colectivo de personas enfrentadas”¹⁰². En definitiva, las *enemistades o amistades derivadas* no entrarían dentro de esta causa sino más bien en la prevista en el art. 23. 2. a).

En cuanto al requisito de que las relaciones sean extra procedimentales tiene su lógica, ya que sino el interesado podría alegar esta causa cuando la resolución definitiva no se ajuste a sus intereses, alegando, por ejemplo que anteriormente ese mismo funcionario ya ha dictado sucesivas resoluciones infundadas en ese procedimiento contrarias a sus pretensiones debido a manía, animadversión, etc.¹⁰³. Ahora bien, puede haber supuestos, con carácter excepcional, en los que de las diferentes actuaciones de la Autoridad o Funcionario se pueda evidenciar la enemistad. Se trata de situaciones límite¹⁰⁴.

⁹⁹ GALAN GONZALEZ, Candela. *op. cit.*, p. 146.

¹⁰⁰ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María. *op. cit.*, p. 127 y 128.

¹⁰¹ GARBERÍ LLOBREGAT, José. *op. cit.*, p. 232.

¹⁰² GALAN GONZALEZ, Candela. *op. cit.*, p. 152.

¹⁰³ STS de 22 de abril de 1993. Manifiesta el tribunal que: “tal enemistad ha de ser privada o extraprocesal... tales resoluciones no bastan por si solas... a efecto de inducir de ellas animadversión o el odio del juzgador... el apasionamiento hostil y la odiosidad ha de señalarse o patentizarse con otras manifestaciones externas marginales...”

¹⁰⁴ STS de 22 de abril de 1993. El TS hace una excepción a la anterior manifestación: “puede sostenerse, de modo excepcional, que es también doctrina plausible la que mantiene que resoluciones sistemáticamente adversas, infundadas, irrazonadas y desacertadas pueden evidenciar por sí solas, en ciertos casos límite, el apasionamiento hostil, la animosidad y el encono intraprocesal es que aconsejan sustituir al juzgador por otro más sereno, ecuaníme y mesurado, de cuya imparcialidad no quepa recelar o dudar”.

H. Haber intervenido como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate

Según GARBERÍ LLOBREGAT, se trata de “evitar dejar en manos de quienes han prestado testimonio o dictamen, los cuales difícilmente son de índole neutral sino más bien favorables o adversos al interesado, labores tan trascendentales como la de la instrucción de un procedimiento o la de su decisión”¹⁰⁵.

En el caso del perito, aquel que ha emitido un informe a petición de alguna de las partes, que interviene en el procedimiento administrativo, ya sea durante la fase de instrucción, o bien en el momento de la resolución del expediente, la parcialidad del mismo resulta prácticamente evidente, ya que resulta muy difícil que se pueda contradecir “a sí mismo”, es decir, está condicionado por “sus propias palabras” o por el informe que emitió en su momento. Por regla general, en la mayoría de los casos, el “orgullo” estaría en juego si el perito se contradice en sus palabras. En el caso de los testigos, el fundamento estaría en el menor grado de imparcialidad que supondría haber conocido los hechos, ya que se presupone que una persona que desconoce las circunstancias que rodean el caso es o puede ser más imparcial.

Del tenor literal de este precepto debemos extraer dos consideraciones: en primer lugar, se excluye de esta causa de abstención/recusación al perito o testigo que intervenga en otro procedimiento similar o derivado del procedimiento principal; y en segundo lugar, queda excluido de la misma causa el perito o testigo que intervenga en otra fase del conocimiento de la cuestión, ya sea en vía de revisión o de recurso.

Algunos autores, como por ejemplo FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ, quienes manifiestan que en estos dos supuestos “la imparcialidad queda igualmente comprometida”¹⁰⁶, proponen que se amplíe *lege ferenda* la causa de abstención/recusación a estas dos excepciones.

I. Relación de servicio con persona interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales

En lo que se refiere a esta causa, apenas plantea problemas jurídicos, aunque habrá que tener en cuenta una serie de matices jurisprudenciales a la hora de delimitar este motivo de abstención/recusación, como son los siguientes: en primer lugar, no se considera relación de servicio cuando ambas partes sean funcionarios públicos¹⁰⁷, ni tampoco cuando se trate de un funcionario y su superior jerárquico¹⁰⁸. En segundo lugar, teniendo en consideración las excepciones anteriores, la “relación de servicio” se concibe como “servicio o trabajo activo”¹⁰⁹. En tercer lugar, tal y como establecen

¹⁰⁵ GARBERÍ LLOBREGAT, José. *op. cit.*, p. 233.

¹⁰⁶ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María. *op. cit.*, p. 127 y 133.

¹⁰⁷ STSJ de Canarias, de 10 de junio de 2005 (Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 2ª).

¹⁰⁸ STSJ de Asturias, de 7 de noviembre de 1997 (Sala de lo Contencioso Administrativo).

¹⁰⁹ STSJ de Galicia, de 13 de septiembre de 2001 (Sala de lo Contencioso Administrativo).

FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ: “la *relación de servicio* presupone algún tipo de *dependencia* del *principal* con quien se predica esa relación”¹¹⁰.

El ejemplo más ilustrativo en este supuesto es el de profesionales, tales como arquitectos o aparejadores municipales, quienes pueden participar en asuntos públicos dentro del término municipal; ahora bien, en el mismo momento en el que, dentro de ese municipio, entran en juego los intereses públicos y los privados de ese profesional, en un concreto procedimiento administrativo, este debe apartarse del asunto, absteniéndose, ya que sino su actitud iría en contra del principio de imparcialidad.

8. DIFERENCIAS ENTRE ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN

La principal diferencia entre la abstención y la recusación es que la abstención constituye un deber legal, que forma parte del Estatuto de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas; mientras que la recusación constituye un derecho subjetivo de naturaleza procedimental. La abstención, como deber de la “persona al servicio de la Administración”, se fundamenta en el “principio de imparcialidad de autoridades y funcionarios” recogido en el art. 103.3 CE y en la “interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos” (art. 9.3 CE); mientras que la recusación, como derecho de los interesados, tiene su fundamento en el “derecho a una buena Administración” recogido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2007, en su artículo 41. En lo que se refiere a la recusación judicial o a la recusación administrativa dentro del ámbito sancionador, estas se cimentarían, además, en el “derecho a la tutela judicial efectiva” del art. 24.1 CE.

