

NUEVAS PERSPECTIVAS DEL RÉGIMEN LOCAL

*Estudios en Homenaje al Profesor
José M.^a Boquera Oliver*

Coordinadores:

**JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN
JUAN CLIMENT BARBERÁ**



tirant lo blanch

Valencia, 2002

La abstención en el procedimiento administrativo

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL
Doctor en Derecho. UCH-CEU. Valencia

Sumario: I. Introducción. II. La obligación de abstenerse de intervenir en un procedimiento administrativo. 1. Fundamento. 2. Sujetos obligados. 3. Causas de abstención. 3.1. Carácter no tasado. 3.2. Interpretación teleológica y sistemática de las normas que contemplan causas de abstención. 3.3. Tipos. 3.4. Algunas concretas causas de abstención. 3.4.1. Tener interés personal en el asunto. 3.4.2. Tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado. 3.4.3. Tener relación de parentesco con algún interesado. 3.4.4. Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con algún interesado. 3.4.5. Tener relación de servicio con algún interesado. 3.4.6. Haber intervenido en el procedimiento como testigo o perito. 3.4.7. Haber instruido el procedimiento sancionador. 3.4.8. Haber realizado actividades inspectoras en un procedimiento tributario. 4. Contenido. III. La potestad de resolver sobre la procedencia de la abstención. 1. Fundamento. 2. Procedimiento de ejercicio de la potestad. 2.1. Sujetos. 2.2. Iniciación, instrucción, resolución. 3. Impugnación de la resolución dictada en ejercicio de la potestad. IV. Consecuencias jurídicas de la abstención. 1. Abstención procedente. 2. Abstención improcedente. V. Consecuencias jurídicas de la no abstención. 1. Abstención improcedente. 2. Abstención procedente. 2.1. Validez o invalidez del acto adoptado. 2.1.1. Datos legislativos. 2.1.2. Jurisprudencia. 2.1.3. Posición que se adopta. B) Responsabilidad de la persona obligada a abstenerse.

I. INTRODUCCIÓN

En determinados supuestos, las personas físicas integradas en la Administración y encargadas normalmente de intervenir en el procedimiento administrativo están obligadas a no participar en uno concreto. En el presente trabajo se estudia dicha obligación, los mecanismos establecidos para hacerla efectiva y las consecuencias jurídicas tanto de la participación como de la no participación.

La preocupación principal que anima e inspira este trabajo es la de combatir la minusvaloración que esta regla del procedimiento administrativo ha sufrido y que se manifiesta fundamentalmente en dos posiciones jurisprudenciales y doctrinales todavía mayoritarias: de un lado, suele afirmarse que los precep-

tos que establecen causas de abstención tienen carácter taxativo y deben ser objeto de interpretación restrictiva; de otro, tiende a quitarse trascendencia invalidatoria al incumplimiento de la obligación de abstenerse.

II. LA OBLIGACIÓN DE ABSTENERSE DE INTERVENIR EN UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. Fundamento

La Constitución española dispone que la Administración «sirve con objetividad los intereses generales» (art. 103.1) y que la ley regulará «las garantías para la imparcialidad [de los funcionarios públicos] en el ejercicio de sus funciones» (art. 103.3).

El significado de los términos imparcialidad y objetividad no es del todo pacífico en la doctrina. Hay quien los identifica¹, quien considera que ambos son aspectos o manifestaciones del mismo principio², y quien estima que entre los dos existen «concomitancias y diferencias»³. Ello se refleja en la cuestión de la que nos ocupamos ahora. Según algunas opiniones, la obligación de abstenerse se fundamenta en el principio de imparcialidad⁴, según otras, en el de objetividad⁵, y según un tercer grupo, en ambos⁶.

¹ GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, (con González Pérez), Civitas, Madrid, 1999, t. I, p. 312.

² SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho administrativo*, CEURA, Madrid, 1991, p. 250. El ATC 249/1992, de 25 de agosto (FJ 1), dice que la objetividad, predicable de los órganos administrativos, tiene su reflejo en la imparcialidad de sus titulares. La STC 235/2000, de 5 de octubre (FJ 13), afirma que el mandato de objetividad se refiere a la Administración y el de imparcialidad a los servidores que la integran.

³ MORELL OCAÑA, «El principio de objetividad en la actuación de la Administración pública». *Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, t. I, pp. 150 y ss.

⁴ *Vid.*, por ejemplo, el ATC 249/1992, de 25 de agosto (FJ 1), y la STSJ de Galicia de 11-11-1998 (Ar. 4725); BOQUERA OLIVER, *Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1996, p. 410.

⁵ GONZÁLEZ NAVARRO, *ob. cit.* (n. 1), t. I, p. 830; GONZÁLEZ SALINAS, J., «Algunos problemas de la concurrencia de causas de abstención en los concejales, con especial referencia a los acuerdos de aprobación del planeamiento urbanístico», *Poder Judicial*, 14, 1989, p. 206; MORELL OCAÑA, *Curso de Derecho administrativo*, Aranzadi, Madrid, 1999, t. II, p. 244.

⁶ STS de 4-5-1990 (Ar. 3799); SANTAMARÍA PASTOR, *ob. cit.* (n. 2), p. 251.

Dicha obligación se establece para garantizar la imparcialidad de los servidores públicos intervinientes en el procedimiento administrativo, pero ello constituye sólo el objetivo inmediato. Imparcialidad significa «falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de personas o cosas, *que permite juzgar o proceder con rectitud*»⁷. La imparcialidad del que procede busca asegurar la *rectitud* del proceder. Como señala la STC 235/2000, de 5 de octubre (FJ 13), «la imparcialidad en el ejercicio de la función pública viene garantizada, ..., por una serie de cautelas legales, entre las que ocupa un lugar destacado la obligación de abstención y la posibilidad de recusación de los funcionarios cuando concurren determinadas circunstancias previstas legalmente que pueden poner en peligro objetivo la rectitud de su actuación».

Algo similar puede decirse en relación con la objetividad de la Administración. «La objetividad es aquella cualidad que permite a una persona superar sus opiniones personales y sus prejuicios, de modo que vea el "objeto" o la situación "tal como es"»; «tal objetividad conducirá lógicamente a la ejecución de las acciones más justas».⁸ Como advierte SAINZ MORENO, en virtud de este principio «el procedimiento administrativo debe facilitar que cada decisión que se adopte sea la mejor posible, ..., teniendo en cuenta los derechos e intereses implicados»⁹.

A nuestro juicio, la obligación de abstenerse se establece principalmente para garantizar que los servidores públicos actúen imparcial y objetivamente al servicio de los intereses generales¹⁰, es decir, para que las decisiones administrativas sean realmente las más convenientes para dichos intereses¹¹. El ordenamiento jurídico prohíbe participar en un procedimiento a un servidor público porque la situación en la cual éste se halla hace temer por la imparcialidad y objetividad de su actuación en el caso concreto y, en consecuencia, por el acierto de la decisión. Con el fin de evitar este peligro, se dispone la abstención.

Ésta constituye una garantía no sólo para el fin general que ha de satisfacer todo acto administrativo, sino también para los particulares afectados. Re-

⁷ *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 1992; la cursiva es nuestra.

⁸ FRIEDRICH, *El hombre y el gobierno. Una teoría empírica de la política*, (trad. González Casanova), Tecnos, Madrid, 1968, p. 507.

⁹ SAINZ MORENO, «Principios y ámbito de aplicación de la Ley 30/1992», *Administraciones públicas y ciudadanos*, (coord. Pendás García), Praxis, Barcelona, 1993, p. 129.

¹⁰ En sentido similar, *vid.* la Exposición de Motivos de la Ley 30/1992.

¹¹ «A fin de asegurar un adecuado ejercicio de la función administrativa y, por ende, la legalidad y acierto de la decisión que se dicte en un procedimiento concreto» (GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Civitas, Madrid, 1988, p. 179).

cuérdese que el interés público no es otra cosa que una determinada composición de intereses particulares¹². La abstención garantiza la *igualdad* de los interesados en el procedimiento, les proporciona *confianza* en la objetividad de la actuación administrativa, *legítima* dicha actuación y evita situaciones incómodas, «*conflictos de conciencia*», a los sujetos obligados a abstenerse¹³.

Esta garantía alcanza en determinados supuestos nada menos que el rango de derecho fundamental. El Tribunal Constitucional ha declarado que los interesados en un procedimiento sancionador tienen un derecho, «ex artículo 24 CE», a que el instructor del mismo «actúe con objetividad,..., es decir, desempeñando sus funciones en el procedimiento con desinterés personal»¹⁴, y también ha dicho que «la identidad de naturaleza de la infracción administrativa y del delito, de pena y sanción, exigen la extensión de esta incompatibilidad [entre instruir y decidir] al procedimiento administrativo sancionador»¹⁵, esto es, exigen que la persona que ha participado en la instrucción se abstenga de resolver.

Tales afirmaciones no se contradicen con otras anteriores realizadas por el mismo Tribunal. Éste ha dicho en repetidas ocasiones que las garantías contenidas en el artículo 24.2 de la Constitución son trasladables al procedimiento administrativo sancionador, pero sólo «en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza»¹⁶. Así, es obvio que «la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable en la misma medida de un órgano administrativo»¹⁷, y que, en el procedimiento administrativo, «la mera condición de funcionario inserto en el esquema necesariamente jerárquico no puede ser por sí misma [causa de abstención], pues la Administración actúa, según dice la propia Constitución, de acuerdo con el principio de jerarquía»¹⁸. En cambio, es plenamente compatible con la naturaleza del procedimiento administrativo el que la persona física que lo instruya deba abstenerse de resolverlo. De hecho, en la práctica se ha respetado nor-

¹² Vid. NIETO, «La Administración sirve con objetividad los intereses generales», *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje a Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, t. III, pp. 2198 y ss. Esta es una de las tesis centrales del libro de UERPMANN, *Das öffentliche Interesse*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, pp. 40 y ss.

¹³ Vid. HUFEN, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, Nomos, Baden-Baden, 1998, marginal 67.

¹⁴ STC 14/1999, de 22 de febrero (FJ 4).

¹⁵ STC 142/1997, de 15 de septiembre (FJ 3), que contiene esta afirmación en sus *obiter dicta*, y STC 231/1998, de 1 de diciembre (FJ 5).

¹⁶ Vid., por ejemplo, las SSTC 22/1990, de 15 de febrero (FJ 4), 197/1995, de 21 de diciembre (FJ 7), y 14/1999, de 22 de febrero (FJ 3).

¹⁷ ATC 170/1987, de 11 de febrero (FJ 1), y STC 22/1990, de 15 de febrero (FJ 4).

¹⁸ ATC 249/1992, de 15 de agosto (FJ 1), y STC 14/1999, de 22 de febrero (FJ 4).

malmente esta separación de funciones incluso antes de que la Ley 30/1992 la estableciera expresamente¹⁹. De otro lado, la STC 76/1990, de 24 de abril (FJ 8), lo único que afirmó es que la asignación de funciones inspectoras y liquidadoras a un mismo *órgano administrativo* —que no a una misma *persona física*— era conforme con la Constitución; por lo demás, aquí no se trataba de un procedimiento sancionador, sino de uno de gestión tributaria. La STC 60/1995, de 17 de marzo (FJ 3), dijo que la separación de las funciones de instrucción y decisión, «al enmarcarse dentro de las garantías esenciales del proceso penal acusatorio, no es necesariamente extensible a otros procesos de similar naturaleza como es el caso del procedimiento administrativo sancionador». Sin embargo, esta declaración se hallaba en los *obiter dicta* de la Sentencia, que enjuiciaba ciertas Leyes procesales penales.

La obligación de abstenerse no sólo conlleva ventajas, sino también *inconvenientes*, ya que supone una excepción singular de las reglas ordinarias de intervención en el procedimiento de autoridades y personal al servicio de la Administración. Cabe, pues, que los valores —v. gr., democracia, eficacia— que fundamentan estas reglas padezcan con la abstención.

El principio democrático sufre cuando se ven obligados a abstenerse uno o varios miembros de un órgano elegidos por sufragio universal. La abstención puede alterar para un caso concreto el sistema de fuerzas políticas resultante de las elecciones. Puede impedir que exista el quórum necesario para adoptar un determinado acuerdo. Los concejales pertenecientes a una lista electoral que en el pleno de un Ayuntamiento se hallaban en minoría pueden pasar a ser mayoría, y viceversa²⁰. El deber de abstención de las autoridades elegidas por sufragio universal limita el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de sus representantes, derecho fundamental reconocido en el artículo 23.1 de la Constitución²¹.

Aun en los casos en los que se prevé la sustitución del obligado a la abstención, ésta no deja de suscitar reparos. Muchas veces, el ordenamiento jurídico dispone que determinados trámites deben ser realizados por ciertas personas porque éstas, y no otras, reúnen las condiciones óptimas para asegurar que la decisión administrativa adoptada sea la más acertada para el interés general. Resulta razonable pensar que tal interés puede resultar perjudicado por la sus-

¹⁹ Las SSTs de 30-12-1987 (Ar. 9626) y 30-12-1996 (Ar. 9626) anulan sendas sanciones porque una misma persona había instruido y resuelto los correspondientes procedimientos.

²⁰ Estas «disfunciones» han sido advertidas por GONZÁLEZ SALINAS, J., *ob. cit.* (n. 5), p. 206.

²¹ La STS de 17-11-1997 (Ar. 8150) declara que la prohibición impuesta a un concejal no incurso en causa de abstención de votar una moción de censura vulnera este derecho.

titución. Además, existe el riesgo de que alguien se abstenga por simple comodidad, con el fin de eludir el cumplimiento de los deberes de su cargo, en perjuicio del correcto funcionamiento de la Administración. Y la abstención ilegalmente impuesta a una autoridad o funcionario puede lesionar su derecho fundamental a mantenerse en el cargo y desempeñar sus funciones²².

Por último, el deber de abstenerse perjudica a la celeridad de la actuación administrativa, ya que la existencia del mismo debe declararse a través de un incidente que, en ocasiones, suspende la tramitación del procedimiento principal²³.

Obviamente, todos estos principios implicados en la abstención de funcionarios y personal al servicio de las Administraciones públicas deben ponderarse para precisar el régimen jurídico de esta figura, es decir, para orientar la interpretación y aplicación de las normas que lo componen así como para colmar sus lagunas. Un primer grupo de principios, porque justifican, fundamentan, dotan de sentido a la obligación de abstenerse; un segundo grupo, porque exigen que ésta se mantenga dentro de ciertos límites.

2. Sujetos obligados

La obligación alcanza a las «autoridades» y al «personal al servicio de la Administración» que se hallen en determinadas situaciones, llamadas tradicionalmente causas de abstención y recusación.

Los términos «autoridades» y «personal al servicio de la Administración» empleados por el artículo 28.1 de la Ley 30/1992 comprenden a cualquier persona física integrada en la organización administrativa y encargada, en principio, de intervenir en el procedimiento de elaboración de un acto administrativo al objeto de que éste sea el más acertado para el interés público. Como pone de relieve GONZÁLEZ NAVARRO, sólo deben abstenerse aquellos «servidores públicos» que con su intervención pueden influir —positiva o negativamente— sobre el contenido del acto que ponga fin al procedimiento²⁴; solamente aquellos cuya participación en la elaboración de la decisión administrativa puede determinar de alguna manera el acierto de ésta.

²² Vid. la STS de 21-2-1998 (Ar. 2363), la STSJ de Cataluña de 20-11-1998 (Ar. 4397) y las SSTSJ de Andalucía de 2-2-1998 (Ar. 258) y 9-4-1999 (Ar. 4672).

²³ Vid. *infra*, III.2.B).

²⁴ GONZÁLEZ NAVARRO, *ob. cit.* (n. 1), p. 834.

3. Causas de abstención

Éstas son cada una de las circunstancias que, de concurrir en las personas mencionadas en el apartado anterior, hacen nacer su obligación de abstenerse.

3.1. Tipos

La doctrina procesalista ha ensayado diversas clasificaciones de las causas de abstención de jueces y magistrados que, *mutatis mutandi*, valen también para las de autoridades y personal al servicio de la Administración.

Tradicionalmente se distingue entre causas subjetivas y objetivas. Las primeras son circunstancias o hechos personales concurrentes en el juez [o servidor público] que lo relacionan con los litigantes [o interesados]. Esta relación puede ser positiva —v. gr., parentesco, amistad íntima, relación de servicio— o negativa —v. gr., enemistad manifiesta, tener litigio pendiente—. Es positiva cuando cabe razonablemente sospechar que el juez tenderá a favorecer al litigante en cuestión; es negativa si puede pensarse que le perjudicará. Las causas objetivas son circunstancias o hechos que ponen al juzgador en relación con el objeto del proceso impidiéndole actuar con la necesaria objetividad —v. gr., tener interés directo en el mismo, haber sido instructor, haber intervenido como testigo o perito—²⁵.

MONTERO AROCA distingue entre causas concretas y abstractas. Las primeras consisten en un hecho que de concurrir determina la desconfianza en la imparcialidad del juez —v. gr., vínculo matrimonial, parentesco—. Ese hecho se acredita de «modo directo, por medio de una prueba que se refiere al hecho mismo». Las abstractas consisten en «situaciones en las que se encuentra el recusado bien respecto de la parte, bien respecto del objeto del proceso» —v. gr., amistad íntima, enemistad manifiesta—. Se trata de «situaciones complejas, conformadas por toda una serie de hechos». Aquí «se precisará la prueba de varios hechos,..., los cuales aparecerán como indiciarios para, desde ellos y mediante el oportuno razonamiento, llegar a establecer como presumida una situación»²⁶.

