

FERNÁNDEZ RAMOS, S. Y PÉREZ MONGUIO, J.M. (2012). *La imparcialidad en el procedimiento administrativo: abstención y recusación*. Pamplona: Editorial Thomson Reuters - Aranzadi, S.A. 230 págs.

Tengo el honor de recensionar un libro que, desde hace años, esperaba impaciente. Una monografía necesaria. Un pormenorizado estudio jurídico sobre los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, artículos que establecen las causas de abstención y/o recusación. Un libro que, por méritos propios, viene a ocupar el hueco vacío que tenía reservado en la estantería de cabecera de los muchos operadores jurídicos que cada día tenemos que sortear cuestiones ligadas con la abstención y la recusación.

La espera ha merecido la pena con creces. Es indudable, y la coincidencia es plena con lo que el Profesor Gamero resalta de manera brillante en el prólogo que encabeza esta obra, que los autores han sabido de una vez “*observar lo importante y encontrar el tiempo de aplicarse a su estudio, colmando por fin la imperdonable laguna de la bibliografía jurídica-administrativa y confirmando con ello su carácter de juristas cabales y bien templados*”.

Casi nada en la vida suele ser fruto de la casualidad y esta obra tampoco lo es. A Fernández Ramos, S. y Pérez Monguio, les une compartir una dilatada carrera académica en la Universidad de Cádiz. Su aportación al Derecho Administrativo con la monografía objeto de la presente recensión estoy convencido va a situar al siempre proceloso mundo de la abstención y recusación en el lugar que le corresponde y que desde hace años le estaba reservado.

¿Y de qué trata el libro? ¿Cuál es su virtualidad? Una primera y a la vez más que certera aproximación se encuentra en el Prólogo que como ya hemos indicado firma Gamero Casado: “*De la necesidad de que las apariencias no enturbien la presunción de neutralidad que debe exhibir toda decisión administrativa*”.

La imparcialidad en el procedimiento administrativo: abstención y recusación. Un título que da la primera pincelada de lo que nos vamos a encontrar al adentrarnos en la obra. Así, el primer capítulo, denominado “El principio de imparcialidad” nos introduce de lleno en la exigencia constitucional de la que procede, el principio de objetividad del artículo 103.1 de nuestra Carta Magna. La imparcialidad estudiada y a la que se dedican con más profusión en este capítulo es la “*subjetiva*” que “*no tolera relativización alguna, y su alcance debe ser idéntico en el ámbito administrativo y judicial, pues su finalidad no es otra que servir a los intereses gene-*

rales y no otros”. Sumamente interesante resulta conocer las aproximaciones y diferencias que los autores encuentran entre el principio de imparcialidad entre el Derecho Procesal y el Derecho Administrativo. Apartándose de la clásica doctrina administrativista, afirman que la posición clásica de relativizar el principio de neutralidad-imparcialidad en la Administración Pública puede llegar a confundir el principio de imparcialidad con la idea de independencia en su actuación. Una conclusión sumamente interesante, por novedosa, es la de soterrar en parte de la creencia de que el principio de independencia en la actuación de las Administraciones públicas es preminente, concluyendo que sólo en determinadas funciones se puede hablar de independencia, citando entre ellas las competencias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Pero donde la contundencia en el análisis se hace más patente es en la no relativización alguna del principio de imparcialidad en su vertiente subjetiva. *Su finalidad no es otra que garantizar el servicio a los intereses generales y no otros.*

Tras dejar claro que la imparcialidad no es independencia ni neutralidad, el capítulo I nos adentra en la doble dimensión que los autores encuentran en el principio de imparcialidad recordando la doctrina constitucional sobre la abstención-recusación en el ámbito jurisdiccional, y que ésta para ellos solo es equivalente en los procedimientos administrativos sancionadores, único ámbito en la ley que es exigida una separación entre la fase instructora y sancionadora.

Un preciso examen de los elementos que confluyen, permiten entender porqué para Fernández Ramos y Pérez Monguio se distinguen dos tipos de causas de las muchas que pueden darse en los procedimientos administrativos con relación a la abstención-recusación. Por un lado estarían las “*causas de abstención en sentido estricto*” y por otro lado las “*causas de inhibición*”. Las primeras comprenden casi todo el espectro de las tasadas en el artículo 28 de la LRP-JAC, y que básicamente son las que la ley obliga por entender puede existir un conflicto de intereses. Cuando la decisión no comparte conflicto de intereses para el que debe decidir, pero de las que cabría presumir un condicionamiento por parte del sujeto, están las “*causas de inhibición*”.

También dentro del capítulo I otro de los hallazgos de esta obra, es la relación directísima que se establece entre el principio de imparcialidad y el derecho a la buena administración. Los artículos 28 y 29 de la Ley 30/92 eran reproducción casi mimética de la legislación anterior, de 1958. Obviamente no puede predicarse lo mismo lo que se entiende por “imparcialidad” en un Estado Democrático y de Derecho con un Estado autocrático y centralista. Un da-

to este que los autores no pasan por alto y enlazan con la exigencia del Derecho Comunitario al Derecho a la buena administración que proviene del artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea culminada en Estrasburgo en 2007. Una disposición de plena vigencia y que vincula necesariamente a España en “*el derecho de toda persona a que las Instituciones traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable*”.