En cuestiones de procedimiento, podemos señalar las siguientes diferencias entre ambas instituciones: El incidente de abstención se inicia siempre de oficio, por voluntad de la autoridad o funcionario o por orden del órgano competente; mientras que el incidente de recusación se inicia a instancia de parte por los interesados; y en lo que se refiere a la duración del incidente, el de abstención, aunque la Ley no establezca un plazo determinado, es normalmente más corto (de menos de tres días), ya que las comprobaciones son más ágiles que en el caso de la recusación, y no es necesaria la audiencia de los interesados, solo de la Autoridad o funcionario.

9. PROCEDIMIENTO DE LA ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN ADMINISTRATIVA

9.1. EL INCIDENTE DE ABSTENCIÓN COMO DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN

Podemos denominar el incidente de abstención, como el expediente que debe tramitarse en cualquier procedimiento de abstención para dar cumplimiento al art. 23.1 LRJSP¹¹¹. En dicho expediente deben constar, al menos, los siguientes elementos: la causa o motivo en el que se fundamenta la abstención; la Autoridad o personal al servicio de la

¹¹⁰ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María. *op. cit.*, p. 127 y 137.

¹¹¹ “Las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el apartado siguiente se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente”.

Administración sobre quien recae la causa; la paralización, en su caso, del procedimiento principal; la comunicación oportuna al superior jerárquico; y la resolución. Según la doctrina¹¹², existen dos tipos de abstención: *la voluntaria*¹¹³, que es aquella que la Autoridad o funcionario eleva a su superior jerárquico; y *la forzosa*, ordenada por este.

Debemos entender, que en virtud de los principios de eficacia y economía, no se podrá iniciar un incidente de abstención si se ha desestimado la recusación, siempre que sea dentro del mismo procedimiento principal, para la misma causa y sobre el mismo funcionario o la misma Autoridad. No obstante existen dos excepciones a lo anterior. En primer lugar, la aparición de nuevos indicios o nuevas pruebas, que anteriormente no existían, pueden fundamentar que se inicie un expediente de abstención sobre la misma cuestión que resolvió el correspondiente incidente de recusación. En segundo lugar, también se permite volver a alegar la falta de apreciación de la abstención en vía de recurso, teniendo en cuenta que ese recurso deberá ser contra la resolución definitiva del procedimiento, ya que la decisión sobre la abstención/recusación no se puede recurrir.

En lo que se refiere a la *abstención voluntaria*, esta se regula en el citado art. 23.1 LRJSP, sin embargo vemos que en el mismo precepto existe una *laguna jurídica*, en lo referente a la *forma* de la *comunicación* al superior jerárquico, laguna esta que debemos cubrir con otras normas utilizadas para casos similares¹¹⁴ (lo que en Derecho se conoce como “aplicación analógica”). Así pues en virtud de lo anterior debemos concluir que se precisa *forma escrita motivada* en la *comunicación*, y proponemos que se incluya la misma en el precepto, ya que ello contribuiría en mayor medida a la seguridad jurídica.

En lo que se refiere a la *abstención forzosa*, esta se regula en el art. 23.3 LRJSP¹¹⁵.

En resumen, la Ley solo permite la intervención en la iniciación del procedimiento de abstención a la Autoridad o funcionario, incurso en alguna causa, y a su superior jerárquico, reservando tan solo a los interesados su intervención en la iniciación del incidente de recusación, como legitimados, al tratarse de un derecho. Sin embargo, FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUÍO, manifiestan que sería beneficioso, en

¹¹² GONZÁLEZ PEREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *op. cit.*, p. 408.

¹¹³ El término de *abstención voluntaria* no es apropiado, ya que siempre que concurra alguna causa de abstención la Autoridad o personal al servicio de la Administración tiene el deber legal de abstenerse (art. 23.1 LRJSP).

¹¹⁴ Así pues, en el art. 27.3 del Real Decreto 796/2005, de 1 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de régimen disciplinario del personal al servicio de la Administración de Justicia, se dispone lo siguiente: “La abstención y la recusación se plantearán mediante un *escrito motivado*...”; o en el art. 7.2 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, donde se dispone que: “En el caso de que durante el desempeño del cargo público el alto cargo estuviera obligado a abstenerse... la abstención se producirá por escrito para su adecuada expresión y constancia y se notificara al superior inmediato del alto cargo o al órgano que lo designo”; también se regula en el art. 221.1 LOPJ, cuando dice que: “la comunicación de la abstención se hará por *escrito razonado*...”.

¹¹⁵ “Los órganos jerárquicamente superiores a quien se encuentre en alguna de las circunstancias señaladas en el punto anterior podrán ordenarle que se abstengan de toda intervención en el expediente”.

aras al principio de imparcialidad, que los interesados, mediante *denuncia*, pudieran impulsar la actuación de oficio por parte de la Administración¹¹⁶.

En cuanto al *momento en que debe de producirse la abstención*, ocurre lo mismo que en lo referente a la *forma*, que el art. 23 no establece nada al respecto, por ello, aplicaremos analógicamente en este caso el art. 221.1 LOPJ, el cual establece que: “la comunicación de la abstención se hará por escrito razonado *tan pronto como sea advertida la causa que la motive*”.

Otra cuestión a tener en cuenta, es que, tampoco, el art. 23 LRJSP establece ningún plazo determinado para la *terminación del incidente de abstención*, afectando por tanto al principio de seguridad jurídica. En cambio, sí que fija un plazo de tres días para resolver el expediente de recusación (24.4 LRJSP), o en el Reglamento Disciplinario de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, donde establece el mismo plazo de tres días para resolver la abstención y recusación¹¹⁷. Por tanto, este mismo término de *tres días*, es el que debe aplicarse con carácter general, por analogía, a la abstención; y según mi opinión, debería incluirse *lege ferenda* este plazo, o incluso uno menor, ya que, al contrario de lo que ocurre en la recusación (23.4 LRJSP), no es necesario *informes y comprobaciones previas*.

9.2. EL INCIDENTE DE RECUSACIÓN COMO DERECHO DE LOS INTERESADOS

De la misma manera que hicimos en el apartado anterior, podemos definir el incidente de recusación, como el expediente que debe tramitarse, desde que los interesados conozcan a las autoridades y funcionarios que intervengan, y en cualquier momento del procedimiento, con la finalidad de dar cumplimiento al art. 24 LRJSP. Como ya hemos indicado anteriormente, la recusación constituye un derecho subjetivo de naturaleza procedimental.