²⁵ Vid. PICÓ I JUNOY, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 52 y 53.

²⁶ MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 227 y ss.

Este autor distingue, así mismo, entre causas que persiguen evitar la parcialidad del juez, entendida ésta como el hecho de que el juez sirva los intereses de una de las partes, y las causas establecidas para asegurar la «incompatibilidad de funciones procesales»: un mismo juez no puede realizar en un proceso funciones consideradas por la ley como incompatibles entre sí²⁷. Según MONTERO AROCA, las causas fijadas para garantizar la imparcialidad sólo son las expresamente contempladas por el legislador como tales, por cuanto «sólo a éste corresponde decidir qué hechos o situaciones,..., convierten a un juez en sospechoso de parcialidad». En cambio, las causas que atienden a la «incompatibilidad de funciones procesales» pueden ser deducidas por los Tribunales de una concreta regulación del proceso, aunque no hayan sido expresamente establecidas como causas de abstención por la ley²⁸.

3.2. Carácter no tasado

La enumeración de motivos de abstención establecida en el artículo 28.2 LAP constituye un *numerus apertus*. Por de pronto, ha de tenerse en cuenta que esta Ley excluye a determinados procedimientos de su ámbito de aplicación directa, y en algunos casos, incluso subsidiaria. No obstante, las normas reguladoras de esos procedimientos suelen contemplar también el deber de abstención de autoridades y personal al servicio de la Administración por motivos muy similares a los del citado precepto²⁹. Aunque también hay alguna excepción³⁰.

Por otra parte, la Ley 30/1992 tiene carácter básico y, por lo tanto, no agota la regulación legislativa del procedimiento administrativo. Tanto el Estado como las Comunidades Autónomas pueden dictar normas de procedimiento en aquellas materias sobre las cuales tengan atribuidas las correspondientes competencias, normas que habrán de respetar, lógicamente, lo dispuesto en la legislación básica³¹. Se plantea el problema de si la legislación, estatal o autonómica, de desarrollo puede eliminar alguno de los motivos establecidos en aquella lista o ampliarla con otros nuevos. Numerosas leyes se remiten a lo dispuesto

²⁷ Ibídem, pp. 236 y ss.

²⁸ Ibídem, p. 247.

²⁹ Así, el art. 28.2 del Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-administrativas (RD 391/1996, de 1 de marzo) coincide literalmente con el art. 28.2 de la Ley 30/1992.

³⁰ El art. 52 de la LO 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, se remite a lo dispuesto en la legislación procesal militar.

³¹ Vid. el ap. 2 de la Exposición de Motivos de la Ley 30/1992.

en la legislación de procedimiento común³², pero otras añaden nuevos motivos³³.

En nuestra opinión, la legislación de desarrollo en principio no puede suprimir ninguna de las causas mencionadas en el citado artículo 28, pero sí agregar otras. Así se deduce del sentido de la atribución constitucional al Estado de la competencia para regular las bases del procedimiento administrativo común: al establecer que corresponde al Estado dictar esas bases, el artículo 149.1.18º de la Constitución ha querido garantizar un tratamiento común de los ciudadanos ante todas las Administraciones públicas³⁴; la Ley 30/1992 fija las «garantías mínimas de los ciudadanos respecto de la actividad administrativa»³⁵. Resulta claro, pues, que la legislación de desarrollo de las bases del procedimiento común no puede en principio disminuir tales garantías, pero sí aumentarlas. Dado que la abstención de autoridades y personal al servicio de la Administración constituye, indudablemente, una de esas garantías, hay que entender que la normativa de desarrollo de esta Ley únicamente puede ampliar la lista de supuestos contenida su artículo 28.2.

La cuestión tiene relevancia práctica, como lo demuestran algunos litigios surgidos en relación con los Jurados Provinciales de Expropiación. Cuando la expropiación es realizada por una Corporación local, el legislador establece que ésta designará a uno de los vocales del Jurado³⁶. Pues bien, es relativamente frecuente que el vocal elegido por la Corporación haya intervenido anteriormente en el procedimiento expropiatorio como perito. Esto plantea un grave problema pues tanto el derogado artículo 20.2.d) de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, como el vigente artículo 28.2.d) de la Ley 30/1992, contemplan como causa de abstención el «haber tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate». Sin embargo, el Tribunal Supremo ha considerado legal la intervención de aquel vocal aduciendo que las causas establecidas en el artículo 20.2 de la Ley de

³² *Vid.*, por ejemplo, el art. 12.6 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RDLeg 2/2000, de 16 de junio); y el art. 76 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.

³³ *Vid.*, por ejemplo, el art. 5 de la Ley canaria 3/1997, de 8 de mayo, de Incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma; el art. 53.3 de la Ley aragonesa 1/1995, de 16 de febrero, reguladora del Presidente y del Gobierno de Aragón; el art. 11 de la Ley murciana 5/1994, de 1 de agosto, por el que se establece el Estatuto Regional de la Actividad Política.

³⁴ *Vid.* las SSTC 227/1988, de 29 de noviembre (FJ 32), y 50/1999, de 6 de abril (FJ 3).

³⁵ Ap. 2 de la Exposición de Motivos de la Ley 30/1992.

³⁶ Art. 85.2ª de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954. La Orden de 10 de julio de 1958 dispone que puede designarse a un arquitecto municipal.

1958 «no son trasladables a los miembros vocales del Jurado de Expropiación Forzosa, para quienes de modo específico se contemplan en los arts. 32.3 y 33.1 del Reglamento de Expropiación Forzosa,..., dos únicas concretas causas de recusación y abstención»³⁷. Ahora bien, promulgada la Ley 30/1992, hay que aplicar su artículo 28.2 también a estos Jurados, por cuanto esta Ley establece las reglas *comunes a todos* los procedimientos administrativos³⁸.

En segundo lugar, debe notarse que en nuestro Derecho hay causas de abstención implícitamente establecidas por leyes y reglamentos. Puede citarse aquí a la Ley 30/1992, que en su artículo 134.2 dispone que «los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a órganos distintos»³⁹. También merece ser nombrado el Reglamento General de Inspección de los Tributos, que prohíbe que las funciones de inspección y de liquidación sean realizadas por la misma *persona*⁴⁰.

Por último, a nuestro juicio, los principios de imparcialidad y objetividad consagrados en el artículo 103 de la Constitución o, en su caso, del derecho a un procedimiento administrativo sancionador con las debidas garantías reconocido en el artículo 24.2 de la norma suprema, pueden exigir la abstención en supuestos concretos no contemplados explícita o implícitamente en leyes o reglamentos.

Según reiterada jurisprudencia y abundante doctrina, las causas de abstención en el proceso constituyen un *numerus clausus*⁴¹. Ésta es también la opinión que suele sostenerse en relación con el procedimiento administrativo: el artículo 28.2 de la Ley 30/1992 y otros preceptos concordantes contienen una enumeración taxativa y cerrada⁴². MONTERO AROCA señala que corresponde al

³⁷ Vid. las SSTs de 3-2-1976 (Ar. 295), 6-10-1980 (Ar. 3526) y 1-2-1992 (Ar. 796) y la STSJ de Baleares de 28-10-1994 (Ar. 441).

³⁸ De la misma opinión, CALVO CHARRO, «La imparcialidad del Jurado de Expropiación: comentario crítico a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *REDA*, 78, 1993, pp. 352 y ss.; e, implícitamente, la STSJ de Cataluña de 12-1-1999 (Ar. 60).

³⁹ En sentido parecido, GARBERÍ LLOBREGAT, *El procedimiento administrativo sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 256.

⁴⁰ Vid. *infra*, II.3.D).i).

⁴¹ Vid., entre otras muchas, las SSTs de 21-10-1986 (Ar. 5714) y 15-6-1987 (Ar. 4805). En la doctrina, por ejemplo, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Garantías Procesales», *Comentarios a la Constitución española de 1978*, (dir. Alzaga Villaamil), EDERSA, 1996, t. III, p. 98.

⁴² Vid. GARBERÍ LLOBREGAT, *ob. cit.* (n.), pp. 256 y ss.; GÓMEZ OTERO, «La imparcialidad en el acceso a cuerpos docentes universitarios: las garantías de abstención y recusación en el sistema actual», *Actualidad Administrativa*, 7, 2000, pp. 234 y 239; MURILLO DE LA CUEVA, «Órganos de las Administraciones Públicas», *Administraciones Públicas y Ciudadanos*, Praxis,

legislador establecer cuáles son las circunstancias que, de concurrir en un caso concreto, hacen a un juez sospechoso de parcialidad, atendida la experiencia acumulada durante siglos y su percepción de la realidad social, sin que luego los tribunales puedan suplantar al legislador incrementando esas circunstancias desde sus propias perspectivas de la realidad⁴³.

Pero también hay quien sostiene la tesis contraria. Por ejemplo, PICÓ I JUNOY defiende el carácter abierto de la lista contenida en el artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial aduciendo, de un lado, el principio constitucional de la «imparcialidad del juez, del que las instituciones de la abstención y la recusación constituyen el necesario desarrollo procesal», y, de otro, que «es imposible que una relación abstracta de causas sea capaz de abarcar todos los supuestos que, eventualmente, pueden fundar la sospecha de parcialidad de un juez, razón por la cual resulta razonable permitir la alegación y prueba de otro motivo que acredite el temer de parcialidad en el caso concreto»⁴⁴. Como dice la STC 157/1993,

«la Constitución, ciertamente, no enumera en concreto las causas de abstención y recusación que permitan preservar el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 CE: pero ello no significa que el legislador quede libre de cualquier vínculo jurídico constitucional a la hora de articular ese derecho, que comprende, como se ha dicho, la preservación de la imparcialidad judicial. La Constitución impone determinados condicionamientos al legislador que ha de ordenar esas causas de abstención y recusación, condicionamientos que derivan del contenido esencial de los derechos reconocidos en el artículo 24.2 CE, a la luz de los mandatos del artículo 10.2 CE, y en relación con el mismo, de los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales llamados a interpretar y aplicar los tratados y convenios internacionales suscritos por España en materia de derechos fundamentales y libertades públicas. Con relación a esos mandatos, ..., baste decir que tales pronunciamientos jurisdiccionales (los dictados, en especial, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) pueden llegar a identificar supuestos de abstención y de recusación hasta hoy no contemplados en nuestra legislación»⁴⁵.

Esta jurisprudencia culmina, de momento, en la STC 162/1999, de 27 de septiembre, que ampara a un recurrente condenado por un Tribunal cuyo Pre-

Barcelona, p. 268; Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 24-2-1997 (Ar. 419). Respecto del art. 28.2 —antes 30.2— del Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-administrativas, *vid.* la STSJ de Baleares de 11-9-1995 (Ar. 1062) y las Resoluciones del TEAC de 17-11-1992 (Ar. 700) y 4-12-1998 (Ar. 98/1999).

⁴³ MONTERO AROCA, *ob. cit.* (n. 26), pp. 221 y ss. También a favor de esta tesis, ARIAS DOMÍNGUEZ, *La abstención y la recusación de jueces y magistrados*, EDERSA, Madrid, 1999, *passim*, esp., p. 406.

⁴⁴ PICÓ I JUNOY, *ob. cit.* (n. 25), pp. 47 y 48.

⁴⁵ STC 157/1993, de 6 de mayo (FJ 2).

sidente, a pesar de no incurrir en ninguno de los motivos de abstención contemplados por el legislador, había realizado pocos días antes de empezar el juicio oral unas declaraciones descalificando al recurrente que permitían «fundar una sospecha legítima de parcialidad», una «sospecha objetivamente justificada».

La postura tradicional se fundamenta, en primer lugar, sobre un mito que en el Derecho español vigente ya no se tiene en pie: el legislador es soberano; su percepción de la realidad es insustituible por la de los órganos jurisdiccionales; por ello, sólo a él le corresponde valorar y precisar qué circunstancias hacen a jueces y funcionarios sospechosos de parcialidad. Sin embargo, el legislador no es soberano, y la prohibición constitucional de la arbitrariedad también le alcanza⁴⁶. La concreción legislativa del principio constitucional de imparcialidad está sujeta a límites, ha de ser razonable, justificada, no arbitraria. Y los Tribunales pueden verificar, a la vista de una determinada realidad social, la razonabilidad de esa concreción. Como dice el Tribunal Constitucional, el legislador no es absolutamente libre para establecer o suprimir causas de abstención. No puede, por ejemplo, eliminar todos o algunos de los motivos contemplados en aquel artículo 219 desconociendo «la experiencia acumulada durante siglos».

Además, la tesis tradicional tampoco puede fundarse en el tenor del artículo 28.2 de la Ley 30/1992. Otra cosa sería si éste, en vez de decir «son motivos de abstención los siguientes...», hubiese dicho «sólo son motivos de abstención los siguientes...» o «los motivos de abstención son los siguientes...». La consideración como causa de abstención de una concreta circunstancia no incluida ni excluida expresamente de la lista establecida por dicho artículo ha de deducirse de otros preceptos o principios jurídicos.

La *certeza jurídica*, así como los valores —v. gr., democracia, eficacia— protegidos por las reglas ordinarias de intervención en el procedimiento de autoridades y funcionarios se oponen a la abstención por circunstancias distintas de las contempladas en leyes y reglamentos. Ello justifica que, por regla general, no proceda dicha abstención. Ahora bien, no creemos que se trate de una regla universal y absoluta. Hay casos excepcionales en los que resulta evidente que un servidor público no se encuentra en situación de cumplir sus funciones imparcial y objetivamente en un determinado procedimiento. Su intervención en el mismo pone en serio peligro la igualdad de los interesados, así como el acierto y la legitimidad de la decisión administrativa. Tales supuestos excep-

⁴⁶ Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad del legislador*, Civitas, Madrid, 1998, *in toto*.

cionales merecen ser considerados como causas de abstención, aunque la ley haya guardado silencio al respecto.

Así, la STSJ de Extremadura de 30 de junio de 2000 (Ar. 1217) estima que no puede formar parte de la Sala de un Tribunal Económico-Administrativo quien, en su condición de Inspector-Jefe, firmó las liquidaciones recurridas.

A veces, los Tribunales intentan encajar estos supuestos en alguno de los motivos legalmente contemplados. A modo de ejemplo, cabe citar el caso resuelto por la STSJ de Murcia de 12 de diciembre de 1996 (Ar. 2445). Convocado un concurso para la provisión de una cátedra, uno de los concursantes intentó sin éxito la recusación de varios miembros de la Comisión Juzgadora, y luego impugnó y obtuvo la anulación del mismo por cierto defecto de procedimiento. La Comisión Juzgadora volvió a constituirse y el concursante recusó a los miembros de ésta que habían formado parte de la anterior. El TSJ de Murcia consideró que concurría la causa contemplada en el artículo 28.2.d) de la Ley 30/1992: «Haber tenido intervención como perito o testigo en el procedimiento de que se trate». Sin embargo, a nuestro juicio, este precepto no se opone a que la persona que ha emitido un dictamen pueda repetirlo tras decretarse la invalidez de las actuaciones llevadas a cabo en el antiguo procedimiento. No vemos de qué manera puede quedar comprometida la imparcialidad o la objetividad de un funcionario por el simple hecho de reiterar un testimonio o un dictamen. En el mismo sentido, la STC 22/1990, de 15 de febrero (FJ 4), dice «que por el mero hecho de que un primer expediente fuera anulado y retrotraídas las actuaciones no surge legalmente una causa de recusación o de abstención del instructor». Y la propia STSJ comentada reconocía la «no necesidad mimética del cambio de comisión de calificación del concurso por válida impugnación de uno de sus miembros, máxime cuando el resto no han sido impugnados, *si bien es posible, como es el caso, que del hecho de haber participado en la anterior comisión, por razones concretas, se deduzca esa falta de imparcialidad*».

En realidad, lo que justificaba la abstención era que los miembros de la Comisión cuestionados habían efectuado en el primer incidente de recusación «valoraciones subjetivas que descalificaban con una animosidad especial al recurrente», declaraciones que «excedían del debido rigor y asepsia propia de una calificación al incluir valoraciones subjetivas inadecuadas para su objeto». Por ello, «difícilmente puede pensarse que, ..., [dicha] Comisión puede volver a calificar con objetividad al candidato, con el adecuado clima que la abstención y recusación deben garantizar», sobre todo, si se tiene en cuenta «el especial rigor con que debe tratarse la imparcialidad de los miembros de una comisión calificadora», dada la importancia y el valor de su dictamen, «difícilmente corregible en vía judicial», es decir, dada la «discrecionalidad técnica» de que disponen a la hora de emitirlo.

El artículo 28.2 de la Ley 30/1992 y otros preceptos concordantes son susceptibles de una interpretación teleológica y flexible que extienda su alcance más allá de lo que indica su tenor literal. Pero, a nuestro juicio, no es necesario forzar la interpretación de los mismos al objeto de subsumir en ellos cualquier circunstancia susceptible de fundar la obligación de abstenerse. Además, toda interpretación tiene sus límites. Habrá casos en los que resulte imposible encajar vía interpretativa dichas circunstancias en alguno de los motivos contemplados en aquellos preceptos.

3.3. Interpretación teleológica y sistemática de las normas que contemplan causas de abstención

El Tribunal Supremo ha afirmado reiteradamente que las causas de abstención de jueces y magistrados deben interpretarse restrictivamente⁴⁷, pero esta jurisprudencia es criticada hoy por la mayoría de la doctrina procesalista. Por de pronto, carece de apoyo legal⁴⁸. Es más, la interpretación extensiva de las causas de abstención es lo acorde con el derecho fundamental a un juez imparcial⁴⁹. Si la abstención «entra en juego contraponiendo dos derechos de rango fundamental, como son el derecho al juez predeterminado por la ley y el derecho a la imparcialidad del juez, de lo que se tratará es de hacer compatibles esos dos derechos, pero no de sacrificar [o primar] uno al otro con base en una pretendida necesidad de interpretar de modo restrictivo» aquellas causas⁵⁰.