A veces se confunden y por ello también tiene su particular reseña. Nos referimos al régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas y al deber de abstenerse. Interesante conclusión se nos aporta en el sentido de “*el régimen de incompatibilidades complementa al de abstención, sin perjuicio de que el sistema de incompatibilidades puede responder también a otros fines añadidos a la abstención*”.

La evolución legal a través de la historia de la abstención-recusación es investigada, resaltando su verdadero origen, el Reglamento de Procedimiento Administrativo del Ministerio de Gobernación, de 1947 y verdadero inspirador tanto de la Ley de Procedimiento de 1958 como de la actual.

Concluye el capítulo I con un pormenorizado estudio de la reserva legal y reparto competencial en la materia. Los autores sentencian con el carácter de básicos de los preceptos de abstención y recusación. Lo son como garantía de los ciudadanos en relación con la actuación de la Administración, tanto en una perspectiva de derecho subjetivo como de garantía objetiva del deber de abstención. Sin embargo, esta facultad no lleva aparejada la posibilidad de ampliar o disminuir las causas a menos se faculte a través de normas con rango de ley. En palabras de los autores, la LRJPAC, sus artículos 28 y 29 son “*el mínimo común denominador de la imparcialidad administrativa*”. De esta forma, la ley autonómica sólo podría añadir otras causas de abstención con la finalidad de hacer a fortalecer la imparcialidad. Queda por tanto reducida a una norma con rango de ley la posibilidad de adiccionar a otras causas a las previstas en la LRJPAC. Sumamente interesante resulta en este sentido la aportación de diversas sentencias judiciales que anulan reglamentos que ampliaban las causas de abstención sin norma legal previa que les diera respaldo.

De la abstención se ocupa el Capítulo II en su totalidad. Especial énfasis y acierto se dedica al llamado “*deber legal de abstenerse*”, desde la vertiente de la autoridad y funcionarios en el ejercicio de sus competencias como cuando la facultad ha de ser ejercida como miembro de órganos colegiados. Del mismo modo se razona con riqueza las causas que han de darse para que pueda hablarse de prohibición de la abstención. El capítulo se adentra tanto en los pre-

supuestos que deben darse para que aparezca como en los ámbitos subjetivo y funcional del deber de abstención, abarcando este desde la intervención inicial en el procedimiento, su incidencia en los casos de expediente disciplinarios y sancionadores, así como en la enorme casuística e importancia que el deber de abstención tiene en la praxis real de los tribunales y procesos selectivos de ingreso y/o provisión de puestos de trabajo de empleados públicos.

Las circunstancias de abstención y recusación son rigurosamente estudiadas en el Capítulo III, el carácter abierto o cerrado de las causas que las motivan, así como su clasificación e interpretación. Los autores, tras exponer como la jurisprudencia y doctrina administrativista actualmente establecen el carácter cerrado de las causas de abstención y recusación, hacen suya una decidida apuesta de “reforma de una futura ley” en la que se opte por un sistema mixto (abierto-cerrado), de forma similar al derecho comparado de diversos países de la Unión Europea, “cuando existan motivos suficientes para justificar una desconfianza hacia la imparcialidad” esto en el caso de la recusación, en Alemania, o en Italia, en la “abstención facultativa” cuando concurren “graves razones de conveniencia”. Una apuesta de “lege ferenda” que iría en el camino de preservar “unos altos niveles de seguridad jurídica y a su vez aportaría al sistema actual una flexibilidad de la que carece y que le permitiría servir con mayor eficacia al interés público”. No obstante, y en tanto se produce, la llamada es clara a una interpretación extensiva de la norma hacia un criterio finalista en el que, y a modo de ejemplo se señala con enorme acierto, se contemple como causa el vínculo matrimonial.

De la rigurosidad del trabajo de investigación es buen ejemplo el tratamiento que recibe la clasificación de las causas de abstención y recusación. Desde las más frecuente, “entre causas objetivas y causas subjetivas”, pasando por la clasificación entre “en la relación con los sujetos y en la relación con los objetos”, para terminar en el estudio “de las que suponen un perjuicio y las que no”, siendo esta la que los autores se inclinan, explicándonos como argumentación de la decisión por la salvaguarda que hace más que ninguna del principio de imparcialidad, *leit motiv* de la obra.

El capítulo IV se dedica al análisis de las causas de abstención y recusación. Es el capítulo más extenso del libro, pues se desmenuzan todas las causas fijadas en los artículos 28 y 29 de la LRJPAC. Perfectamente sistematizado, el repaso es completo a todas las causas tasadas, sin faltar la crítica constructiva, como la mención a algunas reflexiones que están “olvidadas”, entre ellas la omisión del vínculo matrimonial y las uniones de hecho entre las causas de abstención.