La primera cuestión que deberemos resolver es la siguiente: ¿Desde qué momento se podrá iniciar la recusación? En este sentido, el art. 24 LRJSP tan solo nos dice que “podrá promoverse en cualquier momento de la tramitación del procedimiento” (art. 24.1) pero ¿Desde qué momento? Pues bien, la lógica nos lleva a pensar que será desde que el interesado conozca la identidad de las personas que intervengan en el procedimiento. De esta manera G. DOMÉNECH PASCUAL establece qué: “para que se produzca la preclusión es necesario que el interesado haya tenido efectivamente la oportunidad de formular recusación, lo que presupone que este ha conocido tanto la identidad de la persona obligada a abstenerse como la concurrencia del motivo concreto de abstención”¹¹⁸.

Por otro lado, la LPAC, en su art. 53.1.b), establece el derecho de los interesados “a identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas

¹¹⁶ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María. *op. cit.*, p. 150 y 151.

¹¹⁷ “La abstención y la recusación se plantearán ante la Autoridad que acordó el nombramiento, quien deberá resolver en el término de tres días” (art. 32.3 RD 33/1986, de 10 de enero).

¹¹⁸ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. *op. cit.*, [en línea].

bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos”. Sin embargo, no encontramos, ni en esta Ley ni en la LRJSP, ninguna norma que, con carácter general, establezca la obligación de notificar, por parte de la Administración, hacia los interesados, la identidad de los instructores ni de las personas titulares de los órganos competentes para resolver el procedimiento.

Sí existe esta obligación en materia de procedimientos de naturaleza sancionadora, así pues el art. 64 LPAC, relativo al *acuerdo de iniciación*, establece que: “se notificara a los interesados” (art. 64.1), disponiendo más adelante que “deberá contener al menos... la identificación del instructor y, en su caso, Secretario del procedimiento, con expresa indicación del régimen de recusación de los mismos” (64.2.c)).

En lo que se refiere a la jurisprudencia sobre esta cuestión, aunque hay sentencias a favor de esta obligación, por ejemplo en materia de procedimientos selectivos de empleados públicos¹¹⁹, lo cierto es que los tribunales han manifestado, en numerosas ocasiones la no obligatoriedad de esta comunicación, por ejemplo en materia de expropiación forzosa¹²⁰.

Según mi opinión, debería de haber una norma que, con carácter general, regulara la obligación de notificar a los interesados, al inicio de cualquier procedimiento administrativo, tanto la identidad de los instructores como de las personas titulares de los órganos competentes para resolver el procedimiento. Todo ello con el objetivo de dar cumplimiento al art. 53.1.b).

La segunda cuestión que debemos plantearnos es ¿Quiénes están legitimados para iniciar el procedimiento de recusación? En este sentido, el art. 24.1 LRJSP, establece que: “podrá promoverse recusación por los interesados”. Por tanto, la *legitimación activa*, corresponde a los interesados, entendiéndolo por estos, en virtud del art. 4.1 LPAC, no solo a los *titulares de derechos o intereses legítimos*, sino también a los *titulares de derechos que puedan resultar afectados por la resolución*.

En cuanto a la *forma*, dice el art. 24.2 que: “se planteara por *escrito* en el que se expresara la causa o causas en que se funda”.

También habrá que tener en cuenta que para poder plantear la recusación es necesario que se esté tramitando el procedimiento principal (art. 24.1: “en cualquier momento de la tramitación del procedimiento”), y que se dé, efectivamente, alguna causa de abstención/recusación, no permitiéndose la recusación *de forma preventiva* o *pro*

¹¹⁹ STSJ Islas Baleares de 23 de julio de 2009, Rec. 103/2009, manifiesta que: “la Administración concernida tenía que estar en condiciones de justificar que había ofrecido a todos los participantes una oportunidad real para promover la recusación, oportunidad que tenía que ser puesta de manifiesto a través de la efectiva publicidad”.

¹²⁰ STS de 23 de abril de 1991, en cuanto a la obligación de notificar a los propietarios afectados por la expropiación, los nombres o la composición de los miembros del Jurado de Expropiación, el TS establece que: “no existe norma alguna que imponga la obligación”. En este sentido, la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 10 de octubre de 2009, Rec. 10/2008 establece que: “No existe expresa regulación..., ni es necesaria la misma ni menos su ausencia es automáticamente productora de indefensión...”.

*futuro*¹²¹, ni tampoco la *recusación extemporánea* o una vez concluido el procedimiento¹²². Así pues, en este sentido, el Tribunal Supremo ha manifestado que: las causas “han de ser alegadas en todo caso durante la tramitación del procedimiento en que intervienen las personas en quienes las causas de abstención concurren”, ya que en sentido contrario, “se habría privado a quienes se reprocha el dictar una resolución mediando causa de abstención del mecanismo de defensa legalmente previsto, así como de que resolviera la recusación invocada el órgano competente para ello”¹²³.

En resumen, no se podrá plantear la recusación si el procedimiento hubiese concluido, que desde un punto de vista más práctico se traduciría en que *no se podrá plantear la recusación en vía de recurso por vez primera*. Ahora bien, si el interesado no planteo la recusación en su momento, lo que sí podrá hacer es alegar la causa de abstención/recusación, a fin de anular la resolución, cosa que ocurriría si el Tribunal en cuestión considerara que dicha causa fue determinante, anulando por tanto la resolución que puso fin al procedimiento principal. No obstante, para que la pretensión anterior llegue a buen término, ha de quedar suficientemente acreditado, tal y como establece el Tribunal Constitucional, que el recurrente hubiera conocido previamente que concurría la causa de recusación¹²⁴, causa esta entendida en un sentido amplio, ya que no bastaría con conocer la causa en un sentido estricto, sino que implicaría tener constancia de que la Autoridad o funcionario interviene en ese procedimiento en cuestión.

Sin perjuicio de lo anterior, deberemos de analizar qué ocurriría si una determinada norma sectorial incluyera algún tipo de *plazo de preclusión para ejercer el derecho de recusación*¹²⁵. En principio, esta situación contravendría el art. 24.1 LRJSP, que establece un *plazo indeterminado*, cuando dice “en cualquier momento de la tramitación del procedimiento”¹²⁶.

Sobre este punto, la jurisprudencia no se ha manifestado aun sobre la legalidad o ilegalidad de un plazo de preclusión determinado, pero sí lo ha hecho en materia de selección de personal, y sobre este punto considera que la recusación debe plantearse *ab initio*, tras la publicación del nombramiento del tribunal (STS de 3 de febrero del 2000). La jurisprudencia pone un límite al plazo indeterminado establecido por la Ley, ese límite está en la mala fe, o en el uso torticero que pueda hacer el interesado. En este

¹²¹ STS de 21 de febrero de 1998.