Con mayor razón cabe censurar la afirmación de que las normas que contemplan motivos de abstención en el procedimiento administrativo han de interpretarse siempre restrictivamente⁵¹. La necesidad de interpretar teleológica y sistemáticamente esas normas es todavía más intensa si cabe que en el proceso. La diversidad de las situaciones planteadas en el ámbito administrativo es mucho mayor que en el jurisdiccional. Todos los jueces y magistrados realizan funciones bastante similares y están sometidos a un estatuto jurídico común; no existen grandes diferencias. Por el contrario, hay una extraordinaria variedad de órganos administrativos, que realizan funciones muy distintas y se rigen por reglas muy diferentes. Y el estatuto jurídico de autoridades y perso-

47 *Vid.*, por ejemplo, las SSTs de 20-1-1996 (Ar. 188) y 20-5-1997 (Ar. 3636).

48 MONTERO AROCA, *ob. cit.* (n. 26), p. 221.

49 ARIAS DOMÍNGUEZ, *ob. cit.* (n. 43), pp. 406 y ss.; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., *ob. cit.* (n. 41), p. 98; PICÓ I JUNOY, *ob. cit.* (n. 25), p. 50.

50 MONTERO AROCA, *ob. cit.* (n. 26), p. 221.

51 GÓMEZ OTERO, *ob. cit.* (n. 42), pp. 234 y 239, que no argumenta esta afirmación.

nal al servicio de la Administración es, así mismo, de lo más variado. Así, por ejemplo, no merece exactamente el mismo tratamiento la abstención de un concejal, elegido por sufragio universal, libre y directo, que no puede ser suplido en el desempeño de su cargo por otra persona, que la de un funcionario sometido a las instrucciones jerárquicas de otros funcionarios y cuya intervención en el procedimiento es fungible. Debe tenerse muy presente la *ratio legis* del correspondiente precepto y, sobre todo, la incidencia que en cada caso concreto tienen los valores jurídicos que justifican la abstención o que piden que ésta no rebase ciertos límites. Adviértase que las normas sobre abstención y recusación son normas reguladoras del procedimiento administrativo, y que el Tribunal Supremo, en varias ocasiones, «ha insistido en la necesidad de efectuar una interpretación funcional y teleológica de las garantías procedimentales que se justifican no por el puro formalismo de su realización, sino por la finalidad a que responden, en cuya valoración han de tenerse en cuenta las especialidades» del acto de que se trate⁵². En suma, han de ponderarse diversos factores a la hora de interpretar el alcance de las causas de abstención. Sin ánimo de ser exhaustivos, podemos citar los siguientes:

En primer lugar, la legitimidad democrática del sujeto eventualmente obligado a abstenerse. El valor constitucional de la democracia pide en estos casos una interpretación restrictiva de aquellas causas⁵³. En la jurisprudencia se observa una tendencia a limitar el alcance de los motivos de abstención de los miembros de las Corporaciones locales, sobre todo, cuando se trata de asuntos de gran trascendencia para la vida política de la Corporación, como las mociones de censura⁵⁴. De hecho, la reciente modificación de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General ha recogido esta jurisprudencia al disponer que «no son de aplicación a la moción de censura las causas de abstención y recusación previstas en la legislación de procedimiento administrativo»⁵⁵.

⁵² SSTS de 13-9-1996 (Ar. 6627) y 15-12-1997 (Ar. 714, repertorio de 1998).

⁵³ En sentido parecido, GARCÍA APARICIO, «¿Deber de abstención del Concejal en el procedimiento dirigido a su propia designación como Tesorero?», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 12, 1995, p. 1782.

⁵⁴ Vid. la STS de 7-11-1997 (Ar. 8150), las SSTSJ de Andalucía de 2-2-1998 (Ar. 258) y 9-4-1999 (Ar. 4672) y la STSJ de Cataluña de 20-11-1998 (Ar. 4397). En cambio, la STS de 14-4-1990 (Ar. 3642) declara la existencia de causa de abstención —interés personal— en uno de los concejales. Esta STS fue criticada por PÓMED SÁNCHEZ, «El discutible control judicial de los motivos de la moción de censura al Alcalde», *REALA*, 251, 1991, pp. 698 y ss. TRUJILLO PÉREZ, *La moción de censura en las Entidades Locales*, Civitas, Madrid, 1999, p. 198, defendía que la recusación en las mociones de censura debía ser inadmisibles.

⁵⁵ Art. 197 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, redactado de acuerdo con la Ley Orgánica 8/1999, de 21 de abril.

El segundo factor a tener en cuenta es la posibilidad de sustituir al correspondiente servidor público en el desempeño de sus funciones. Cuando no cabe la sustitución, ha de interpretarse restrictivamente la causa de abstención de que se trate. En este sentido, la STS de 7 de noviembre de 1991 (Ar. 8799) confirma la validez del nombramiento de un registrador de la propiedad sustituto, a pesar de que el registrador titular que había efectuado la propuesta de nombramiento era su padre. El Tribunal Supremo consideró que el registrador titular no estaba obligado a abstenerse, «puesto que ello supondría impedir el único cauce por el que puede producirse la libre designación de una persona idónea,..., toda vez que se exige legalmente la propuesta del titular del Registro como acto *necesario y personalísimo* del mismo; otra cuestión será si la propuesta del registrador puede hacerse en favor de un próximo pariente, es decir, si existe causa legal de incompatibilidad entre los cargos de registrador titular y sustituto por razón de tal parentesco». Al respecto, señala el Tribunal Supremo que «el grado de parentesco que la persona propuesta para el cargo de sustituto pueda tener con el registrador titular, no es causa de incapacidad o inhabilidad, a tenor de lo que preceptúa el artículo...».

Similar es el caso de los concejales, cuyo voto «es personal e indelegable»⁵⁶. En este sentido, GONZÁLEZ SALINAS ha señalado que las diferencias existentes entre funcionarios y miembros de las Corporaciones locales exigen matizar, restringir, el alcance de las causas de abstención de estos últimos. Los concejales tienen legitimidad democrática, hay un número limitado de ellos y su participación es infungible⁵⁷. Aplicarles literalmente las causas de abstención podría suponer en algunos casos la imposibilidad de adoptar determinadas decisiones debida a la falta del quórum legalmente exigido⁵⁸. El problema se agrava cuando se trata de Municipios de escasa población. Sirvan algunos ejemplos:

La STSJ de Castilla y León de 22 de mayo de 1998 (Ar. 3816) declara la invalidez de la alteración de la calificación jurídica de ciertos bienes del Municipio de Sarracín⁵⁹. La alteración debía ser votada favorablemente por la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación. Sin embargo, tres de los cinco miembros de ésta incurrían en causas de abstención por razones de parentesco o interés personal. La adopción de este acuerdo era imposible.

⁵⁶ Art. 99.5 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (RD 2568/1986, de 28 de noviembre).

⁵⁷ GONZÁLEZ SALINAS, J., *ob. cit.* (n. 5), in toto.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 205.

⁵⁹ Según el Instituto Nacional de Estadística (INE), dicho Municipio contaba el 1-1-1998 con una población de 176 habitantes (www.ine.es).

La STSJ de Navarra de 24 de marzo de 1993 (Ar. 855) declara la invalidez de un acuerdo del Concejo de San Isidro del Pinar por el que se decidía vender ciertas propiedades concejiles a sus arrendatarios. Cuatro de los cinco integrantes de la Junta Vecinal eran interesados o parientes próximos de los interesados en el asunto. La Administración demandada aducía «la dificultad de que, dado el escaso número de los miembros del Concejo, pueda la Junta adoptar algún acuerdo que de un modo u otro no incida en alguno de los supuestos de abstención».

El Pleno del Ayuntamiento de Villabáñez adjudicó ciertas parcelas a determinadas personas. Seis de los siete miembros de la Corporación eran adjudicatarios o parientes de los adjudicatarios. Cuatro votaron a favor y tres en contra. La STS de 3 de marzo de 1989 (Ar. 1717), pese a reconocer la existencia de las «limitaciones impuestas por el medio rural», limitaciones que «hacen referencia a Municipios de tan escaso número de habitantes, como lo es indudablemente Villabáñez⁶⁰, que los lazos de parentesco ligan a la inmensa mayoría de ellos», se atuvo al tenor literal de la ley y anuló la adjudicación. Los argumentos aducidos para ello son muy discutibles: «Ni aun por razones de justicia material —que muy probablemente no serían explicables para todos los ciudadanos— puede soslayarse el sólido baluarte negativo que representa el artículo 227 citado» [equivalente al vigente artículo 28.2 de la Ley 30/1992]. A nuestro juicio, no se trata de que ciertas razones de justicia material permitan soslayar dicho precepto, sino de que éstas pueden justificar en determinados supuestos una interpretación restrictiva del mismo, cuando éste «se exprese en términos excesivamente amplios,..., y sea necesario reducir el alcance de la letra del texto hasta que comprenda sólo aquellos supuestos a los que el fin de la ley se refiera»⁶¹. Resulta absurdo, contrario a la finalidad de la obligación de abstenerse —garantizar el acierto de la decisión administrativa—, interpretar literal y estrictamente las disposiciones que la regulan cuando ello dificulta irrazonablemente o imposibilita la toma de decisiones.

La STSJ de Extremadura de 31 de enero de 2000 (Ar. 73) apunta que, para eludir la imposibilidad de adoptar acuerdos en estos casos, cabe aplicar analógicamente lo dispuesto en el artículo 182 de la Ley Orgánica 5/1985, de Régimen Electoral general⁶². No obstante, antes de acudir a esta solución, con-

⁶⁰ Según el INE, dicho Municipio tenía 494 habitantes el 1-1-1998.

⁶¹ DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, reimpr., Civitas, Madrid, 1984, p. 474.

⁶² «En caso de fallecimiento, incapacidad o renuncia de un Concejal, el escaño se atribuirá al candidato o, en su caso, al suplente de la misma lista a quien corresponda, atendiendo a su orden de colocación.

viene apurar las posibilidades interpretativas que presentan aquellas disposiciones.

La jurisprudencia tiende a limitar el alcance de los motivos de abstención cuando la decisión adoptada es una norma. Al tener carácter general, es muy probable que la correspondiente disposición afecte personalmente a las propias autoridades que han participado en su elaboración, a sus parientes próximos o a otras personas allegadas. Si dichas autoridades estuviesen obligadas a abstenerse en estos casos, sería prácticamente imposible dictar tales normas. Al respecto, dice el Tribunal Supremo que

«la aprobación de unas normas urbanísticas como las impugnadas, afectan a todas las titularidades sobre inmuebles urbanos, en cuanto que todas ellas quedan sujetas a prescripciones, en consecuencia todos los titulares tienen interés respecto de dichas normas, ahora bien, el carácter generalizado de dicho interés, que en su persona o en la de los familiares afecta a la mayoría de los vecinos de una localidad, no puede considerarse motivo de abstención en los miembros de la Corporación Municipal, pues para que se produzca el supuesto contemplado en el artículo, ..., es necesario que concurra en el Alcalde o Concejal, un *interés directo* en su persona o en la de los familiares que se determinan, que lo sitúe en una *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»⁶³.

Ahora bien, hay que estar a las circunstancias concurrentes en cada caso. Algunas disposiciones reglamentarias tienen un elevado grado de detalle y concreción —v. gr., los planes urbanísticos⁶⁴—. No debe descartarse la posibilidad de que una persona esté obligada a abstenerse en el procedimiento de elabora-

En el caso de que, de acuerdo con el procedimiento anterior, no quedasen más posibles candidatos o suplentes a nombrar, los quórum de asistencia y votación previstos en la legislación vigente se entenderán automáticamente referidos al número de hecho de miembros de la Corporación subsistente.

Sólo en el caso de que tal número de hecho llegase a ser inferior a los dos tercios del número legal de miembros de la Corporación se constituirá una Comisión Gestora integrada por todos los miembros de la Corporación que continúen y las personas de adecuada idoneidad o arraigo que, teniendo en cuenta los resultados de la última elección municipal, designe la Diputación Provincial o, en su caso, el órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente, para completar el número legal de miembros de la Corporación».

⁶³ STS de 30-4-1984 (Ar. 4589). En sentido similar, *vid.* la STS de 8-3-1993 (Ar. 1927), relativa a un acuerdo sobre la retribución de los funcionarios de un Municipio, la de 22-12-1986 (Ar. 1553, repertorio de 1987), relativa a la segregación de cierto núcleo de población respecto de un determinado Municipio, y la de 24-6-1993 (Ar. 4433), relativa a la aprobación de unos presupuestos municipales.

⁶⁴ Sobre el carácter normativo de los mismos, *vid.*, por todos, TRAYTER JIMÉNEZ, *El control del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 39 y ss.

ción de una norma. Por ejemplo, la STS de 19 de octubre de 1993 (Ar. 7367) anuló la modificación de las normas subsidiarias de planeamiento previstas para una parte de cierto término municipal, debido a que en su elaboración habían participado el Alcalde y un concejal, únicos socios de una empresa interesada en el asunto. El Municipio demandado aducía, entre otros argumentos, que «una interpretación lata del mismo [del interés directo] haría inviable toda posibilidad de afrontar reformas urbanísticas, supuesta la existencia de propiedades de los Concejales en el término municipal, o de intereses propios o de familiares cercanos». Sin embargo, el Tribunal Supremo, tras recordar que lo decisivo es la «consideración de las circunstancias que el caso ofrece», estima que se daba causa de abstención, pues el territorio afectado por la modificación de las normas subsidiarias era muy concreto y reducido, de modo que «no estamos, pues, en presencia de esa difusión extraordinaria del interés».

Otro factor a tener en cuenta es la gravedad que para los derechos e intereses de los ciudadanos tiene la decisión que se prepara en el procedimiento administrativo. Cuanto mayor es la intensidad de la afectación o la importancia del derecho o interés afectado, tanto mayor es la necesidad de proteger al titular del mismo a través de las garantías que ofrece el procedimiento⁶⁵ y, por lo tanto, tanto más justificada estará una interpretación extensiva de los motivos de abstención. En este sentido, se aprecia que nuestros Tribunales reaccionan con especial rigor frente a la inobservancia de las reglas sobre la abstención en el procedimiento administrativo sancionador⁶⁶. La STSJ de Cataluña de 25 de mayo de 1998 (Ar. 2549) justifica esta jurisprudencia diciendo que el ejercicio de la potestad sancionadora, «al implicar consecuencias muy serias para el sancionado, debe respetar de forma rigurosa los principios materiales y formales» fijados en la Constitución y en las leyes.

También hay que ponderar el grado de discrecionalidad de que la Administración dispone para adoptar el correspondiente acto. Cuanto más difícil y compleja es la decisión de fondo, cuanto más amplio es el margen de discrecionalidad de la Administración para decidir, mayor importancia cobra

⁶⁵ HILL, *Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht*, Decker's, Heidelberg, 1986, pp. 199, 200 y 293 y ss.

⁶⁶ Es frecuente que los Tribunales consideren válido al acto dictado con infracción de estas reglas, lo que no suele suceder cuando se trata de una sanción. *Vid.*, al respecto, las SSTS de 26-9-1983 (Ar. 4651) y 30-12-1987 (Ar. 9626), la STSJ de la Comunidad Valenciana de 7-4-1995, la STSJ de Canarias de 25-5-1998 (Ar. 2549) y la STSJ de la Rioja de 8-4-1999 (Ar. 900).

el procedimiento y mayores han de ser las garantías procedimentales⁶⁷, entre ellas, la de la abstención. Al respecto, la STS de 5 de noviembre de 1986 (Ar. 7805) dice de los «Tribunales» encargados de calificar pruebas de acceso a la función pública, órganos administrativos que gozan de una cierta «discrecionalidad técnica» para ello, que «todo Tribunal debe estar adornado de unas garantías de objetividad e imparcialidad suficientes a fin de que no exista resquicio alguno sobre la corrección técnica de la resolución». La STSJ de Andalucía de 2 de octubre de 1998 (Ar. 5048) advierte que «no puede asentarse una resolución en la indeterminación conceptual de la discrecionalidad del Tribunal cuando se ensombrece la apariencia de pureza del procedimiento con esa actitud improcedente [falta de abstención de uno de sus miembros], que cuando menos siembra la duda sobre la libertad, rectitud e independencia con que debe producirse el sereno análisis de los méritos de los contendientes». La STSJ de Murcia de 12 de diciembre de 1996 (Ar. 2445) afirma «el especial rigor con que debe tratarse la imparcialidad de los miembros de una comisión de calificación, rigor propio de la importancia que se otorga a su dictamen, prácticamente irrefutable».

Se trata de un problema de legitimidad y justificación. Las decisiones de los poderes públicos deben estar suficientemente justificadas para obtener la aceptación de sus destinatarios y no caer en la arbitrariedad⁶⁸. El procedimiento contribuye decisivamente a legitimar tales decisiones⁶⁹. Por eso resulta razonable dar mayor relieve y alcance a la obligación de abstenerse cuando la correspondiente actuación administrativa está especialmente necesitada de justificación, por ejemplo, por tener carácter discrecional y/o afectar gravemente a los derechos e intereses de los ciudadanos.