Un capítulo este, qué, como todo el trabajo, se hace de utilidad “para todos los públicos”, dado el lenguaje utilizado y qué será sin duda muy valorado por los empleados públicos en sus tareas diarias en las que, con más frecuencia de lo que pueda parecer, se le plantean dudas de esta naturaleza.

Especialmente brillante he encontrado el esfuerzo en “explicar” los consabidos y tantas veces repetidos conceptos jurídicos indeterminados de “amistad íntima” y “enemistad manifiesta”. Todos los elementos y requisitos de la amistad y enemistad desde todas las vertientes posibles. Un acierto que concluye con la propuesta de algunas opciones de *lege ferenda* sumamente interesantes y que sin duda realzarían el principio de buena administración.

Quién, cómo y cuándo, o lo que es lo mismo, el Procedimiento que ha de seguirse en los incidentes de abstención y recusación domina el capítulo V. Un capítulo que comienza investigando cómo se ha de actuar en los casos, frecuentísimos por otro lado, en que la autoridad recusada o la que plantea la abstención carece de superior jerárquico. Entra igualmente en la exposición los supuestos en los que son los miembros de órganos colegiados los sujetos del incidente.

El procedimiento de la abstención, como deber legal, en su totalidad, es escudriñado con profusión en todos sus elementos: la autoridad o agente en el que recae la causa, la causa, la paralización, la comunicación al superior y la resolución pertinente. Desde la iniciación, al momento en el que debe producirse la abstención, la duración del incidente y la terminación, sin olvidar aspectos que en la praxis diaria son muy comunes, como los casos donde la estimación conlleva la sustitución de la autoridad o agente.

La importancia del derecho de recusación es fijado por la LRJPAC, y señalado en la obra, como el que abre el único incidente que suspende el procedimiento. Es el punto de partida para presentar la variada jurisprudencia que declara la nulidad de las actuaciones en caso de ausencia o incumplimiento de situaciones en que no se ha resuelto la idoneidad de los intervinientes en un procedimiento.

Como sugestiva propuesta de reforma de la LRJPAC, encuentro la de garantizar a los interesados en un procedimiento conocer desde el inicio la identidad de las personas que vayan a intervenir en la resolución del mismo, de forma similar a la publicación de los tribunales o comisiones de selección de empleados públicos. Todo con el propósito de hacer posible ejercer el derecho de recusación.

Para el final del capítulo IV queda todo lo relativo a la impugnación de las actuaciones relativas a la abstención y recusación. Se hace además desde las dos vertientes posibles: por parte de los interesados y por parte de la autoridad o agente.

No se molesta la LRJPAC en aclarar en qué casos la intervención si implica la invalidez del acto. Nos lo dicen Fernández Ramos, S. y Pérez Monguio al comienzo del capítulo VI, el de “Los efectos del incumplimiento del deber de abstenerse”. Es la llamada “*relevancia invalidatoria*” el eje central del capítulo con el que se cierra el estudio, llegando a la conclusión de que una vez establecida la existencia de la causa de abstención, debe ser la Administración Pública la encargada de probar que su intervención no fue decisiva en la adopción del acto en cuestión. Y es que para los autores, que la intervención sea determinante, ya sea en la elaboración del acto, ya ocurra en el procedimiento de la formación de la voluntad de los órganos colegiados, es el elemento indispensable que debe aparecer ineludiblemente para apreciar causa de abstención y/o recusación.

De forma expresa y sin ambages es el posicionamiento en la doctrina contraria a la que considera que la nulidad de un acto viciado, por una intervención determinante de un funcionario, sólo lo será en el caso de que dicha intervención haya producido desviación de poder de forma real. Así afirman que *esta doctrina entendemos que degrada a la casi absoluta irrelevancia el deber de abstención.* En esta línea llega la afirmación de que en el caso de los tribunales y comisiones de selección que gozan del conocido criterio de “discrecionalidad técnica” todo lo que suponga apartarse del principio de imparcialidad (y lo sería el incumplimiento probado del deber de abstenerse) debe determinar la nulidad de pleno derecho del acto. Similar razonamiento es el que defienden para los procedimientos seguidos por los órganos sancionadores, como exigencia en estos casos del derecho de defensa del artículo 24 de la CE.

Con la responsabilidad personal se cierra el capítulo, estructurándose el análisis de la misma tanto en lo referente a autoridades y altos cargos de la Administración General del Estado, como en relación a los empleados públicos y la conexión de esta responsabilidad con lo dispuesto en su Estatuto básico y en el reglamento de régimen disciplinario de 1986.

En resumen, todo un hallazgo que permite, sin dudar ahora sí, hablar por fin de una teoría general de la abstención y la recusación en el Derecho administrativo al alcance de todos.

José María de la Hera Martín
Granada, mayo 2013