¹²² STS de 9 de octubre de 1990 y STS de 4 de junio de 1991.

¹²³ STS de 1 de abril de 1996, Rec. cas. nº 6388/1991.

¹²⁴ STC 240/2005. El TC señaló que: “no había quedado suficientemente acreditado que el recurrente hubiera conocido previamente que concurría la causa de recusación, pues, aunque conocía la condición de profesor asociado del Presidente de la Sala, no tenía constancia de que formara parte del órgano judicial que debía resolver en apelación el recurso, ya que no se notificó la composición de la sala”.

¹²⁵ El Real Decreto 1451/2005, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ingreso, Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional del Personal Funcionario al Servicio de la Administración de Justicia, establece en su art. 13.2 que: “podrá promoverse recusación por los aspirantes en el plazo que se determine en la convocatoria o, por causas sobrevenidas, en cualquier momento de la tramitación del proceso selectivo”

¹²⁶ A diferencia de lo que ocurre en el ámbito judicial donde “La recusación deberá proponerse tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde” (art. 223.1 LOPJ).

sentido es bastante ilustrativa la STSJ de Madrid de 29 de octubre de 2009, Rec. 1144/2006, debiendo extraerse de la misma que “el principio de buena fe exige que la recusación se plantee tan pronto como se tenga conocimiento de la concurrencia de la causa”; por lo que “publicada... la composición..., en ese momento debió... promover la recusación..., cuya recíproca enemistad era ya antigua, y al no haberlo hecho así, no le era dado plantearla una vez conoció el resultado negativo de la evaluación y la previa calificación...”.

En resumen, la jurisprudencia opina que, a pesar del generoso plazo establecido por la Ley para interponer la recusación, esta debe plantearse tan pronto como se tenga conocimiento de la causa. Por eso creo que hubiese sido más acertado haber incluido la fórmula utilizada en el art. 223.1 LOPJ.

Una vez planteada la recusación por los interesados, en los términos previstos en el art. 24.2, la siguiente fase, en virtud del art. 24.3, es la *audiencia al recusado* al día siguiente, en la cual este, como parte afectada, ejercitara ante su superior inmediato su derecho de defensa consagrado en el art. 24.1 CE, y que en el ámbito administrativo aparece regulado en el art. 82 LPAC, bajo la denominación de “trámite de audiencia”. En resumen, la finalidad de dicho trámite no es otra que la de dar al afectado/interesado la posibilidad de defenderse, ya que si no se atendería contra el mencionado art. 24.1 CE, el cual prohíbe cualquier situación que cree indefensión.

Si el recusado admitiera la causa alegada y su superior inmediato apreciara la concurrencia de esta, acordara su sustitución inmediatamente (art. 24.3). Como vemos, en este supuesto no hay un plazo concreto, la decisión se produce “acto seguido”. En cambio, si el recusado no admitiera la causa alegada se abriría un plazo de tres días hasta la resolución (art. 24.4). La finalidad de este plazo es la de dar un tiempo al órgano decisor (superior inmediato) para que realice las comprobaciones que considere oportunas, tal y como establece el citado precepto, el cual también se refiere, junto a las comprobaciones, a unos “informes previos”. Sobre este punto, debemos de considerar que la intención del legislador es la de *dar libertad al órgano decisor a la hora de comprobar la causa alegada* (cuando dice, “comprobaciones que considere oportunas”), y en cuanto a los *informes*, debemos de considerarlos, por esta razón, *no preceptivos ni vinculantes*.

Debemos de tener en cuenta, en lo que a la tramitación se refiere, una serie de aspectos que no aparecen regulados, constituyendo unos vacíos legales que deberán ser analizados. El primero de ellos se refiere a si se tramita “en pieza separada” o, por el contrario, el *incidente de recusación* forma parte del procedimiento principal. Pues bien, debemos de considerar la segunda opción, ya que si no el precepto lo diría, tal y como ocurre en materia de expropiación forzosa¹²⁷. El segundo de esos “vacíos” se refiere a la *admisión o inadmisión a trámite*. Sobre esto, aunque la Ley no lo diga expresamente,

¹²⁷ El Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, Decreto de 26 de abril de 1957, establece en su art. 33.3 que: “Cuando el afectado no estimara justificada la causa, *se tramitara en pieza separada el incidente*”.

debemos de considerar, en virtud del art. 24.1, que no se admitirán aquellos escritos de recusación presentados por aquellas personas que no reúnan la condición de *interesado*. Por último, en tercer lugar, no aparece ninguna referencia a la posibilidad de *audiencia de los interesados*, ya que tan solo se refiere a la *audiencia de los recusados*. Pues bien, sobre esta cuestión diremos que tal posibilidad debemos extraerla del, ya analizado, art. 24.4 *in fine*, entendiendo que la audiencia a los interesados forma parte de las *comprobaciones que considere oportunas*.

9.3. EL ÓRGANO COMPETENTE PARA RESOLVER

Sin perjuicio de lo establecido en normas sectoriales, que en ocasiones atribuyen la competencia para resolver a un órgano diferente al establecido en la legislación básica¹²⁸, la LRJSP, en sus arts. 23.3 y 24 apartados 3 y 4, atribuye la competencia para resolver, tanto el incidente de abstención como el de recusación, al *superior jerárquico*, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito judicial, donde se ha optado por un criterio diferente: “... lo decidirá *quién sea competente para dictar la resolución* que ponga término al pleito o causa en la respectiva instancia”¹²⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior, la principal cuestión que debemos resolver en este apartado es ¿Qué ocurre en aquellos supuestos especiales, donde la persona que se quiere recusar carece de superior jerárquico? ¿Cómo debemos proceder?

A continuación vamos a centrarnos en el ámbito del Gobierno de la Nación, donde el criterio o regla del “superior jerárquico” no puede operar, por lo que habrá que buscar otras alternativas. Al final del trabajo, en los apartados correspondientes, analizaremos lo que ocurre en el caso de las entidades locales y órganos colegiados.

Lo que ocurre en ámbito del Gobierno de la Nación es, tal y como establecen FÉRNANDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUÍO, que: “desde la Constitución de 1978 es clara la neta diferenciación entre el Gobierno y la Administración, sucediendo que los órganos que integran el complejo orgánico del Gobierno no se encuentran propiamente sujetos a una relación jerárquica”¹³⁰. Esta circunstancia impide que pueda aplicarse el criterio del “superior jerárquico” establecido en la LRJSP, por lo que habría que acudir a su normativa sectorial, en este caso a la Ley del Gobierno o a la Ley Orgánica de Funcionamiento de la Administración General del Estado. Lo que sucede es que estas normas no establecen nada al respecto, por lo que nos encontraríamos con un vacío legal. Por suerte, esta situación ya ha sido resuelta por la jurisprudencia¹³¹, que estableció que la resolución correspondería al Consejo de Ministros.