3.4. Algunas concretas causas de abstención

3.4.1. Tener interés personal en el asunto

Constituye causa de abstención «tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél» así como «ser administrador de sociedad o entidad interesada» (art. 28.2.a de la Ley 30/1992).

⁶⁷ En este sentido, HILL, *ob. cit.* (n. 65), pp. 201 y ss.; HUFEN, *ob. cit.* (n. 13), marginales 11 y ss.; MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Beck, München, 1997, § 19, marginal 9.

⁶⁸ Según la STS de 17-4-1990 (Ar. 3644), la interdicción de la arbitrariedad supone «la necesidad por parte del poder público de justificar en cada momento su propia actuación».

⁶⁹ Vid. LUHMAN, *Legitimation durch Verfahren*, Luchterhand, Darmstadt, 1978, *in toto*.

Como dice GARBERÍ LLOBREGAT, el interés personal se presume existente por la ley en los casos en que el funcionario administra una entidad o sociedad interesada⁷⁰. La jurisprudencia ha declarado que también concurre esta causa cuando los funcionarios o autoridades de que se trate son accionistas únicos junto con sus esposas de sociedad interesada en el procedimiento⁷¹.

Para que se dé este motivo, no es necesario que el servidor público o la entidad o sociedad correspondiente tengan la condición de interesados en el procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 30/1992, sino que basta que sean titulares de derechos o intereses legítimos que puedan resultar perjudicados o beneficiados por la decisión adoptada⁷².

Por lo que hace a la condición personal del interés, el Tribunal Supremo entiende que éste ha de ser particular, individualizado. No se da esta circunstancia cuando existe una «difusión extraordinaria del interés», cuando la decisión administrativa —v. gr., una norma reglamentaria— afecta a la generalidad de los ciudadanos⁷³. Tampoco concurre esta causa de abstención en el caso de los llamados «intereses colectivos», cuando la resolución adoptada afecta indirectamente a los intereses de un colectivo en el cual se incluye al correspondiente servidor público⁷⁴. Ni tampoco cuando se trata de «asuntos públicos e institucionales en los que de alguna manera se ve afectada la esfera privada,..., como es el desarrollo de funciones públicas desarrolladas por un concejal»; así, por ejemplo, un concejal puede participar en la sesión en la que se resuelve sobre su dedicación exclusiva⁷⁵ o sobre su designación como tesorero⁷⁶.

⁷⁰ GARBERÍ LLOBREGAT, *ob. cit.* (n. 39), p. 257.

⁷¹ *Vid.* la STS de 19-10-1993 (Ar. 7367).

⁷² En el mismo sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.* (n. 11), p. 182. La STS de 28-6-1982 (Ar. 3581) define dicho interés como la «relación que une a la autoridad decisoria con el objeto del expediente, de forma que la primera pueda experimentar algún tipo de beneficio o perjuicio como consecuencia de la resolución del procedimiento».

⁷³ *Vid.* las SSTs de 30-4-1984 (Ar. 4589), 8-3-1993 (Ar. 1927), 22-12-1986 (Ar. 1553, repertorio de 1987) y 24-6-1993 (Ar. 4433), citadas *supra*, n. 63.

⁷⁴ La STS de 4-11-1997 (Ar. 8329) considera que no concurre un interés personal cuando el funcionario «autor de la observación desencadenante de la denegación de la licencia es Arquitecto Superior perteneciente a un Colegio Oficial con intereses contrapuestos a los del Colegio de Aparejadores»; el recurrente, que había proyectado la obra sujeta a licencia, era aparejador.

⁷⁵ STSJ de Extremadura de 12-5-1998 (Ar. 2203), que declara que la dedicación exclusiva «no es incompatible con la defensa de los intereses del Municipio»; la prohibición de abstención viene referida a «asuntos estrictamente privados, no a los públicos e institucionales en los que de alguna manera se ve afectada la esfera privada,..., como es el desarrollo de funciones públicas desarrolladas por un concejal por más que las mismas, en su más completa dimensión pública afecten a la vida diaria» de éste. En sentido parecido, VÁZQUEZ CARDEIRO,

3.4.2. Tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado

El empleo de la preposición «con» indica que la ley ha querido abarcar no sólo los supuestos en los que el servidor público litiga contra algún interesado, sino también los casos en los que ambos forman litisconsorcio. Cuando hay enfrentamiento, la ley presume la existencia de cierta hostilidad o enemistad entre los contendientes. Pero también la relación litisconsorcial justifica una sospecha de parcialidad⁷⁷. En cualquier caso, se requiere que ambos hayan sido partes en el mismo proceso. No concurre esta causa cuando el servidor público y el interesado han sido abogados contrarios en numerosos pleitos⁷⁸, o aquél defiende en un litigio a la parte contraria de éste⁷⁹.

Según GONZÁLEZ NAVARRO, la expresión «cuestión litigiosa» comprende tanto las cuestiones debatidas en un proceso como las que todavía no se han planteado procesalmente pero pueden desembocar en esta vía de solución⁸⁰. Atendida la razón de ser de esta causa de abstención, nos parece que deberían incluirse en la misma los supuestos en los que el servidor público y alguno de los interesados son contendientes en un procedimiento arbitral o administrativo. Lo decisivo no es el carácter —jurisdiccional, arbitral, administrativo— del órgano encargado de decidir la contienda, sino la existencia misma de ésta, que es lo que funda la sospecha de parcialidad. Entre todos estos supuestos existe una clara identidad de razón.

La Ley exige que el litigio se encuentre pendiente, esto es, que haya sido iniciado antes que el procedimiento administrativo⁸¹. De esta manera se pretende evitar que los interesados aparten fraudulentamente del procedimiento a un servidor público «incómodo» mediante la simple presentación de una

«La abstención en la Administración local», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 9, 1992, p. 1043. En contra, STSJ de Andalucía de 7-5-1999 (Ar. 4680).

⁷⁶ GARCÍA APARICIO, *ob. cit.* (n. 53), pp. 1780 y ss.

⁷⁷ En este sentido, en relación con la abstención de jueces y magistrados, *vid.* ARIAS DOMÍNGUEZ, *ob. cit.* (n. 43), pp. 136; PICÓ I JUNOY, *ob. cit.* (n. 25), pp. 69 y 70.

⁷⁸ STS de 4-10-1993 (Ar. 8620).

⁷⁹ STS de 23-2-1998 (Ar. 2364): no hay «cuestión litigiosa entre los profesionales que han asumido la representación y defensa de cada parte y la contraria,...., ya que es obvio que dichos profesionales, en cuanto tales, no actúan en el proceso ejercitando derechos o intereses propios».

⁸⁰ GONZÁLEZ NAVARRO, *ob. cit.* (n. 1), p. 838.

⁸¹ Así, la STC 22/1990, de 15 de febrero (FJ 4), dice que «tampoco el Rector venía obligado a abstenerse al resolver el expediente por tener pendiente un pleito civil con el expedientado, entre otras razones,...., porque ese pleito civil fue presentado con posterioridad a incoarse el expediente».

demanda contra él⁸². No obstante, esta cautela resulta insuficiente para evitar tales maniobras torticeras. En determinados supuestos, los interesados pueden prever quiénes intervendrán en un procedimiento administrativo—v. gr., en su resolución— que todavía no ha comenzado. Es el caso de los acuerdos adoptados por órganos colegiados de las Corporaciones Locales.

3.4.3. *Tener relación de parentesco con algún interesado*

Es motivo de abstención «tener 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» (art. 28.2.b de la Ley 30/1992).

Este motivo no ha planteado hasta ahora demasiados problemas debido a su carácter concreto y a la relativa facilidad con la que puede probarse su existencia. Cierto interés tiene la aclaración contenida en alguna Sentencia: entre concuñados no hay parentesco de afinidad, «ya que éste, como es sabido, existe entre cada cónyuge y los parientes [consanguíneos] del otro»⁸³.

Cabría preguntarse si los integrantes de las llamadas «parejas de hecho» pueden asimilarse a los cónyuges a los efectos de esta causa de abstención. A nuestro juicio, la respuesta es positiva, pues existe una clara identidad de razón entre ambos supuestos. Tan justificada es la sospecha de que, por ejemplo, un funcionario pueda favorecer a su cónyuge como la de que pueda hacer lo propio con la persona con la que mantiene una «relación de hecho» estable. Además, las normas han de interpretarse en relación con la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas (art. 3.1 del Código civil). En 1958, cuando se redactó el artículo 20.2.b) de la Ley de Procedimiento Administrativo, luego copiado por el artículo 28.2.b) de la Ley 30/1992, el fenómeno social de las parejas de hecho era prácticamente inexistente. Resulta lógico que el legislador no las tuviera en cuenta a la hora de establecer los motivos de abstención. En la actualidad, por el contrario, dicha forma de convivencia ha adquirido una relevancia indiscutible. Y numerosas leyes extienden a dichas parejas ciertas reglas aplicables a los matrimonios. Aquí debe subrayarse que el artícu-

⁸² En sentido similar, PICÓ I JUNOY, *ob. cit.* (n. 25), p. 257.

⁸³ STS de 20-12-1994 (Ar. 10705). *Vid.*, también, la STSJ de Galicia de 17-6-1999 (Ar. 2010).

lo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que regula las causas de abstención de jueces y magistrados, equipara «vínculo matrimonial» y «situación de hecho asimilable». En cualquier caso, aunque no se admita la tesis aquí defendida, es claro que la relación existente entre los convivientes de hecho encaja sin demasiadas dificultades dentro del concepto de amistad íntima.

3.4.4. *Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con algún interesado*

Es motivo de abstención «tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior», esto es, «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» (art. 28.2.c de la Ley 30/1992).

Como ha dicho el Tribunal Supremo, «si bien es cierto que la amistad íntima es de difícil probanza, ya que su prueba directa es prácticamente imposible, no lo es menos que pueda ser inducida indirectamente de las circunstancias que se dan entre dos personas»⁸⁴. Lo mismo cabe decir de la enemistad manifiesta.

La dependencia jerárquica o las relaciones laborales existentes entre el servidor público y un interesado no implican por sí solas amistad íntima⁸⁵.

3.4.5. *Tener relación de servicio con algún interesado*

Constituye motivo de abstención 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» (art. 28.2.e de la Ley 30/1992).

El principal problema práctico se plantea en relación con el vocal de los Jurados de Expropiación designado por la correspondiente Corporación Lo-

⁸⁴ STS de 5-11-1986 (Ar. 7805); el servidor público y uno de los interesados explotaban conjuntamente un consultorio médico; el TS entiende que además concurría la causa contemplada en el art. 20.2.e) de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 —hoy, art. 28.2.e) de la Ley 30/1992—. La STSJ de Asturias de 7-11-1997 (Ar. 2835) dice que la amistad ha de acreditarse «al menos, por medio de una prueba indiciaria».

⁸⁵ *Vid.*, respectivamente, las SSTSJ de Asturias de 24-3-1997 (Ar. 627) y 7-11-1997 (Ar. 2835).

cal⁸⁶. CALVO CHARRO considera que si el elegido está al servicio de la Corporación, como suele acontecer, concurre dicho motivo⁸⁷. No nos parece que ésta sea una interpretación acertada del precepto, pues la relación de servicio ha de tenerse con los interesados y la Administración expropiante no tiene la condición de interesada en el procedimiento expropiatorio. Esta interpretación conduciría a resultados totalmente absurdos, pues todas las autoridades y personas *al servicio* de la Administración estarían obligadas a abstenerse.

3.4.6. Haber intervenido en el procedimiento como testigo o perito

El artículo 219.5^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial contempla como causa de abstención de jueces y magistrados el haber «emitido dictamen sobre el pleito o causa como Letrado, o intervenido en él como Fiscal, perito o testigo». En el caso de la emisión de dictamen, «se pretende evitar el peligro de que el juez no sepa prescindir de su *amor propio* y en consecuencia mantenga a ultranza la posición adoptada con anterioridad». En el caso de haber prestado testimonio o actuado como perito, se trata de impedir que la objetividad en la valoración de los hechos se vea comprometida por el contacto directo con los mismos⁸⁸. En ambos supuestos, se intenta que el juez no prejuzgue la cuestión litigiosa.

El artículo 28.1.g) de la Ley 30/1992 únicamente se refiere a haber «actuado en el procedimiento como testigo o perito». El tenor literal de este precepto da a entender que la persona que ha dictaminado en un concreto procedimiento administrativo puede intervenir en trámites posteriores, ya que, en sentido estricto, un dictamen de un órgano consultivo no es lo mismo que un testimonio o una pericia⁸⁹. Sin embargo, a nosotros nos parece que la *ratio* del artículo 28.1.g) citado impone extender su alcance a la emisión de dictámenes o informes⁹⁰. El hecho de evacuar un informe supone un prejuicio del asunto debatido equiparable o incluso mayor al que representa la actuación como perito o testigo.

La jurisprudencia relativa a este motivo de abstención no es muy abundante. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de octubre de 1995 (Ar. 846) consideró que no concurría esta causa por el hecho de que el instructor de un

⁸⁶ Vid. *supra*, II.3.A).

⁸⁷ CALVO CHARRO, *ob. cit.* (n. 38), pp. 352 y ss.

⁸⁸ PICÓ I JUNOY, *ob. cit.* (n. 25), pp. 63 y ss.

⁸⁹ Vid. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español*, EUNSA, Pamplona, 1997, t. III, p. 771.

procedimiento sancionador hubiese actuado anteriormente como inspector en la auditoría donde se detectaron las irregularidades que ocasionaron la iniciación del procedimiento. En otra sede ya se expuso la problemática suscitada en relación con los vocales de los Jurados de Expropiación⁹¹.

3.4.7. *Haber instruido el procedimiento sancionador*

El artículo 134.2 de la Ley 30/1992 establece que «los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a órganos distintos».

Interpretado literalmente, este precepto establece que la persona que instruye el procedimiento y la que lo resuelve deben estar integradas en órganos administrativos distintos. Algunos autores consideran, incluso, que no debería existir dependencia jerárquica del órgano instructor respecto del decisor⁹², solución tal vez defendible de *lege ferenda*, pero actualmente inexistente de *lege data*. Recordemos que según el Tribunal Constitucional, «la mera condición de funcionario inserto en el esquema necesariamente jerárquico no puede ser por sí misma [causa de abstención], pues la Administración actúa, según dice la propia Constitución, de acuerdo con el principio de jerarquía»⁹³.

GARBERÍ LLOBREGAT ha criticado la interpretación literal de este artículo 134.2 por «ilógica, irrazonable e impracticable». Carece de sentido exigir que la instrucción y la resolución sean realizadas por órganos distintos cuando todos pertenecen a la misma organización administrativa y están sometidos a relaciones de jerarquía⁹⁴. Por ello, el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora matiza la exigencia legal y afirma que por «órganos» hay que entender «unidades administrativas»⁹⁵.

⁹⁰ En este sentido, implícitamente, GARBERÍ LLOBREGAT, *ob. cit.* (n. 39), p. 261, pues los testimonios y dictámenes «difícilmente son de índole neutral».

⁹¹ *Vid. supra*, II.3.A).

⁹² GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1999, t. II, pp. 185 y 186; SUAY RINCÓN, «La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y de contradicción en el procedimiento administrativo sancionador», *RAP*, 123, 1990, pp. 168 y ss.

⁹³ ATC 249/1992, de 15 de agosto (FJ 1), y STC 14/1999, de 22 de febrero (FJ 4).

⁹⁴ GARBERÍ LLOBREGAT, *ob. cit.* (n. 39), pp. 228 y 562.

⁹⁵ *Vid.* el art. 10 y el Preámbulo de este Reglamento (RD 1398/1993, de 4 de agosto). En el mismo sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, *ob. cit.* (n. 39), pp. 228 y 562.

A nuestro juicio, lo que el artículo 134.2 de la Ley 30/1992 quiere es encomendar a *personas físicas* distintas las actividades de instrucción y resolución⁹⁶. Lo que pretende, según dice el Tribunal Constitucional, es garantizar la «imparcialidad objetiva» del sujeto sancionador, esto es, «la ausencia de toda idea preconcebida»⁹⁷. Y la imparcialidad o parcialidad no se predica de un órgano o unidad administrativa o, lo que es lo mismo, de un conjunto de «puestos de trabajo o dotaciones de plantilla»⁹⁸, sino de los titulares de esos órganos o unidades⁹⁹, de las personas físicas que ocupan esos puestos de trabajo. Las unidades y órganos administrativos no pueden tener ideas preconcebidas. La separación entre las actividades de instrucción y resolución se debe a que ambas exigen *actitudes mentales* distintas y son incompatibles entre sí, pues el haber realizado la primera impide que la segunda se realice del modo querido por la ley¹⁰⁰. «La investigación directa de los hechos, con una función inquisitiva dirigida frente a determinada persona, puede provocar en el *ánimo del instructor prejuicios e impresiones* respecto del acusado que influyan a la hora de sentenciar»¹⁰¹. La garantía establecida en dicho artículo 134.2 quedaría desdibujada si el término órganos empleado en este precepto se interpretase literalmente o como unidad administrativa. Esta interpretación supondría que una misma persona física podría instruir y resolver un mismo procedimiento sancionador si al realizar cada una de estas dos actividades ocupara unidades u órganos administrativos distintos. Imaginemos que, terminada la instrucción, el instructor suple al titular del órgano decisor por vacante, ausencia o enfermedad¹⁰², o pasa a ser titular de ese órgano.