¹²⁸ Por ejemplo, el Reglamento Disciplinario de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, aprobado por RD 33/1986, de 10 de enero, en su art 3.3, establece que: “la abstención y la recusación se plantearán ante la Autoridad que acordó el nombramiento”; idéntica fórmula se utiliza en el art. 53.2 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil.

¹²⁹ Art. 499. 2. a) LOPJ.

¹³⁰ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUÍO, José María. *op. cit.*, p. 140.

¹³¹ STS de 3 de junio de 2004, Rec. 10/2003. Establece que: “... ante la ausencia de norma legal... tal vacío normativo ha de colmarse... mediante la aplicación de la analogía, en base a la cual la decisión correspondería al Consejo de Ministros y no exclusivamente al Presidente del Gobierno...”.

9.4. LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO PRINCIPAL

El art. 74 LRJSP establece qué: “las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, incluso las que se refieran a la nulidad de actuaciones, no suspenderán la tramitación del mismo, salvo la recusación”¹³². Por lo tanto, el planteamiento de la recusación suspenderá la tramitación del procedimiento principal, en virtud de este precepto, convirtiéndose de esta manera en la única cuestión incidental, de naturaleza administrativa, (junto al incidente de abstención) que paralizara el procedimiento hasta que el órgano decisor (normalmente el superior jerárquico) dicte una resolución al respecto.

En cuanto a la fecha exacta que habrá que tener en cuenta, como *dies a quo*, para la suspensión del procedimiento, habrá que acudir a las normas sectoriales en cada caso, ya que la LRJSP no establece nada al respecto. Un criterio bastante utilizado es el de la *fecha de registro*.

El fundamento de esta suspensión reside en evitar que se lleven a cabo actuaciones que más adelante, si se estima la recusación, serían nulas de pleno derecho. En este sentido el Tribunal Supremo manifiesta que: “no puede seguirse un procedimiento administrativo sin ante todo discernir y resolver si son idóneos quienes lo han de decidir”¹³³.

La suspensión del procedimiento principal, que en todo caso será durante un breve periodo de tiempo (el art. 24.4 establece un plazo de tres días para resolver el incidente de recusación; y en lo que se refiere a la abstención, aunque la Ley no fija un plazo concreto, debemos entender que es similar, como hemos analizado), conlleva que, implícitamente, se suspendan también los plazos otorgados para la realización de trámites. En cuanto a si se suspenderá o no el plazo máximo legal para resolver el procedimiento, debemos acudir al art. 22 de la LPAC, el cual establece en su apartado 2.c la suspensión del mismo cuando se promueva la recusación, suspensión que durara hasta que sea resuelta por el superior jerárquico del recusado.

9.5. SUSTITUCIÓN DEL FUNCIONARIO INCURSO EN CAUSA DE ABSTENCIÓN O RECUSACIÓN

De la regulación sobre abstención/recusación contenida en la LRJSP, podemos extraer la siguiente regla general: que el mismo órgano que decide sobre la abstención o recusación (el superior jerárquico) decidirá también sobre su sustitución; por lo que en aquellos supuestos donde quien decide, sobre la cuestión incidental, es otro tipo de órgano (por ejemplo, en el caso de un Ministro, el Consejo de Ministros), este mismo órgano decidirá también sobre todos los aspectos y extremos relativos a su sustitución.

Esta regla general colisiona con lo establecido en el art. 13 LRJSP, que dispone que la suplencia, en los casos en que haya sido declarada la abstención o recusación, se haga

¹³² En el ámbito del Derecho Civil, estas cuestiones incidentales que suspenden el procedimiento se denominan “cuestiones incidentales de previo pronunciamiento”, y se regulan en el art. 390 LEC.

¹³³ STS de 26 de octubre de 1988.

en la forma que disponga cada Administración Pública, o por el órgano competente para el nombramiento (en el ámbito de la Administración General del Estado).

Sobre esta cuestión se ha manifestado el Tribunal Supremo, el cual considero que no era aplicable el artículo referido a la suplencia sobre la *cuestión del órgano competente para resolver la abstención*¹³⁴.

Por último, conviene recordar que la suplencia no implica alteración de competencia en virtud del art. 13.2 LRJSP.

10. IMPUGNACIÓN DE LAS ACTUACIONES RELATIVAS A LA ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN

10.1. POR PARTE DE LOS INTERESADOS

Según el art. 24.5 LRJSP, referido a la “Recusación”: “Contra las resoluciones adoptadas en esta materia no cabrá recurso, sin perjuicio de la posibilidad de alegar la recusación al interponer el recurso que proceda contra el acto que ponga fin al procedimiento”.

Sobre este precepto habrá que matizar algunos aspectos. En primer lugar, aunque se refiere a la recusación, se aplicaría de la misma manera, por analogía, a las resoluciones relativas a la abstención¹³⁵. Y en segundo lugar, la imposibilidad de recurso debe entenderse desde un punto de vista estricto, refiriéndose solamente a los recursos en vía administrativa, además al final del artículo se resalta esta idea, cuando dice: “sin perjuicio de la posibilidad de alegar la recusación al interponer el recurso que proceda contra el acto que ponga fin al procedimiento”, refiriéndose al recurso contencioso-administrativo. Esto tiene que ser así, ya que la “imposibilidad total de recurso” atendería, como nos recuerda el TS¹³⁶, contra el “derecho a la tutela judicial efectiva”, previsto en el art. 24.1 CE y contra el “control de legalidad” del art. 106 CE.

Teniendo en cuenta lo anterior, el interesado afectado por la resolución, podrá alegar ante los tribunales diferentes cuestiones. Por un lado, podrá manifestar su desacuerdo con la no procedencia de la recusación; y por otra parte, podrá fundamentar su recurso en los posibles vicios que pudieran afectar al incidente de recusación, alegando, por ejemplo, que el mismo no se tramita, o que, aun tramitándose, hubo defectos en el procedimiento. Aunque las dos opciones son válidas, resulta más interesante, desde un punto de vista práctico, centrarse en la segunda por lo que vamos a exponer a continuación.

De acuerdo con las reglas sobre nulidad y anulabilidad, previstas en el Capítulo III LPAC (arts. 47 y ss.), en el hipotético caso de que no se hubiese tramitado el preceptivo

¹³⁴ STS de 3 de junio de 2004. Rec. 10/2003. Según la cual considero que no era aplicable el art. 17 de la LRJPAC (ahora derogada y sustituida por el art. 13 LRJSP) para el Gobierno de la Nación.

¹³⁵ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María. *op. cit.*, 2020, p.174

¹³⁶ La STS de 23 de febrero de 1998, establece que: “una interpretación de lo dispuesto... que vaya más allá de los límites de la vía administrativa... no sería compatible con lo establecido en los arts. 24.1 y 106 CE”.

incidente (de abstención o de recusación) se podría alegar este motivo para que el órgano judicial declarase la nulidad de pleno derecho en virtud del art. 47.1.e).¹³⁷También se podría llegar a alcanzar la nulidad de pleno derecho alegando la incompetencia del órgano que resolvió el correspondiente incidente, en virtud del art. 47.1.b); o invocando el art. 47.1.a) en el supuesto de que el órgano competente no diese audiencia a la parte interesada, ya que el recurrente podría defender que tal situación supondría una lesión contra su derecho fundamental de defensa.

10.2. POR PARTE DE LA AUTORIDAD O AGENTE.

Desde una perspectiva práctica, apenas existen casos de impugnación de resoluciones sobre esta materia por parte de la Autoridad o agente, aunque ni la Ley ni la jurisprudencia¹³⁸ lo descartan.

Lo importante en este apartado, es hacer referencia a la facultad que tienen los cargos electos de las corporaciones locales a la hora de impugnar las resoluciones que les aparten del proceso y votación de un determinado asunto. En estos supuestos, el cargo electo afectado podría interponer un *recurso contencioso administrativo por la vía especial* para la protección del derecho fundamental relativo al acceso a funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE). Si el órgano judicial estimase que la recusación no fue procedente, el acuerdo del órgano colegiado sería nulo de pleno derecho, en virtud del art. 47.1.a), al lesionar un derecho susceptible de amparo constitucional.

11. RÉGIMENES ESPECIALES: ÓRGANOS COLEGIADOS Y CORPORACIONES LOCALES

Los órganos colegiados y las corporaciones locales presentan una serie de excepciones y particularidades respecto del régimen general, por lo que se hace necesario un análisis al margen de este último.

Como vimos en el apartado correspondiente, una característica de la competencia es su carácter irrenunciable o el ejercicio obligatorio de la misma. Pues bien, una excepción a esta regla se encuentra en la “abstención activa”, según la cual los miembros del órgano pueden renunciar a una manifestación de la competencia, como es el acto de votación, salvo que tengan la condición de autoridades o funcionarios, en cuyo caso no podrían abstenerse, salvo, como es lógico, hayan sido apartados del asunto a causa de la abstención o recusación.

En lo que se refiere al deber de abstención, recogido en el art. 23.1 LRJSP, la abstención de *intervenir en el procedimiento*, se referiría al procedimiento propio de este tipo de órganos, es decir, el *procedimiento de formación de voluntad*, refiriéndose, por tanto, a

¹³⁷ Según este precepto son nulos de pleno derecho los actos “dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”.

¹³⁸ STSJ Andalucía (Granada) de 29 de julio de 2002, Rec. 270/2001. Se trata del recurso que un funcionario de la Inspección de Trabajo interpuso contra la resolución de la Jefatura Provincial de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la cual se aceptó la recusación formulada contra aquel.

la abstención de intervenir, tanto en las deliberaciones como el acto de votación, de todos los miembros del órgano.

En lo relativo al órgano competente para resolver, tanto el incidente de abstención como el de recusación, el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el ROF establece, en su arts. 183.1 y 183.2, que el órgano competente es el *Presidente*, y cuando la falta de imparcialidad recaiga sobre este, será el *Pleno* quien conozca y decida el incidente correspondiente. Pero en este último inciso el problema se suscita cuando es el Alcalde, quien ostenta la presidencia del Pleno, el recusado. ¿Podría la parte recusada intervenir en la recusación? Esta cuestión, es resuelta por la jurisprudencia¹³⁹ en relación con lo establecido en el art. 76 LBRL, aunque aplicando las reglas generales sobre abstención/recusación tal situación equivaldría a tener *interés personal* en el asunto, así que la respuesta es que el Alcalde debería de apartarse de participar en la deliberación.

Otro inciso a tener en cuenta es que, a diferencia del régimen general donde la abstención *voluntaria* debe ser comunicada al superior para que este resuelva (art. 23.1 LRJSP), en el caso de la abstención por propia iniciativa del Alcalde la doctrina¹⁴⁰ considera que no es necesaria la *aceptación* por parte del órgano competente.

En cuanto a los órganos colegiados, el problema se plantea porque estos carecen de superior jerárquico y no se puede aplicar la regla general prevista en la LRJSP. Así pues, las distintas normas sectoriales han utilizado diferentes criterios o reglas para resolver esta cuestión, atribuyendo la competencia, para resolver el incidente correspondiente, bien al órgano que nombro al sujeto implicado; bien a quien ostente la presidencia del mismo; o bien al propio órgano colegiado en su conjunto.

Mi opinión, coincidente con una parte de la doctrina, es que la regla de atribuir la competencia al órgano que nombro al sujeto implicado es la que más se ajusta al criterio general, y propongo que se utilice esta medida cuando los órganos carezcan de *superior jerárquico*, salvo que se trate de cargos electos, que no se podría aplicar, y en cuyo caso parece razonable que la competencia la ostente el propio colegio, no pudiendo intervenir, como es lógico y ya hemos señalado, el sujeto incurso en causa de abstención o recusación, debiéndose este apartar del conocimiento y decisión del asunto.

12. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE JUECES Y MAGISTRADOS Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Como primer inciso, en cuanto al régimen jurídico de la imparcialidad de jueces y magistrados, la LOPJ regula, en sus artículos 217 y siguientes, la abstención y recusación judicial.

¹³⁹ La STSJ de Cantabria de 3 de junio de 2003, establece qué: “dado que se trata de decidir sobre su propia recusación, es evidente que el Alcalde debió abstenerse de participar en la deliberación, votación y decisión sobre la misma”.

¹⁴⁰ DOMINGO ZABALLOS, Manuel José. “Artículo 76”. *op. cit.*, p. 1292.