En fin, aquella separación se traduce en la obligación del instructor de abstenerse de intervenir en la resolución del procedimiento. Lo mismo sucede en el proceso penal, sólo que las Leyes de Enjuiciamiento Criminal y Orgánica del Poder Judicial, con una técnica mucho más perfecta que la Ley 30/1992, incluyen expresamente entre las causas de recusación de Jueces y Magistrados el «haber actuado como instructor de la causa penal»¹⁰³. En consecuencia, hay

⁹⁶ En el mismo sentido, GONZÁLEZ NAVARRO, *ob. cit.* (n. 1), t. II, p. 2765.

⁹⁷ *Vid.* las SSTC 231/1998, de 1 de diciembre (FJ 5), y 142/1997, de 15 de septiembre (FJ 2).

⁹⁸ En esto consiste una «unidad administrativa», según el art. 7.1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. El art. 5.1 de esta Ley dice que los órganos administrativos son un tipo de esas unidades.

⁹⁹ Así lo afirma expresamente el ATC 249/1992, de 25 de agosto (FJ 1).

¹⁰⁰ MONTERO AROCA, *ob. cit.* (n. 26), pp. 283 y ss., especialmente p. 296.

¹⁰¹ SSTC 136/1992, de 13 de octubre (FJ 2), y 142/1997, de 15 de septiembre (FJ 3).

¹⁰² *Vid.* el art. 17 de la Ley 30/1992.

¹⁰³ *Vid.* los arts. 54.12º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 219.10º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

que aplicar a estos supuestos el régimen jurídico de la abstención y recusación. Así, por ejemplo, la STS de 30 de diciembre de 1987 (Ar. 9626) anuló una sanción debido a que el correspondiente procedimiento había sido instruido y resuelto por una misma persona, que había desempeñado sucesivamente dos puestos —Inspector de Trabajo y Director General de Relaciones Laborales—, lo que suponía una infracción del deber de abstención contemplado en el a la sazón vigente artículo 20 de la Ley de Procedimiento Administrativo¹⁰⁴.

No toda intervención en la fase instructora determina la obligación de abstenerse de participar en la resolución del procedimiento administrativo sancionador. Aquí es trasladable la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional producida en el ámbito procesal penal:

«No todo acto de instrucción la compromete [la imparcialidad del juzgador], sino tan sólo aquellos que, por provocar una convicción anticipada sobre la participación del imputado en el hecho punible, puedan crear en su ánimo determinados prejuicios sobre la culpabilidad, inhabilitándole así para conocer del juicio oral,...., es la *investigación directa de los hechos, con una función inquisitiva dirigida frente a determinada persona*, la que puede provocar en el ánimo del instructor prejuicios e impresiones respecto del acusado que influyan a la hora de sentenciar»¹⁰⁵.

La STSJ de Madrid de 14 de mayo de 1998 (Ar. 928) recoge implícitamente esta doctrina jurisprudencial. En el caso enjuiciado, un mismo órgano [sic] había instruido y resuelto un procedimiento sancionador tributario. Sin embargo, se declara la validez de la sanción porque «no han existido, fuera del plano formal, actividades de instrucción entendidas éstas como averiguación de hechos o prácticas de pruebas. Los hechos acreditados fueron una liquidación previa donde se deja constancia del hecho infractor... El otro hecho instructor fue la audiencia del interesado que, como tal, difícilmente puede comprometer derecho constitucional alguno ya que se trata de una garantía. Pues bien, en dicha audiencia la parte afectada se limitó a exponer objeciones formales sobre la competencia del ente sancionador. Por ello reiteramos que la Sala no aprecia la existencia de actuaciones que pudieran infringir derecho constitucional alguno en virtud de la condición subjetiva de su autor».

Esta Sentencia tiene otro punto de interés: el de la aplicabilidad del artículo 134.2 de la Ley 30/1992 al procedimiento sancionador en el ámbito tributario. La disposición adicional 5ª de esta Ley establece que los procedimientos tribu-

¹⁰⁴ Vid., también, la STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª) de 7-4-1995

¹⁰⁵ SSTC 136/1992, de 13 de octubre (FJ 2), y 142/1997, de 15 de septiembre (FJ 3). La cursiva es nuestra.

tarios se regirán por su normativa específica, si bien «en defecto de norma tributaria aplicable, regirán supletoriamente las disposiciones de la presente Ley»¹⁰⁶. A nuestro juicio, y dado que la normativa tributaria guarda silencio al respecto, resulta aplicable la garantía prevista en aquél precepto¹⁰⁷. En este sentido se pronuncia implícitamente la Sentencia comentada al decir que la acumulación en un mismo *órgano* de atribuciones liquidadoras y sancionadoras prevista por el artículo 81 de la Ley General Tributaria constituye una especialidad de los procedimientos tributarios conforme con la Constitución, «al menos mientras no comporte su empleo en el seno de unas actuaciones concretas que, por su específica índole y no simplemente de un planteamiento formal, pudiera implicar una vulneración de la garantía procedimental en que se basa el repetido artículo 134.2».

Similar problema se plantea en el ámbito disciplinario. El artículo 127.3 de la Ley 30/1992 establece que las disposiciones del Título IX de este texto legal relativas a la potestad sancionadora «no son de aplicación al ejercicio por las Administraciones públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes están vinculados a ellas por una relación contractual». Sin embargo, la mayoría de las reglas y principios contenidas en aquel Título, como la propia Exposición de Motivos de la Ley reconoce, han sido «extraídos del texto constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia». De hecho, el Tribunal Constitucional ha dejado muy claro que también en el ámbito disciplinario rigen la reserva de ley¹⁰⁸, el mandato de predeterminación normativa con suficiente grado de certeza de infracciones y sanciones¹⁰⁹, la prohibición del *bis in idem*¹¹⁰ y las reglas de procedimiento fijadas en el artículo 24.2 de la Constitución¹¹¹. Así lo impone la Constitución. Es más, numerosas Sentencias han declarado respecto de las garantías contempladas en este artículo 24.2 que, «tratándose de sanciones disciplinarias impuestas a internos penitenciarios, este conjunto de garantías se aplica con especial rigor, al considerar que la sanción supone una grave restricción a la ya restringida libertad

¹⁰⁶ Vid. al respecto CASANA MERINO, «La nueva redacción de la Ley 30/1992 y sus efectos en el ámbito tributario», *Revista Española de Derecho Financiero*, 103, 1999, pp. 413-442.

¹⁰⁷ En contra, SESMA SÁNCHEZ, «Sanciones: procedimiento», en *Derechos y Garantías del Contribuyente*, (coords. Calvo Ortega y Checa González), Valladolid, Lex Nova, 1998, p. 520.

¹⁰⁸ Vid. las SSTC 2/1987, de 21 de enero (FJ 2), y 61/1990, de 29 de marzo (FFJJ 7 y 8).

¹⁰⁹ Vid. la STC 61/1990, de 29 de marzo (FFJJ 8 y 9).

¹¹⁰ Vid. las SSTC 234/1991, de 12 de diciembre (FJ 2), y 270/1994, de 17 de octubre (FFJJ 7 y 8), que corrigen en este punto las afirmaciones realizadas en los *obiter dicta* de la STC 2/1981, de 30 de enero.

¹¹¹ Vid., entre otras, las SSTC 2/1987, de 21 de enero (FJ 6), y 138/1990, de 17 de septiembre (FJ 2).

inherente al cumplimiento de la pena». En fin, el citado artículo 127.3 no puede impedir la aplicación a los procedimientos disciplinarios de las reglas y principios de rango constitucional recogidos en el Título IX de la Ley 30/1992.

Si se admite, con algunas Sentencias del Tribunal Constitucional¹¹², que la incompatibilidad entre instruir y resolver un procedimiento administrativo sancionador viene exigida por el artículo 24.2 de la Constitución, habrá que concluir que dicha regla rige también en el ámbito disciplinario.

A parecida conclusión llega la STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de abril de 1995, que anuló una sanción disciplinaria debido a que el concejal que había instruido el procedimiento intervino activamente en la deliberación del Pleno, haciendo uso de la palabra en varias ocasiones para defender sus tesis, y en la votación —su voto era uno de los once favorables a la sanción, frente a nueve en contra—. Esta Sentencia dice, en primer lugar, que se han vulnerado «derechos fundamentales» al faltar la imparcialidad exigible del órgano decisor, garantía establecida en el artículo 6.1 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (equivalente al artículo 24.2 de la Constitución española) que resulta aplicable en el ámbito disciplinario. En segundo lugar, afirma que el reglamento regulador del correspondiente procedimiento prevé implícitamente la incompatibilidad entre funciones instructoras y decisorias al disponer que formulada la propuesta de resolución por el instructor, se elevará al órgano competente para su resolución¹¹³.

3.4.8. *Haber realizado actividades inspectoras en un procedimiento tributario*

La acumulación de facultades instructoras y decisorias en la Inspección de los Tributos ha merecido la atención de una abundante doctrina¹¹⁴. El Real Decreto 412/1982, de 12 de febrero, estableció la posibilidad de que la Inspección practicara liquidaciones tributarias resultantes de las actuaciones de comprobación e investigación, acabando así con la tradicional regla de limitar las

¹¹² SSTC 142/1997, de 15 de septiembre (FJ 3), 231/1998, de 1 de diciembre (FJ 5), y 14/1999, de 22 de febrero (FJ 4), arriba citadas.

¹¹³ Vid. el art. 44 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (RD 33/1986, de 10 de enero).

¹¹⁴ Vid. la bibliografía citada por LÓPEZ MARTÍNEZ, «Inspección. Competencias», *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Homenaje a Fernando Sainz Bujanda*, IEF, Madrid, 1991, p. 1658, n. 26.

tareas de los inspectores a la «actuación pura y simplemente investigadora»¹¹⁵. Este reglamento fue anulado por contradecir el artículo 140 de la Ley General Tributaria¹¹⁶, pero la Ley 10/1985, de 26 de abril, modificó posteriormente dicho precepto legal para contemplar tal posibilidad. La STC 76/1990 hubo de pronunciarse al respecto. Los recurrentes consideraban que la nueva regulación «comprometía la neutralidad o imparcialidad del órgano liquidador», pero el Tribunal Constitucional desestimó tal alegación, pues

«tanto si se separan las funciones inspectoras de las liquidadoras como si se atribuyen ambas a un mismo órgano, el contribuyente estará siempre ante una misma organización administrativa estructurada conforme a un principio de jerarquía, y esta circunstancia, a diferencia de lo que ocurre en los procedimientos judiciales, impide una absoluta independencia *ad extra* de los órganos administrativos tributarios, cualquiera que sea el criterio de distribución de funciones entre los mismos,..., la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial de es, por esencia, predicable con igual significado y en la misma medida de los órganos administrativos»¹¹⁷.

El Reglamento General de Inspección de Tributos, aprobado por el RD 939/1986, de 25 de abril, consagra la acumulación de las funciones inspectoras y liquidatorias en un mismo *órgano* o unidad administrativa, pero, en cambio, establece que cada una de ellas deben ser realizadas por *personas físicas* distintas. Dicho en palabras del Tribunal Supremo: «La separación de personas sustituye a la separación de órganos»¹¹⁸. La instrucción la realiza el Inspector actuario y la liquidación, el Inspector-jefe¹¹⁹. Excepcionalmente, el artículo 60.1 de este Reglamento permite que en ciertos supuestos los Inspectores-Jefes lleven a cabo «directamente actuaciones inspectoras, en particular de comprobación e investigación, no pudiendo en tales casos dictar asimismo las liquidaciones tributarias y los demás actos administrativos que procedan. Tales actos administrativos se dictarán, en los términos establecidos en este Reglamento, por otro Inspector-Jefe, que se determine al efecto».

¹¹⁵ Vid. el RD de 30 de marzo de 1926, que aprobaba las bases por las que había de regirse la Inspección de los Tributos.

¹¹⁶ STS de 24-4-1984 (Ar. 2711).

¹¹⁷ STC 76/1990, de 26 de abril (FJ 8). Recordemos que el ATC 249/1992, de 15 de agosto (FJ 1), y la STC 14/1999, de 22 de febrero (FJ 4), declaran que «la mera condición de funcionario inserto en el esquema necesariamente jerárquico no puede ser por sí misma [causa de abstención]», pues, según dice el art. 103.1 de la Constitución, la Administración actúa de acuerdo con el principio de jerarquía.

¹¹⁸ STS de 24-4-1984 (Ar. 2711).

¹¹⁹ LÓPEZ MARTÍNEZ, *ob. cit.* (n. 114), p. 1659; Ello se deduce implícitamente de una interpretación sistemática de varios arts. de este Reglamento. Vid., al respecto, GÓMEZ CABRERA, *La discrecionalidad de la Administración Tributaria*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 331 y ss.

A nuestro juicio, dicho Reglamento consagra aquí una causa de abstención. La persona que ha realizado funciones inspectoras en un concreto procedimiento tributario debe abstenerse de resolverlo. Como muy bien señala la Resolución del TEAC de 3 de febrero de 1993 (Ar. 430), la finalidad de aquel precepto es «evitar que sea el *mismo funcionario* quien realice la actividad de comprobación y resolución, siguiendo en esto la línea que ha sido tradicional en la Hacienda Pública de no coincidir en la *misma persona* las funciones de inspección y liquidación»; «la no acumulación de funciones de investigación y liquidación debe predicarse de un mismo *funcionario* y no de un mismo *órgano*» [la cursiva es nuestra].

Así, la Resolución del TEAC de 12 de enero de 1995 (Ar. 232) anuló el acto impugnado porque «el funcionario que incoó el acta [de inspección] y el que adoptó la resolución-liquidación,..., es el mismo y en el ejercicio del mismo cargo,... Esta identidad personal infringe el artículo 60» citado.

Sin embargo, la Resolución del TEAC de 18 de noviembre de 1998 (Ar. 8/1999), adoptada en un caso en el que el Inspector actuario que había instruido el procedimiento accedió luego al puesto de Inspector-Jefe y practicó la correspondiente liquidación, consideró que el mentado artículo 60.1 no comprendía los supuestos en los que «la identidad personal obedece a la sucesión de puestos administrativos desempeñados por una misma persona, que de inspector actuario pasó a ser Jefe de la Oficina Nacional de Inspección», pero no argumenta esta afirmación. Una interpretación teleológica y sistemática del Reglamento obliga a entender que dicho Inspector no podía liquidar. Lo que el artículo 60.1 quiere es que el procedimiento no sea instruido y resuelto por la misma *persona* física, cualquiera que sea el puesto de trabajo que ocupe o el órgano administrativo en que se integre¹²⁰.

Por esa misma razón, la persona que realizó las tareas inspectoras en el procedimiento debería abstenerse de formar parte del Tribunal Económico-Administrativo encargado de juzgar la legalidad de la liquidación que puso fin al mismo. En contra se pronuncian la STSJ de Baleares de 11 de septiembre de 1995 (Ar. 1062) y la Resolución del TEAC de 4 de diciembre de 1998 (Ar. 98/1999), porque —dicen— «los casos de recusación no son otros que los previstos en el artículo 30.2 del RD 1999/1981»¹²¹. Este argumento no es atendible, como ya quedó razonado anteriormente.

¹²⁰ El equipo de redacción de la revista *Jurisprudencia Tributaria*, 1999, t. I, pp. 1042-1043, critica esta Resolución por vaciar de sentido la separación consagrada en el Reglamento citado.

¹²¹ Precepto equivalente al art. 28.2 del vigente Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-administrativas.

4. Contenido

La de abstenerse es una obligación de no hacer, una prohibición. Según el tenor literal del artículo 28.1 de la Ley 30/1992, lo que se prohíbe es «intervenir en el procedimiento». En cambio, el artículo 76 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, veda a los miembros de la Corporaciones Locales incurso en causas de abstención «participar en la deliberación, votación, decisión y ejecución de todo asunto»¹²². Obsérvese que el alcance del primer precepto citado es más amplio que el del segundo. A nuestro juicio, aquél debe interpretarse restrictivamente y éste extensivamente a fin de acomodar ambos a la finalidad por ellos perseguida.

El servidor público incurso en causa de abstención no tiene absolutamente vedada toda intervención en el procedimiento administrativo. Así, por ejemplo, si es interesado en el mismo, puede efectuar alegaciones, proponer pruebas, tiene derecho a ser oído, etc.; en suma, puede actuar en el procedimiento defendiendo sus intereses particulares. Lo que se le prohíbe es participar en él desempeñando las funciones propias del puesto de trabajo que ocupa en el seno de la organización administrativa, funciones que deben ser realizadas siempre con el fin de satisfacer el interés general. Algo parecido sucede cuando la abstención obedece a una «incompatibilidad de funciones». Al instructor de un procedimiento sancionador no se le prohíbe cualquier intervención ulterior en el mismo, sino únicamente que lo resuelva. Así, la STS de 8 de octubre de 1999 (Ar. 7943) considera ajustado a Derecho que el instructor emita un informe en la tramitación del recurso de alzada interpuesto contra una sanción.

En cualquier caso, la intervención en el procedimiento debe reunir, además, otra característica para estar prohibida: la aptitud para influir en el contenido de la decisión que finalmente se adopte. Está justificado prohibir una actuación en la medida en la que ésta *pueda* determinar de alguna manera el sentido de la voluntad administrativa¹²³.

Así, hay que entender prohibida no sólo la que podríamos llamar intervención inmediata, sino también la mediata. Por ejemplo, el funcionario obligado a abstenerse no puede dirigir mediante órdenes jerárquicas la instrucción del procedimiento que llevan a cabo sus subordinados. Por la misma razón, en el

¹²² Precepto reproducido en el art. 21 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales (RD 2568/1986, de 28 de noviembre).