En lo que se refiere al concepto de *imparcialidad judicial*, según DE LA OLIVA, podemos definirla como: “la posición neutral o trascendente de quienes ejercen la jurisdicción respecto de los sujetos jurídicos afectados por dicho ejercicio” o también, en palabras de RODRÍGUEZ RAMOS, como: “la neutralidad o ausencia de predisposición en favor o en contra de los contendientes en un proceso”.

Por otro lado, la independencia, a diferencia de lo que ocurre con la imparcialidad, es una idea circunscrita exclusivamente al ámbito de los jueces y magistrados, y recogida en nuestra CE, en el art. 117¹⁴¹, junto a otras características que deben tener los jueces y magistrados, tales como: la inamovilidad, la responsabilidad y el sometimiento a la Ley. A diferencia de lo que ocurre en el poder ejecutivo o en la administración, en el poder judicial no rige el principio de jerarquía ni la potestad de dirección, contribuyendo esta situación a la realización de la independencia.

La imparcialidad, como principio, junto a la independencia, como característica de los jueces y tribunales, forma parte del derecho a la tutela judicial del art. 24.1 CE¹⁴² de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional. De esta manera, la CE convertiría al principio de imparcialidad en una garantía esencial de la función jurisdiccional. Tanto es así, que el propio Tribunal Constitucional ha llegado a manifestar que “sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional”¹⁴³.

Aunque la CE no se refiere específicamente al *derecho a un Juez imparcial*, este derecho está incluido implícitamente, y así lo ha manifestado el propio Tribunal Constitucional¹⁴⁴, dentro del art. 24.2, que propugna el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. Considera pues el Tribunal Constitucional que el derecho a ser juzgados por un órgano judicial imparcial ha de entenderse dentro del art. 24.2, que consagra el derecho a un proceso público con todas las garantías, entre las que debemos incluir la relativa a la imparcialidad del Juez o Tribunal.

En este sentido, el propio Tribunal, en la Sentencia 60/1995 señaló que: “la primera manifestación del derecho a un proceso con todas las garantías, sin cuya concurrencia no puede siquiera hablarse de la existencia de un proceso, es la de que el Juez o Tribunal, situado *supra partes* y llamado a dirimir el conflicto, aparezca institucionalmente dotado de *independencia e imparcialidad*”.

13. CONCLUSIONES

En lo que se refiere a los **principios informadores del ordenamiento jurídico** concernientes a la imparcialidad:

¹⁴¹ “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”.

¹⁴² “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

¹⁴³ STC 60/1995, Fundamento Jurídico 3.

¹⁴⁴ SSTC 148/1987 y 106/1989

Primera: La objetividad es el principio “general”, y se refiere a la Administración, mientras que la imparcialidad, en sentido estricto, se refiere a las autoridades y personal al servicio de la misma y es una manifestación del anterior. Ambos principios conforman la idea de imparcialidad.

Segunda: El principio de jerarquía no puede menoscabar la imparcialidad, y esto se consigue cumpliendo la Ley (el mandato constitucional previsto en el art. 103.1 CE), sin importar cuales sean las directrices de los órganos superiores, ya que la Ley está por encima de cualquier orden o instrucción en un Estado de Derecho.

Por otro lado, sobre la **doble vertiente del principio de imparcialidad:**

Tercera: La principal diferencia entre el proceso judicial y el procedimiento administrativo reside en el papel marcadamente menor que juega la vertiente objetiva en este último, y que esto es así debido al principio de jerarquía, ya que no existe una diferencia nítida, a diferencia de los procesos judiciales, entre la fase de instrucción y la de decisión o resolución.

Cuarta: Dentro de la vertiente subjetiva, además de los intereses de las partes, deben incluirse los supuestos de interés personal en el asunto.

En cuanto a la **relación entre la incompatibilidad y el deber de abstención:**

Quinta: La principal diferencia es que la incompatibilidad guarda relación con la esfera privada de la autoridad o funcionario, es decir, con una actividad ajena a su desempeño en el cargo; mientras que el deber de abstención guarda relación con el cargo u oficio que desempeña el empleado público, en un momento concreto, y en el desarrollo del procedimiento administrativo que se trate.

Dentro del apartado relativo al **deber de abstención:**

Sexta: La intención del legislador fue ampliar el presupuesto de este deber, no solo a las actuaciones del sector público, sino a todas aquellas actuaciones públicas llevadas a cabo por sujetos privados dentro del ámbito del Derecho Público.

Séptima: Es el interesado quien tendrá que probar la concurrencia de una determinada causa de abstención en la persona que intervenga en una concreta actuación; mientras que la Administración tendrá que acreditar los demás extremos.

Octava: Si en un procedimiento se demuestra que hubo imparcialidad, por mínima que esta sea, tal situación destruiría las presunciones de validez y acierto del acto administrativo.

Novena: Una vez acreditado el *carácter determinante* del acto en cuestión, o lo que es lo mismo, su *influencia decisiva*, y teniendo en cuenta que es sobre la Administración sobre quién debe recaer la carga de probar lo contrario, el acto se invalidará.

Sobre lo relativo a la **responsabilidad personal** que pudiera derivarse del deber de abstención:

Décima: La finalidad es el castigo de la Autoridad o funcionario que incumplió su deber legal de abstención, atentando de esta manera, no solo contra el interés de un tercero (el interesado), sino contra el mismo interés público.

Undécima: Defiendo la posibilidad de establecer la regla de la proporcionalidad a la hora de valorar las distintas causas de abstención, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, la valoración social en la época actual.

En lo referido a las **causas de abstención y recusación:**

Duodécima: Defiendo la postura de que las mismas no son *numerus clausus*, y que mi posición no atentaría contra el principio de seguridad jurídica, ni tampoco lo haría la posibilidad de que una Comunidad Autónoma desarrollase los preceptos que sientan las bases en una determinada materia, como es está, ya que se trataría de lo habitual en un Estado descentralizado, siempre que se haga con claridad, de tal forma que los ciudadanos sepan en todo momento a que deben atenerse.

Decimotercera: Son varios los puntos que introducen conceptos abstractos o genéricos, contribuyendo de esta manera a la *inseguridad jurídica*, y haciendo necesaria la intervención de la doctrina, la jurisprudencia, o incluso la actuación de otras administraciones públicas con potestad legislativa, para matizar algunos términos. Según mi parecer, esto puede contribuir a la seguridad jurídica.