¹²³ Cuando «de alguna manera su intervención [la del servidor público], por inane que pueda parecer, pueda trascender a la decisión» (GONZÁLEZ NAVARRO, *ob. cit.* (n. 1), t. I, p. 835:).

ámbito local, quedan prohibidas las intervenciones que, a pesar de no consistir en «deliberación, votación, decisión y ejecución», puedan influir en la decisión de que se trate. Por ejemplo, un concejal debe abstenerse de instruir un procedimiento sancionador cuando está manifiestamente enemistado con el interesado.

En cambio, y como ha declarado el Tribunal Supremo, no constituye ilegalidad alguna el hecho de que una persona presuntamente incurso en causa de abstención se limite a practicar una notificación¹²⁴. Por la misma razón, la obligación impuesta por el artículo 96 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales a los miembros de éstas incursos en causa de abstención de abandonar el Salón mientras se discuta y vote el asunto carece de justificación y vulnera el principio de proporcionalidad¹²⁵. Este principio exige, entre otras cosas, que toda medida restrictiva de derechos sea apta para conseguir una determinada finalidad pública¹²⁶. En este caso, dicha medida resulta inútil e intrascendente para lograr el fin perseguido: asegurar la objetividad y el máximo acierto de los acuerdos de la Corporación. No vemos de qué manera puede influir en estos acuerdos la simple presencia del correspondiente concejal o diputado entre el público asistente a la sesión del Pleno.

III. LA POTESTAD DE RESOLVER SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA ABSTENCIÓN

1. *Fundamento*

La obligación de abstenerse nace *ope legis*, desde el mismo momento en que la persona de que se trate se halle incurso en cualquier motivo de abstención. No obstante, el Derecho español dispone que otra persona distinta de aquélla ha de resolver acerca de la existencia o inexistencia de esa obligación. La decisión adoptada al respecto se impone al servidor público y a los interesados en el procedimiento. Así se desprende del artículo 28 de la Ley 30/1992, que dispone:

¹²⁴ STS de 10-10-1997 (Ar. 7642).

¹²⁵ Así lo afirma la STS de 24-6-1993 (Ar. 4433).

¹²⁶ *Vid.*, por ejemplo, las SSTC 175/1997, de 27 de octubre (FJ 4), y 37/1998 de 17 de febrero (FJ 8):

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

4. Los órganos superiores podrán ordenar a las personas en quienes se dé alguna de las circunstancias señaladas que se abstengan de toda intervención en el expediente».

Al menos dos razones aconsejan que la decisión sobre la abstención de un servidor público sea adoptada por otro distinto. La primera es que, de no ser así, «el cumplimiento de los deberes inherentes al cargo podrían verse afectados»¹²⁷; hay que evitar que la abstención se convierta en un cauce para eludir tales deberes. En segundo lugar, cabe razonablemente esperar que la persona sospechosa de no actuar imparcial y objetivamente en un procedimiento tampoco actuará de esa manera cuando decida si se aparta o no del mismo.

2. Procedimiento de ejercicio de la potestad

2.1. Sujetos

Del artículo 28.4 de la Ley 30/1992 se desprende que cualquiera de los superiores jerárquicos de un servidor público puede ordenarle a éste que se abstenga de intervenir en un procedimiento. Y de los arts. 28.1 y 29.3 de ese mismo texto legal se deduce que, si el incidente de abstención se ha iniciado mediante recusación o por la persona sospechosa de parcialidad, corresponde resolver al inmediato superior de ésta.

No obstante, y si tenemos en cuenta que la Ley 30/1992 tiene carácter básico, hay que estar a la normativa específica eventualmente establecida para cada caso. De hecho, la regulación establecida en esta Ley es de imposible aplicación en los supuestos en los que la persona presuntamente incurso en causa de abstención carece de superior jerárquico, lo que es frecuente cuando de integrantes de órganos colegiados se trata. Aquí caben, básicamente, dos soluciones. La primera es que decida el Presidente del colegio, salvo que la abstención se refiera a éste, en cuyo caso corresponde tomar la decisión al órgano colegiado¹²⁸. La segunda consiste en que el órgano colegiado resuelva

¹²⁷ GONZÁLEZ NAVARRO, *ob. cit.* (n. 1), t. I, p. 839. Dice GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1991, p. 133, que «los órganos superiores deben controlar que la abstención no resulte un simple medio de ahorrarse trabajo».

¹²⁸ *Vid.* el art. 183.2 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales y el art. 28.11 del Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-administrativas.

sobre la abstención de cualquiera de sus miembros¹²⁹. Esta solución es menos ágil que la anterior, pero garantiza mejor el derecho a desempeñar el cargo de la persona eventualmente obligada a no intervenir en el procedimiento.

Se suscita la cuestión de si los interesados en el procedimiento principal tienen también esa condición en el incidental y, por lo tanto, deben ser oídos en éste. Aquí deben aplicarse las reglas generales contenidas en el artículo 31 de la Ley 30/1992. Para ello, hay que precisar si esas personas tienen algún interés legítimo o derecho subjetivo que pueda verse afectado por la decisión que se adopte en el incidente. Pues bien, a nuestro juicio, aquéllas sólo son titulares de un interés legítimo en el asunto. La abstención del servidor público no perjudica sus derechos, pues en el procedimiento administrativo, a diferencia de lo que ocurre en el proceso, no existe un derecho al «funcionario predeterminado por la ley»¹³⁰; y la decisión por la cual se considera la abstención improcedente tampoco les perjudica, pues dicha decisión no excluye la posibilidad de una posterior recusación. Sólo el servidor público sospechoso de parcialidad tiene derechos y obligaciones directamente afectados por la resolución del incidente. Sólo él ha de ser oído necesariamente en el mismo. Por lo tanto, y en virtud de lo dispuesto en el citado artículo 31, aquellas personas sólo serán interesadas en el procedimiento incidental cuando lo promuevan mediante recusación o se personen en él en tanto no haya concluido¹³¹.

2.2. Iniciación, instrucción, resolución

El procedimiento incidental que ahora estudiamos puede comenzar de oficio —por iniciativa del sospechoso de parcialidad o de sus superiores jerárquicos— o a solicitud de persona interesada. El acto en virtud del cual un interesado pide a la Administración que uno de sus servidores se aparte del procedimiento se llama recusación. Ésta ha de plantearse «por escrito en el que se expresará la causa o causas en que se funda» (art. 29.2 de la Ley 30/1992).

¹²⁹ Vid., por ejemplo, el art. 27.c) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (redactado de acuerdo con la Ley 52/1999, de 28 de diciembre), respecto del Tribunal de Defensa de la Competencia, y el art. 33.2 del Reglamento de Expropiación Forzosa (D. de 26 de abril de 1957), respecto de los Jurados Provinciales de Expropiación.

¹³⁰ ATC 170/1987, de 11 de febrero (FJ 1).

¹³¹ En el procedimiento establecido para «excusar» a jueces y magistrados de intervenir en un proceso, en principio no intervienen quienes son partes en el mismo. Por contra, éstos deben ser oídos en el incidente de recusación. Vid. PICÓ I JUNOY, *ob. cit.* (n. 25), pp. 123 y ss.

La recusación de jueces y magistrados debe proponerse «tan luego como se tenga conocimiento de la causa en que se funde...»¹³² y siempre dentro de un determinado plazo, rebasado el cual precluye el derecho a recusar¹³³, pues — se dice— en este caso «se entenderá que ha existido una aceptación tácita de la imparcialidad del juez»¹³⁴. Esta preclusión tiene por finalidad impedir que se efectúen «recusaciones dilatorias *de última hora* por aquella parte que no tiene perspectivas favorables»¹³⁵, evitar «el fraude procesal de aquella parte que espera a obtener una resolución desfavorable para poner de manifiesto la existencia de una causa recusatoria»¹³⁶. De otra parte, la misma no produce indefensión, pues «para que ésta exista es imprescindible la ausencia de pasividad, impericia o negligencia en la actuación procesal de parte»¹³⁷.

Sin embargo, el artículo 29.1 de la Ley 30/1992 establece que «podrá promoverse la recusación por los interesados en cualquier momento de la tramitación del procedimiento», lo cual ha sido censurado por algún autor¹³⁸. Según lo vemos nosotros, esta regla debe ser matizada en virtud del principio de la buena fe, que impone rechazar como improcedentes «las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley»¹³⁹.

Se suscita, así mismo, la duda de si la persona que no formuló recusación puede impugnar luego el acto dictado aduciendo para ello la falta de abstención¹⁴⁰. Sobre este punto, la jurisprudencia se ha pronunciado contradictoriamente.

Hay alguna STS que, *a mayor abundamiento*, sostiene que tal posibilidad no está sujeta a plazo preclusivo: no es necesario que «el sancionado hubiera

¹³² Art. 223.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

¹³³ *Vid.* los arts. 107 de la Ley 1/200, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y 56 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹³⁴ PICÓ I JUNOY, *ob. cit.* (n. 25), p. 140.

¹³⁵ ARIAS DOMÍNGUEZ, *ob. cit.* (n. 43), pp. 303 y 304.

¹³⁶ PICÓ I JUNOY, *ob. cit.* (n. 25), p. 141.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 141, que cita abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional en este sentido.

¹³⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, *ob. cit.* (n. 39), p. 263. Por su parte, GÓMEZ OTERO, *ob. cit.* (n. 42), p. 251, y GONZÁLEZ NAVARRO, *ob. cit.* (n. 1), t. I, p. 845, denuncian que la Ley 30/1992 no prevé ningún remedio contra el uso de la recusación con fines dilatorios.

¹³⁹ Esta manifestación del principio de la buena fe que recoge el art. 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial vale también para el procedimiento administrativo. Al respecto, *vid.* GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1999, *in toto*.

¹⁴⁰ A favor de esta posibilidad, GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.* (n. 11), p. 186.

promovido la recusación del Director General antes de que fuera resuelto el expediente definitivamente en vía administrativa, puesto que *sobre no constar que el sancionado conociera la identidad de quien había de resolverlo*, siempre es obligación de la autoridad o funcionarios en quien concurra alguna de las circunstancias establecidas,..., de abstenerse de intervenir en el procedimiento»¹⁴¹.

En cambio, la mayoría de la jurisprudencia afirma la preclusión¹⁴²:

La STS de 24 de febrero de 1984 (Ar. 1114) dice que no procede anular cierto acto por incumplimiento de la obligación de abstenerse, ya que «la recurrente no hizo uso oportunamente del mecanismo de la recusación autorizado por el artículo 21 de la propia Ley, pues, en efecto, no aparece de las actuaciones, que la misma, habiendo conocido la integración en la Comisión de las personas, para ella con tacha de parcialidad, la formalizara según previene el mismo precepto legal en algún momento anterior a la resolución del concurso».

La STS de 2 de julio de 1993 (Ar. 5615) señala que la recusación no se produjo «dentro del expediente, sino una vez resuelto el concurso, cuando el 21.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo permite que la recusación se pueda proponer en cualquier momento de la tramitación del expediente, por tanto no después, y como el procedimiento termina con la celebración del concurso y con la resolución de la designación del que ha obtenido la plaza, esgrimida la recusación con posterioridad es claro que la misma es extemporánea».

Y la STS de 1 de abril de 1996 (Ar. 2932) afirma que las causas de abstención «han de ser alegadas durante la tramitación del procedimiento en que intervienen las personas en quienes las causas de abstención concurren. No ha sido ésta la posición del actor, que sólo las ha esgrimido con ocasión de la aprobación definitiva, acto dictado por entidad de la que no forman parte aquellos en quienes presuntamente concurrían las causas de abstención. De este modo, se ha privado a quienes se reprocha el dictar una resolución mediando causa de abstención del mecanismo de defensa legalmente previsto».

Esta segunda línea jurisprudencial nos parece más acertada que la anterior, y no sólo por las razones aducidas en las Sentencias citadas. En atención a los valores de seguridad jurídica y buena fe, resulta razonable exigir al titular de los intereses amenazados por la indebida participación de cierta persona en el

¹⁴¹ STS de 30-12-1987 (Ar. 9626); la cursiva es nuestra.

¹⁴² Vid. las SSTs de 7-12-1982 (Ar. 7947), 4-4-1990 (Ar. 3584) y 6-10-1990 (Ar. 7602), que afirman la preclusión de esa posibilidad en sus *obiter dicta*, puesto que no se había demostrado la concurrencia de causa de abstención.

procedimiento una cierta diligencia a la hora de reaccionar contra dicha irregularidad. Ahora bien, para que se produzca la preclusión es necesario que el interesado haya tenido efectivamente la oportunidad de formular recusación, lo que presupone que éste ha conocido tanto la *identidad* de la persona obligada a abstenerse como la *conurrencia del motivo* concreto de abstención¹⁴³. Así, la STSJ de Baleares de 10 de julio de 1995 (Ar. 457) afirmó que podía impugnarse la resolución de un procedimiento de selección de funcionarios por la falta de abstención de un vocal del «Tribunal» encargado de calificar las correspondientes pruebas, a pesar de no haberse formulado recusación durante el procedimiento, pues, «como quiera que la recusación es derecho que puede ejercitar el aspirante,..., la garantía de su ejercicio exige la publicación del nombramiento [del vocal] con antelación suficiente», lo que no había ocurrido.

El incidente iniciado por recusación suspende la tramitación del procedimiento principal, según dispone el artículo 77 de la Ley 30/1992. Sin embargo, el artículo 42.5 de esta Ley no contempla expresamente la sustanciación de este incidente entre los supuestos de suspensión del plazo legal para resolver el procedimiento principal y notificar la resolución adoptada. Una interpretación teleológica y sistemática de ambos preceptos que, además, pondere la necesidad de evitar maniobras dilatorias y fraudulentas de los interesados, obliga a entender que dicho plazo queda suspendido al menos durante el plazo dentro del cual debe resolverse el incidente de recusación¹⁴⁴. Por lo demás, la STSJ de Madrid de 3 de marzo de 1999 (Ar. 1898) señala que las actuaciones realizadas mientras se resuelve el incidente de recusación se convalidan cuando se desestima éste.

LLIDO SILVESTRE¹⁴⁵ sostiene una original tesis: los concejales sólo pueden ser recusados «cuando actúan como órganos unipersonales en ejercicio de funciones burocráticas de propuesta o resolución, pero no se les puede recusar para participar en la deliberación y votación de asuntos en los órganos colegiados de los que formen parte». En estos casos, tales autoridades están obligadas a abstenerse, pero no pueden ser recusadas.

¹⁴³ En sentido similar, *vid.* GARBERÍ LLOBREGAT, *ob. cit.* (n. 39), pp. 262 y ss. Respecto de la recusación de jueces y magistrados, *vid.* PICÓ I JUNOY, *ob. cit.* (n. 25), pp. 141 y ss.

¹⁴⁴ Respecto del procedimiento de acceso a cuerpos docentes universitarios, GÓMEZ OTERO, *ob. cit.* (n. 42), p. 238, entiende que la tramitación del incidente de recusación suspende los plazos para la constitución de la Comisión Juzgadora, la realización de las pruebas y la emisión de la propuesta de provisión.

¹⁴⁵ LLIDO SILVESTRE, «¿Pueden ser recusados los concejales?», *Actualidad Administrativa*, 12, 2000, pp. 431 y ss.

El autor aduce, en primer lugar, la necesidad de evitar que la recusación — frecuentemente utilizada con fines dilatorios— suponga un bloqueo en el ejercicio de las competencias municipales. Este argumento es poco atendible, pues el incidente de recusación ha de resolverse en el breve plazo de quince días¹⁴⁶ y la resolución adoptada al respecto no puede ser recurrida por los interesados. Además, resulta desproporcionado privar a los interesados de su derecho a recusar para evitar el peligro de que abusen del mismo. Para combatir ese riesgo existen otros remedios eficaces —v. gr., preclusión de la posibilidad de recusar, inadmisión de las recusaciones manifiestamente infundadas o contrarias a la buena fe— mucho más respetuosos con las garantías de los interesados.

En segundo lugar, afirma que los concejales no pueden ser privados del ejercicio del cargo «por una decisión que no emana de sus propios electores». Ello atenta contra el derecho de los concejales a desempeñar su cargo y el de los ciudadanos a intervenir en los asuntos políticos a través de sus representantes. Sin embargo, el que los interesados puedan solicitar y exigir que un concejal obligado por ley a abstenerse se separe efectivamente del procedimiento no lesiona aquellos derechos de participación. Y ello por la sencilla razón de que este concejal no tiene derecho a participar en el concreto procedimiento, ya que está obligado a abstenerse. Obligación plenamente ajustada a la Constitución, pues aquel derecho no es incondicionado, sino que está limitado por la necesidad de salvaguardar valores constitucionalmente protegidos, como la imparcialidad¹⁴⁷.

Por último, estima este autor que el carácter insustituible de los concejales en las deliberaciones y votaciones implica la imposibilidad de recusarlos: «Ninguna virtualidad tendrá la recusación cuando su estimación no puede tener como consecuencia la sustitución». No le vemos lógica alguna a este razonamiento. La imposibilidad de sustituir a un servidor público obligado a abstenerse no priva de utilidad a la recusación, pues lo que el recusante pide es que se aparte al recusado del procedimiento, no que se le sustituya.

Esta doctrina nos parece insostenible, además, por contradecir abiertamente el artículo 29 de la Ley 30/1992, que consagra el derecho de recusar en los mismos casos en los que existe deber de abstenerse, y el 183.2 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, que dispone que los interesados pueden recusar «a cualquier miembro de la Corporación», sin hacer distinción alguno por razón de las funciones que éste realice.

¹⁴⁶ Vid. el art. 184 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales.

¹⁴⁷ Vid. la STC 231/1998, de 1 de diciembre (FJ 5).

En el fondo de esta tesis late una legítima preocupación: la aplicación literal de los preceptos legislativos reguladores de la abstención y recusación a los miembros de las Entidades locales puede traer consigo consecuencias harto injustas. Ahora bien, la solución a este problema no consiste en privar a los interesados de su derecho a recusar a una persona obligada a abstenerse, sino en interpretar teleológica y sistemáticamente las normas reguladoras de las *causas de abstención* de estas autoridades, ponderando todos los intereses y valores jurídicos implicados en el caso concreto.

Por lo que hace a la instrucción y resolución del incidente, el artículo 29 de la Ley 30/1992 establece unas pocas reglas para el caso de que éste se haya iniciado mediante recusación:

«3. En el día siguiente [a aquél en el que se plantee la recusación] el recusado manifestará a su inmediato superior si se da o no en el la causa alegada. En el primer caso, el superior inmediato podrá acordar su sustitución acto seguido.

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».

Recuérdese que el principio de la buena fe ha de tenerse muy presente en esta materia. La STS de 26 de octubre de 1988 (Ar. 10226) considera ajustado a Derecho el que la recusación manifiestamente infundada de todos los funcionarios participantes en el procedimiento hubiese sido rechazada de plano por uno de los recusados, pues «ni la Administración ni los Tribunales de Justicia están vinculados o sometidos a tramitar peticiones como la de recusación que estamos estudiando cuando se presentan de una forma tan alejada de estos principios [de economía, celeridad, eficacia y del artículo 11º.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que «sale al paso de las peticiones o excepciones fraudulentas o que entrañen abuso de derecho, ordenando a los Jueces y Tribunales que las rechacen fundadamente»] que parecen no perseguir otro objetivo que la obstrucción o la paralización de los procedimientos».

3. Impugnación de la resolución dictada en ejercicio de la potestad

Dice el artículo 29.5 de la Ley 30/1992 que «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 termine el procedimiento»¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Así, por ejemplo, la STSJ de la Rioja de 2-12-1996 (Ar. 2262) inadmite un recurso interpuesto contra la denegación de una recusación.

La STS de 9 de octubre de 1979 (Ar. 3403) señala la razón a la que obedece este precepto: la decisión que resuelve el incidente tiene la naturaleza de «acto de trámite», y en el Derecho español, por regla general, no cabe recurrir contra tales actos¹⁴⁹. En efecto, éstos sólo pueden ser impugnados cuando «deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos»¹⁵⁰.

Pues bien, la resolución del incidente de abstención puede lesionar irreparablemente derechos subjetivos, en concreto, el derecho fundamental del servidor público apartado del procedimiento a desempeñar su cargo (art. 23.1 de la Constitución). Es evidente que la impugnación del acto que pone fin al procedimiento principal no repara satisfactoriamente dicha lesión. Entre otras cosas, porque en muchos casos la persona a la que se impone la abstención carece de legitimación para impugnar aquel acto, que, por otra parte, puede ser perfectamente válido. Excluir la posibilidad de que esta persona recurra la resolución administrativa que le obliga a abstenerse resulta incompatible con el derecho a la tutela judicial *efectiva*. Además, adviértase que el derecho eventualmente lesionado cuya tutela se recaba es nada menos que un derecho fundamental. Precisamente, la STC 24/1999, de 8 de marzo, estima vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por la inadmisión de un recurso contra un arresto preventivo fundada en que esta medida cautelar constituía un acto de trámite de un procedimiento disciplinario. El Tribunal Constitucional dice que

«pese al carácter instrumental y provisional del arresto preventivo, de su engarce en un expediente principal y de su dimensión temporal, no cabe ignorar que también ofrece una consistencia propia y trasciende tales aspectos por incidir directa e inmediatamente en un derecho fundamental de quién lo ha de padecer, ... Tal incidencia directa e inmediata determina precisamente que estos actos, fueren o no de mero trámite, ..., deben recibir el mismo trato que los actos definitivos y las mismas garantías a la hora de su impugnación».

En fin, el artículo 29.5 de la Ley 30/1992, interpretado sistemáticamente — en relación con las reglas generales sobre la impugnación de los actos de trámite— y de manera conforme con la Constitución, no excluye la posibilidad de que las autoridades y personas al servicio de la Administración recurran el acto que les impone apartarse del procedimiento administrativo. De hecho,

¹⁴⁹ En sentido similar, *vid.* la STS de 28-2-2000 (Ar. 242).

¹⁵⁰ *Vid.* los arts. 107.1 de la Ley 30/1992 y 25.2 de la Ley 29/1998 y GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J. A., *La impugnación de los actos administrativos de trámite*, Montecorvo, Madrid, 1993.

nuestros Tribunales han admitido en varias ocasiones tales recursos¹⁵¹. Cabe destacar aquí la STS de 21 de febrero de 1998 (Ar. 2363), que enjuicia un caso en el que se había separado a un Vocal del Consejo General del Poder Judicial de los procedimientos de selección de magistrados de la Sala 2ª del Tribunal Supremo. La Administración alegaba la inadmisibilidad del recurso, en primer lugar, por ir dirigido contra un acto de trámite y, en segundo lugar, en virtud de lo dispuesto en el referido artículo 29.5. Estas alegaciones son rechazadas porque:

«La vulneración de derechos fundamentales se puede producir no sólo a través de actos definitivos, sino a través de actos de trámite, al margen de que el acuerdo en cuestión,..., tiene un marcado acento de decisión definitiva en la medida en que recoge una obligación de abstención, siendo además inaplicable aquí el artículo 29.5 de la Ley 30/1992, que se refiere a la *recusación*, y,..., el acuerdo, tal como resultó aprobado, no consiste en una *recusación*».

En nuestra opinión, éste último argumento no resulta acertado. Lo relevante es que la autoridad o funcionario han de poder defenderse frente al acto que les impone apartarse de un asunto. El hecho de que ese acto se haya preparado a través de un procedimiento iniciado de oficio o mediante uno iniciado a solicitud de tercera persona resulta irrelevante al respecto.

IV. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA ABSTENCIÓN

Estas consecuencias jurídicas difieren según exista efectivamente causa de abstención o no.

1. Abstención procedente

Impuesta la abstención a un servidor público, hay que designar a otra persona para que le sustituya en la realización de sus funciones en el correspondiente procedimiento administrativo, salvo en los casos, claro está, en los que su intervención sea infungible. Así ocurre, ya lo hemos visto, con el voto de los concejales, que es «personal e indelegable»¹⁵².

¹⁵¹ Vid. las SSTs de 7-11-1997 (Ar. 8150) y 21-2-1998 (Ar. 2363), la STSJ de Andalucía de 2-2-1998 (Ar. 258) y la STSJ de Cataluña de 20-11-1997 (Ar. 4397).

¹⁵² Art. 99.5 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales.

La Ley 30/1992 no regula expresamente la sustitución por causa de abstención. Si acaso, el tenor literal de su artículo 28.1 da a entender que quien resuelve acerca de la abstención decide, al mismo tiempo, sobre la sustitución¹⁵³. No obstante, se trata de una solución insatisfactoria cuando menos en los supuestos de órganos colegiados cuyos miembros son elegidos por un sujeto distinto de la Administración pública en la cual se integran aquéllos. Lo lógico es que la persona incurso en causa de abstención y su sustituto sean elegidos por el mismo sujeto a través del mismo procedimiento. Así ocurre, por poner un ejemplo, en el caso de los Jurados de Expropiación¹⁵⁴. Éste es, también, el sistema seguido para designar al suplente del titular de un órgano administrativo en casos de vacante, ausencia o enfermedad¹⁵⁵.

Ésta es una sustitución de personas físicas, no de órganos administrativos¹⁵⁶. Por ello, dicha figura guarda evidentes afinidades con la suplencia regulada en el artículo 17 LAP, que consiste en la sustitución transitoria del titular de un órgano administrativo en casos de vacante, ausencia o enfermedad¹⁵⁷. Es más, la Ley 30/1992 establece reglas para sustituir a los miembros de un órgano colegiado que son aplicables cualquiera que sea la causa a la que se deba la sustitución¹⁵⁸. Y la STS de 26 de febrero de 1990 (Ar. 3401) considera que en caso de abstención de un Consejero del Gobierno Balear puede aplicarse «por analogía el artículo,..., que prevé que el Presidente de la Comunidad autónoma decide la sustitución de los miembros del Gobierno en casos de ausencia o enfermedad».

¹⁵³ Esta es la solución adoptada, por ejemplo, por el art. 28.11 del Reglamento de Procedimiento de las Reclamaciones Económico-administrativas.

¹⁵⁴ Así, según el Reglamento de Expropiación Forzosa, los Vocales «deberán tener designado, por el mismo procedimiento que para su nombramiento se determina en el citado precepto, un Vocal sustituto» (art. 34.1) y «el presidente de la Audiencia, al designar el Magistrado Presidente del Jurado procederá al nombramiento de un suplente, cargo que deberá recaer igualmente en un Magistrado de la Audiencia respectiva» (art. 34.2).

¹⁵⁵ *Vid.* el art. 17.1 de la Ley 30/1992, que, de acuerdo con la STC 50/1999, de 6 de abril (FJ 5), no tiene carácter básico

¹⁵⁶ *Vid.* la Resolución del TEAC de 3-2-1993 (Ar. 430), que decide un conflicto de atribuciones suscitado entre dos Tribunales Económico-Administrativos Regionales y declara que la sustitución prevista en el art. 60.1 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos no determina un cambio del órgano que efectúa la liquidación.

¹⁵⁷ *Vid.*, al respecto, GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español*, EUNSA, Pamplona, 1994, t. II, pp. 286 y 287.

¹⁵⁸ *Vid.* el art. 23.2, relativo a la sustitución del Presidente, el 25.2, relativo a la sustitución del Secretario, y el 24.3, que regula la sustitución de los restantes miembros.

De todos modos, debe notarse que esas reglas fijadas en la Ley 30/1992 no tienen carácter básico¹⁵⁹, ni tampoco son aplicables al «Pleno y, en su caso, Comisión de Gobierno de las Entidades Locales, a los Órganos colegiados del Gobierno de la Nación y a los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas»¹⁶⁰.

Por lo demás, el acto elaborado sin intervención de persona incurso en causa de abstención es, en principio, conforme a Derecho. Así, es válido el acuerdo adoptado en una sesión del pleno de un Ayuntamiento a la que no fueron convocados dos concejales obligados a abstenerse¹⁶¹. No obstante, el acto adoptado puede incurrir en ilegalidad e invalidez si no se sustituye a la persona que se abstiene y, como consecuencia de ello, la voluntad administrativa no se elabora de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento jurídico¹⁶².

2. *Abstención improcedente*

Puede ocurrir que se obligue a un servidor público a separarse de un procedimiento cuando en verdad no concurre causa de abstención. Surge la cuestión de la influencia que esta irregularidad tendrá sobre la validez del acto finalmente adoptado. Para ello, lo primero que hay que precisar es si la misma constituye una infracción del ordenamiento jurídico. Pues bien, sólo existe tal ilegalidad cuando la autoridad o el funcionario correspondiente gozan de una cierta inamovilidad, es decir, no pueden ser apartados de un determinado procedimiento sino en virtud de la concurrencia efectiva de una de las causas previstas a tal efecto por el Derecho. Es el caso de los miembros de las Corporaciones locales¹⁶³ o de los vocales del Consejo General del Poder Judicial¹⁶⁴. En cambio, no se infringe norma jurídica alguna cuando el sujeto al que se impone la abstención puede ser sustituido discrecionalmente en el ejercicio de sus funciones. Así acontece, por ejemplo, con las personas integrantes de órganos colegiados designadas por «organizaciones representativas de intereses sociales»¹⁶⁵.

¹⁵⁹ Así lo declara la STC 50/1999, de 6 de abril (FJ 7).

¹⁶⁰ Disposición adicional 1ª de la Ley 30/1992.

¹⁶¹ Vid. la STS de 18-5-1994 (Ar. 4359).

¹⁶² Vid. la STS de 22-12-1997 (Ar. 720, repertorio de 1998).

¹⁶³ Vid. el art. 99.5 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales.

¹⁶⁴ Vid. el art. 119.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

¹⁶⁵ Vid. el art. 24.3 de la Ley 30/1992

Esta ilegalidad, en caso de existir, constituye un vicio de procedimiento, de «forma» entendida en el sentido amplio que le dan algunos autores y preceptos legales, que comprende tanto el procedimiento de elaboración de la voluntad administrativa como el medio de exteriorización de esa voluntad¹⁶⁶. Por ello, resulta lógico que, para averiguar si ese vicio ocasiona la invalidez del correspondiente acto, deba aplicarse la regla general establecida en el artículo 63.3 de la Ley 30/1992: «El defecto de forma sólo determina la [invalidez] cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a indefensión de los interesados».

El acto viciado será válido cuando pueda constatarse que ha alcanzado todos los fines que le marcaba el ordenamiento jurídico, incluidos los perseguidos por la norma jurídica vulnerada¹⁶⁷. La norma que impone la participación de ciertas autoridades y personas al servicio de la Administración en un determinado procedimiento puede perseguir varios objetivos: normalmente, asegurar el máximo acierto de la decisión que se prepara y realizar el principio democrático, permitir a los ciudadanos participar en el ejercicio del poder público.

Pues bien, es claro que la abstención impuesta improcedentemente a un servidor público inamovible frustra necesariamente la consecución de este último objetivo¹⁶⁸. Dicha abstención lesiona su derecho fundamental al desempeño del cargo¹⁶⁹ y, eventualmente —si aquella persona ha sido elegida por sufragio universal—, el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de sus representantes¹⁷⁰. En estos casos, el acto adoptado en el procedimiento será en principio inválido¹⁷¹. Dicho más exactamente, será nulo, pues el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992 establece que son nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones públicas que «lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional». Y si el servidor público ha sido apartado indebidamente del procedimiento de forma-

¹⁶⁶ Vid., por ejemplo, ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, t. I, 1999, p. 193; GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1994, t. I, p. 472; MORELL OCAÑA, *ob. cit.* (n. 5), p. 363.

¹⁶⁷ BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, *passim*, especialmente pp. 67 y ss. y 133 y ss.

¹⁶⁸ Cfr. BELADIEZ ROJO, *ibídem*, pp. 126 y ss.

¹⁶⁹ Vid. la STS de 21-2-1998 (Ar. 2363), la STSJ de Cataluña de 20-11-1998 (Ar. 4397) y las SSTSJ de Andalucía de 2-2-1998 (Ar. 258) y 9-4-1999 (Ar. 4672).

¹⁷⁰ Vid. la STS de 17-11-1997 (Ar. 8150).

¹⁷¹ Vid., además de las Sentencias citadas en las dos notas anteriores, la STS de 24-6-1993 (Ar. 4433).

ción de la voluntad de un órgano colegiado, el acto incurrirá además en la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.e) de esa Ley.

V. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA NO ABSTENCIÓN

1. *Abstención improcedente*

En este supuesto, la actuación de la Administración se ajusta al ordenamiento jurídico. Aquí no surgen problemas.

2. *Abstención procedente*

2.1. Validez o invalidez del acto adoptado

2.1.1. Datos legislativos

El artículo 28.3 de la Ley 30/1992 —equivalente al derogado artículo 20.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958— establece que «la actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurren motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido». Este precepto únicamente dice que el acto que incurre en una de estas ilegalidades puede ser válido, pero no precisa en qué supuestos se hace efectiva esa posibilidad. El tenor literal de este precepto resulta del todo insuficiente para resolver el problema aquí planteado¹⁷².

Por ello, es censurable el razonamiento de las Sentencias que afirman la validez del acto impugnado basándose simplemente en el tenor literal de este artículo 28.3¹⁷³. Sin embargo, en la mayoría de estos casos se trataba de un argumento contenido en los correspondientes *obiter dicta*, pues no se había probado que la autoridad o funcionario en cuestión incurriese en causa alguna de abstención¹⁷⁴. También resulta inservible el criterio apuntado en alguna resolución: el acto será inválido cuando el defecto sea de «suficiente entidad»¹⁷⁵.

¹⁷² De la misma opinión, PARADA VÁZQUEZ, *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 142.

¹⁷³ *Vid.*, por ejemplo, la STS de 12-12-1979 (Ar. 4357).

¹⁷⁴ *Vid.*, por ejemplo, las SSTs de 5-2-1981 (Ar. 1060), 18-6-1984 (Ar. 3638) y 24-1-1986 (Ar. 77), y la STSJ de Baleares de 11-9-1995 (Ar. 1062)

¹⁷⁵ Resolución del TEAC de 17-11-1992 (Ar. 700).

El artículo 76 de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local dispone que «la actuación de los miembros [de las Corporaciones Locales] en que concurren tales motivos [de abstención] implicará, cuando haya sido determinante, la invalidez de los actos en que hayan intervenido». El estudio de este precepto es de gran interés, pues en él se inspira la jurisprudencia para resolver incluso los casos a los que dicho precepto no es directamente aplicable. El carácter «determinante» de la intervención es sinónimo de «influencia en la formación de la voluntad» administrativa¹⁷⁶. Ahora bien, hay dos maneras de entender esa influencia.

2.1.2. Jurisprudencia

La mayoría de la jurisprudencia considera, implícita o explícitamente, que el acto *sólo* será inválido cuando la intervención de persona incurso en causa de abstención *haya influido* en el contenido del mismo, cuando se acredite que de haberse producido la abstención el acto *no se hubiese dictado* o su contenido *hubiese sido otro*¹⁷⁷. A veces se dice que la influencia ha de ser decisiva¹⁷⁸ o notoria¹⁷⁹. Algunas Sentencias llegan a afirmar que el acto viciado sólo es inválido cuando pueda demostrarse su «ilicitud objetiva»¹⁸⁰.