Decimocuarta: Propongo *lege ferenda*: 1) Ampliar el concepto de interesado también al cónyuge, a fin de evitar situaciones problemáticas. 2) Modular el grado de consanguinidad, dependiendo de si se trata de interesados, en sentido estricto, administradores, asesores, mandatarios o representantes, ya que no parece razonable situar en el mismo nivel a todos ellos. 3) Ampliar el concepto de perito también al que intervenga en otro procedimiento similar o derivado del principal, así como al que intervenga en otra fase del conocimiento de la cuestión, ya sea en vía de revisión o de recurso.

Decimoquinta: Defiendo la posibilidad de presumir que las relaciones de afinidad siguen existiendo, aun cuando el matrimonio se hubiese disuelto.

Decimosexta: Defiendo el criterio jurisprudencial de *comunidad de intereses* a la hora de valorar que se entiende por *compartir despacho profesional*.

Decimoséptima: En lo referido a la *enemistad manifiesta*, justifico que la solución más acertada sería la de entender que la causa se daría tanto si se trata de una enemistad grave, aunque esta no fuese notoria, como si se trata de una enemistad leve, siendo en este supuesto necesario el requisito de publicidad.

En los apartados que tienen que ver con el **procedimiento de la abstención y recusación**:

Decimoctava: En virtud de los principios de eficacia y economía, no se podrá iniciar la abstención si se hubiese desestimado la recusación siempre que se trate del mismo procedimiento principal, la misma causa y cuando recaiga sobre el mismo funcionario o Autoridad; todo ello salvo que aparezcan nuevos indicios o pruebas, o tuviera lugar en vía de recurso.

Decimonovena: Creo que es beneficioso que se incluya, en el precepto correspondiente, la *forma escrita motivada tan pronto como sea advertida la causa que la motive*, ya que ello contribuiría en mayor medida a la seguridad jurídica; así como que se incluya la posibilidad de la *denuncia* a la hora de impulsar la actuación de oficio, en aras al principio de imparcialidad

Vigésima: Se tendría que incluir *lege ferenda*: 1) Un plazo concreto, de tres días o incluso menos, para la abstención, ya que, al contrario de lo que ocurre en la recusación, no se necesitan comprobaciones previas tan complejas. 2) Una norma que, con carácter general, regulara la obligación de notificar a los interesados, al inicio de cualquier procedimiento, tanto la identidad de los instructores como de los órganos competentes para resolver el procedimiento en cuestión.

Vigésimoprimera: Considero que el establecimiento, por normas sectoriales, de un plazo de preclusión para ejercer el derecho de recusación es, según mi opinión, contrario a derecho, ya que el art. 24.1 LRJSP, establece un *plazo indeterminado*.

Vigésimosegunda: Dentro de las comprobaciones prescritas en el art. 24.4 se debería incluir, de la misma manera que en el caso prescrito para la audiencia al recusado, la audiencia al interesado.

En lo referente a los **supuestos especiales**:

Vigésimotercera: Propongo que se utilice la regla de atribuir la competencia al órgano que nombro al sujeto implicado, siempre que estos carezcan de superior jerárquico, ya que es esta la que más se ajusta, según mi opinión, al criterio general.

Y por último, sobre la **independencia e imparcialidad de jueces y magistrados y el derecho a la tutela judicial efectiva**:

Vigésimocuarta: Manifiesto la opinión de que sería positivo, aprovechando una futura y necesaria revisión de la Constitución Española, que se incorporara expresamente el derecho a un Juez imparcial en el apartado que correspondiese.

14. BIBLIOGRAFÍA

BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción. *Lecciones de Derecho Administrativo. Parte general. Volumen I*. 4ª edición. Madrid: Tecnos, 2018.

CAMACHO CEPEDA, Gladys. *Justicia administrativa y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*. *Revista digital de derecho administrativo*, julio - diciembre, 2019, nº22.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Derecho Procesal Civil I*. Madrid, 1993.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. *La abstención en el procedimiento administrativo* [en línea] [26 07 2022]. [https://www.academia.edu/9492731/La_abstencion_en_el_procedimiento_administrativo].

DOMINGO ZABALLOS Manuel José. *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local*. Madrid: Thomson-Civitas, 2003.

FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PEREZ MONGUIÓ, José María. *La Imparcialidad en el Procedimiento Administrativo: Abstención y Recusación*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 2020.

GALAN GONZALEZ, Candela. *Protección de la imparcialidad judicial: Abstención y recusación*. 1ª edición. Tirant Lo Blanch, 2005.

GARBERÍ LLOBREGAT, José. *El procedimiento administrativo sancionador*. Valencia. Tirant lo Blanch. 1994.

GILABERT CERCERA, Miguel Ángel. *Estudios y comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Tomo 1. Madrid: BOE, 1993.

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Tomo 1. 3ª edición. Madrid: Civitas, 2003.

IZU BELLOSO, Miguel José. *Los motivos de abstención y recusación en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*. *Revista General de Derecho Administrativo*, 2017, nº 45.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. *Ética pública y deber de abstención en la actuación administrativa*. *Revista Derecho PUCP*, 1 junio de 2011.

MESEGUER YEBRA, Joaquín. *El proyecto de Ley de conflictos de intereses de los altos cargos de la Administración estatal, El deber de inhibición y las incompatibilidades ex post*. *Revista General de Derecho Administrativo*, noviembre 2005, nº 10.

PALOMAR, Alberto y FUERTES, Javier. *Cuestiones generales sobre competencias administrativas (en general* [en línea] [07 08 2022]. [<https://vlex.es/vid/cuestiones-generales-competencias-general-427627574>].

PALOMAR, Alberto y FUERTES, Javier. *Delegación de competencias* [en línea] [07 08 2022]. [<https://vlex.es/vid/delegacion-competencias-427627578>].

PARADA VAZQUEZ, Ramón. *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas*. Madrid: Marcial Pons, 1993.

PÉREZ RODRÍGUEZ, María Dolores. *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*. 2ª edición. Málaga: editorial ICB, 2018.

Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. 1992.

VAQUER CABALLERIA, Marcos. *La codificación del procedimiento administrativo en España* [en línea] [31 07 2022]. [<https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1506243>].

VAZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (Abril 2009), vLex: VLEX-57413044.

VAZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Doctrina y jurisprudencia de la LEC*. Madrid, 1989.

VILLORIA, Manuel. *Conflictos de interés: introducción*. En: *Seminario lobbies y conflictos de interés OAC-UIMP*. Barcelona, 30 de junio de 2014.

YABEN PERAL, Miguel. *El deber de imparcialidad en el ejercicio de la función pública: derecho de la ciudadanía* [en línea] [27 07 2022]. [elibro-net.unileon.idm.oclc.org/es/ereader/unileon/59919].