Esta línea jurisprudencial abunda en relación con los acuerdos adoptados por el Pleno de las Corporaciones Locales. Aquí, prácticamente sólo hay dos supuestos en los que puede acreditarse aquella circunstancia: cuando se trata de actos absolutamente reglados —el acto defectuoso dictado era el único que conforme a Derecho podía adoptarse— y cuando la abstención del correspondiente concejal, de haberse producido, hubiese determinado bien la falta del quórum exigido para adoptar el correspondiente acuerdo, bien la insuficiencia del número de votos favorables necesarios al respecto¹⁸¹. Según esta jurisprudencia, hay que averiguar si se alcanza el quórum y la mayoría exigidos en cada caso sin incluir en la cuenta a los miembros obligados a abstenerse. La

¹⁷⁶ Vid. la STS de 16-10-1989 (Ar. 7370). En el mismo sentido, GONZÁLEZ NAVARRO, *ob. cit.* (n. 1), p. 841.

¹⁷⁷ Vid. la STS de 13-4-1987 y la STSJ de Asturias de 7-11-1997 (Ar. 2835), que razona a mayor abundamiento.

¹⁷⁸ SSTS de 16-10-1989 (Ar. 7370) y 19-2-1992 (Ar. 1132).

¹⁷⁹ STS de 11-12-1982 (Ar. 825).

¹⁸⁰ SSTS de 4-5-1990 (Ar. 3799) y 23-6-1996 (Ar. 2218). En el mismo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *ob. cit.* (n. 82), t. II, p. 465; DÍEZ SÁNCHEZ, *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Civitas, Madrid, 1992, p. 86.

¹⁸¹ Vid. las SSTS de 16-10-1989 (Ar. 7370) y 23-4-1991 (Ar. 3079)

resolución adoptada es inválida cuando, descontados los votos de los concejales incurso en causas de abstención, no se logra el quórum¹⁸² o la mayoría previstos¹⁸³. En cambio, es válida cuando hay quórum y mayoría de votos suficientes aun prescindiendo de la presencia y del voto del concejal que intervino indebidamente en la sesión¹⁸⁴. Dicho con palabras del Tribunal Supremo: la única consecuencia de la participación del concejal obligado a abstenerse es la «ineficacia de su voto»¹⁸⁵.

Por el contrario, hay algunos autores y Sentencias que consideran que el acto defectuoso será inválido cuando la intervención de la persona incurso en causa de abstención *ha podido influir* en el contenido del mismo. GONZÁLEZ NAVARRO, por ejemplo, afirma que este vicio «invalidará el acto salvo en supuestos muy excepcionales, en que pueda demostrarse que la decisión adoptada hubiera sido la misma aunque hubiera mediado abstención»¹⁸⁶.

La STS de 5 de noviembre de 1986 (Ar. 7805) anula la resolución de un concurso, pues «podría argüirse que el resultado del concurso habría sido el mismo si se hubiera nombrado otro miembro pero tal afirmación es una hipótesis no contrastada si se tiene en cuenta que a) Todos los miembros del Tribunal incluso el recusado, configuraron las pruebas y el modo de celebración del concurso, y tanto unas como otras *podrían* haber sido distintas con el nombramiento de un sustituto. b) De haber existido el sustituto las mayorías que dieran lugar al resultado del concurso (no se especifica en las actas cuáles fueron esas mayorías) *podrían* haber resultado diferentes, a las producidas».

La STS de 16 de diciembre de 1999 (Ar. 8999) anula un acuerdo municipal adoptado por 6 votos a favor, entre ellos el del Alcalde incurso en causa de abstención, y 5 en contra. El Ayuntamiento alegaba que el vicio no era determinante, porque «todo hace pensar que en la segunda votación hubiera existi-

¹⁸² Vid. la STSJ de Navarra de 27-1-1998 (Ar. 87).

¹⁸³ Vid. la STS de 10-2-1993 (Ar. 550) y las SSTSJ de Castilla y León de 22-5-1998 (Ar. 3816), 5-3-1999 (Ar. 3193) y 28-4-1999 (Ar. 2055).

¹⁸⁴ Vid. las SSTS de 8-5-1985 (Ar. 2902), 6-12-1985 (Ar. 6381), 30-5-1986 (Ar. 4476), 22-7-1987 (Ar. 7555), 9-6-1992 (Ar. 5149) y la STSJ de Cataluña de 31-1-1994 (Ar. 157). En este sentido, razonan a mayor abundamiento las SSTS de 22-5-1986 (Ar. 3603), 25-4-1989 (Ar. 3237), 30-10-1990 (Ar. 8400), 29-3-1996 (Ar. 2818) y la STSJ de Cantabria de 12-1-1999 (Ar. 60). En sentido similar, respecto de otros órganos colegiados, vid. la STS de 9 de octubre de 1990 (Ar. 7602); GÓMEZ OTERO, *ob. cit.* (n. 42), p. 249.

¹⁸⁵ Vid. la STS de 8-5-1985 (Ar. 2902).

¹⁸⁶ GONZÁLEZ NAVARRO, *ob. cit.* (n. 1), p. 841. En el mismo sentido, vid. la STS de 26-2-1990 (Ar. 3401), de la cual fue ponente dicho autor, la STSJ de Canarias de 25-5-1998 (Ar. 2549) y la STSJ de la Rioja de 2-2-2000 (Ar. 302).

do un empate a cinco votos, dediciendo entonces el voto de calidad de la primera Teniente de Alcalde». Sin embargo, el Tribunal Supremo no acepta este argumento, pues «lo que hubiera pasado [en la segunda votación] es un futuro»¹⁸⁷.

La STSJ de Canarias de 25 de mayo de 1998 (Ar. 2549) anula una sanción fruto de un procedimiento disciplinario iniciado mediante acuerdo adoptado por un órgano colegiado cuyo presidente incurría en causa de abstención, porque «al no abstenerse y no constar expresamente que la decisión adoptada,..., hubiera sido la misma, aunque hubiese mediado abstención, es claro que las actuaciones llevadas a cabo son inválidas».

La STSJ de la Rioja de 8 de abril de 1999 (Ar. 900) anula una sanción dictada sin que el interesado hubiese podido conocer la identidad del instructor al objeto de recusarlo, pues la actuación de éste último «*ha podido* tener relevancia, bien en la imposición de la sanción, bien en la cuantificación de la multa».

La citada STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de abril de 1995 anula una sanción porque en la sesión del Pleno en la que se adoptó el acuerdo —por 11 votos a favor y 9 en contra— participó «con voz y voto» el concejal instructor del procedimiento. El TSJ dice que ello, «en principio, no afecta a la validez del acuerdo porque, de cualquier modo, se sustentaría sobre una mayoría suficiente, aún sin la emisión del voto del instructor» [esta es la tesis tradicional del Tribunal Supremo]. Pero a continuación advierte que «la intervención del instructor del expediente no se limitó, tan sólo, a la emisión de su voto, sino que puede calificarse de activa en el proceso de formación de la voluntad del órgano administrativo, cual ponen de manifiesto el uso de la palabra en primer lugar, solicitando la lectura de la propuesta de resolución que había efectuado y comentándola, a continuación, en el sentido de mantener la plena probanza de los hechos imputados, su calificación jurídica e, incluso, la posibilidad de imposición de mayores sanciones. En otras dos ocasiones, al filo de las intervenciones de los representantes de los distintos grupos políticos, hizo uso, de nuevo, de la palabra para apoyar su tesis, exponiendo, también el criterio que le merecía la normativa reglamentaria aplicable». En fin, «la intervención del instructor en la deliberación del Pleno *pudo influir* en la formación de su voluntad decisoria».

Estas dos concepciones llevan a consecuencias prácticas muy distintas en los supuestos en los que el Juez no posee suficientes elementos de juicio para saber si, de haberse producido la abstención, el contenido de la resolución

¹⁸⁷ La STS de 27-1-2000 (Ar. 52) resuelve en el mismo sentido un caso muy semejante.

adoptada hubiese sido distinto o igual. En estos casos, según la primera de las tesis expuestas, el acto viciado debe ser considerado válido, mientras que, según la segunda, dicho acto merece la calificación de inválido. De acuerdo con la primera, al recurrente le corresponde la carga de probar que la falta de abstención ha ocasionado efectivamente una alteración en el contenido del acto. De acuerdo con la segunda, la carga es de la Administración, que debe demostrar que el acto dictado hubiese sido idéntico aunque la persona en cuestión se hubiese apartado del procedimiento.

2.1.3. Posición que se adopta

Para resolver el problema debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 63.2 de la Ley 30/1992 —antes, art. 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo—: «El defecto de forma sólo determinará la anulabilidad [léase invalidez] cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados»¹⁸⁸. Ello es del todo lógico pues la intervención en el procedimiento de persona incurso en causa de abstención es obviamente un vicio de procedimiento, de «forma». Como esta ilegalidad no puede producir indefensión, por la sencilla razón de que la finalidad de la abstención no es que los interesados puedan defenderse, la clave radica en averiguar si el defecto ha impedido que el acto alcanzara las finalidades que le marcaba el ordenamiento jurídico. Si el acto, a pesar de incurrir en algún defecto, es capaz de satisfacer todas esos fines, merecerá ser considerado válido¹⁸⁹.

La abstención trata de evitar que determinadas personas influyan en la elaboración de una decisión administrativa y ello, en primer lugar, para asegurar que esa decisión es la más justa y adecuada a los intereses públicos implicados y, en segundo lugar, para legitimarla despejando las sospechas que pudiesen existir sobre la objetividad de la Administración. El acto elaborado con infracción de las reglas de abstención valdrá cuando quede acreditada una de las dos circunstancias siguientes: que la intervención de la persona obligada a abstenerse no ha influido en su contenido o que dicho acto era el más acertado que cabía adoptar y que, por tanto, la Administración actuó objetiva e imparcialmente.

¹⁸⁸ En este sentido, *vid.*, por ejemplo, las SSTS de 24-1-1986 (Ar. 77), 30-12-1987 (9626), 4-4-1990 (Ar. 3584), 4-10-1993 (Ar. 8620) y 18-5-1994 (Ar. 4359) y la STSJ de Cantabria de 12-1-1999 (Ar. 60)

¹⁸⁹ *Vid.* BELADIEZ ROJO, *ob. cit.* (n. 167), pp. 67 y ss. y 133 y ss.

En algunos supuestos resulta muy razonable considerar que la concreta actuación en el procedimiento de una persona obligada a abstenerse no ha influido —o al menos, no ha influido negativamente— en el contenido de la decisión tomada. Sirvan tres ejemplos:

Imaginemos que un concejal incurso en causa de abstención se ha limitado a votar favorablemente en un asunto sin intervenir activamente en la discusión que precedió a la votación, en la cual se alcanzó la unanimidad. Cabe afirmar que la única actuación efectiva del concejal en el procedimiento —su voto— resultó intrascendente. Otra cosa sería si hubiese manifestado sus opiniones en la deliberación, pues ello hubiese podido determinar el voto de los restantes miembros de la Corporación. La STS de 24 de noviembre de 1993 (Ar. 9040) destaca la *trascendencia de las deliberaciones* en la *formación de la voluntad de los órganos colegiados*. La sentencia apelada —y revocada— consideraba que la falta de información padecida por un concejal era un vicio irrelevante, ya que «el acuerdo habría sido el mismo aunque quien lo adujo dispusiera de mejor información y hubiera cambiado el sentido del voto». Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que la irregularidad producida «no pierde fuerza invalidante por la aseveración de que el resultado de la votación habría sido el mismo, por cuanto la norma expresada no sólo asegura una adecuada información para las votaciones, sino también para el debate que las precede, siendo claro que, en el funcionamiento de un órgano colegiado democrático y representativo, aquéllas dependen de éste».

Imaginemos que dos vocales de un órgano colegiado encargado de calificar un concurso votan a favor de un concursante amigo íntimo en contra del criterio mayoritario del colegio, que finalmente propone a otra persona. Puede razonablemente pensarse que de haberse abstenido dichos vocales la propuesta hubiese la misma.

Imaginemos que, en el supuesto anterior, los dos vocales votan en contra de su amigo. Es razonable estimar que aquí la amistad íntima no ha menoscabado la objetividad e imparcialidad de su actuación, que es en definitiva lo que quiere evitar el legislador. La ley prohíbe participar en el procedimiento a los servidores públicos que mantienen cierta relación positiva o negativa con un interesado porque se presume que éste se verá injustamente favorecido o perjudicado, respectivamente, por dicha relación. Pero la realidad puede desmentir la previsión legislativa. La STS de 9 de marzo de 1993 (Ar. 5615) dice al respecto que «mal puede argüirse la amistad íntima de los recusados con el que obtuvo la plaza, cuando su voto fue contrario al mismo y en favor de la propia recusante».

En segundo lugar, el acto también merecerá ser válido cuando, a pesar del defecto; quede acreditado que es el más acertado y oportuno que cabía adoptar. Como los Jueces y Tribunales tienen vedado juzgar la oportunidad de las actuaciones administrativas y deben ceñirse a verificar su conformidad con el ordenamiento jurídico¹⁹⁰, sólo podrá acreditarse esa circunstancia demostrando que en el caso concreto sólo existía una única decisión ajustada a Derecho, la adoptada por la Administración.

Por esta razón, la jurisprudencia considera irrelevante la participación de una persona incurso en causa de abstención en el procedimiento de elaboración de *actos administrativos absolutamente reglados*. Se trata de supuestos en los que el órgano jurisdiccional dispone de información suficiente para decidir cuál era la única decisión administrativa legal. Aquí, el Tribunal entra en el «fondo del asunto» y comprueba si el contenido del acto se ajusta a Derecho o no¹⁹¹.

La STS 26 de enero de 1982 (Ar. 772) declara la validez del acto defectuoso, pues «la Corporación demandada, al pronunciar la declaración administrativa del estado ruinoso, no ha hecho otra cosa que acomodarse a la realidad y a la ley y, por supuesto, ha utilizado las potestades que aquélla le atribuye para el fin que, precisamente, le reconoce o fija el ordenamiento jurídico,..., y ello cualesquiera que pudiera haber sido la vinculación del Teniente Alcalde y uno de los concejales a la Cooperativa propietaria del edificio cuestionado»¹⁹².

La STS de 3 de julio de 1989 (Ar. 5548) anula la denegación de una licencia no sólo porque se infringieron las normas sobre abstención, sino porque «en cuanto al fondo de la misma [la resolución], lo procedente en Derecho era que la licencia denegada se hubiera concedido»¹⁹³.

¹⁹⁰ Vid. las SSTs de 12-2-1963 (Ar. 748), 29-12-1986 (Ar. 1675) y 9-3-1987 (Ar. 3513). En este sentido, vid. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 201 y ss.

¹⁹¹ Dice la STS de 1-2-1992 (Ar. 796) que, «si puede demostrarse que la decisión final hubiera sido la misma, lo procedente será prescindir del vicio formal y resolver sobre el fondo del asunto en aplicación del principio de economía procesal». En cambio, la STS de 27-1-2000 (Ar. 52) elude resolver sobre el fondo.

¹⁹² Vid., también, la STS de 7-12-1982 (Ar. 7947), respecto de una declaración de ruina.

¹⁹³ Vid., también, la STS de 12-12-1979 (Ar. 4357), respecto de la inclusión de una finca en el Registro de solares e inmuebles de edificación forzosa, la de 26-10-1988 (Ar. 8288), respecto de la declaración de ruina de un inmueble, la de 25-6-1991 (Ar. 6326), sobre la licencia de construcción de un vertedero controlado de residuos sólidos, y la de 31-1-1992 (Ar. 730), respecto de una sanción y una orden de demolición.

El problema se presenta cuando, a la vista de los elementos de juicio disponibles, al juez no le es posible determinar si la infracción de las normas de abstención ha influido negativamente en el contenido de la decisión administrativa o si ésta era la más acertada de todas las posibles. Esto último suele ocurrir cuando el acto impugnado tiene carácter discrecional. Ya vimos que la jurisprudencia se ha pronunciado contradictoriamente al respecto. Algunas sentencias declaran la validez del acto defectuoso y otras su validez. En cualquier caso, no suele justificarse la solución adoptada. La tesis que defendemos es que, en estos casos, el acto viciado debe ser considerado inválido, y ello por cuatro razones:

Como señala FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «el vicio de forma no es otra cosa,..., que,..., una presunción de ilegalidad o injusticia del acto a que afecta, presunción *iuris tantum* que sólo puede prevalecer cuando no sea posible probar lo contrario, es decir, la corrección sustancial del acto o la independencia de la incorrección sustancial de éste respecto del vicio de forma observado»¹⁹⁴. Esta presunción se basa, a su vez, en otra: cuando se produce el cumplimiento de las normas reguladoras de la «forma», se presume *iuris tantum* la corrección de la decisión¹⁹⁵. A nuestro juicio, el fundamento de estas dos presunciones es del todo lógico. Las reglas de procedimiento responden a una previsión legal. Partiendo de la base de que el legislador obra racionalmente, habrá que admitir que éste establece la obligatoriedad de llevar a cabo determinados trámites bien porque los considera indispensables para la consecución de ciertos fines, bien porque estima que la probabilidad de que se alcancen esos fines es mayor si se realizan dichos trámites que si no se realizan. La congruencia con esta previsión legislativa obliga a entender que, si se infringe la norma de procedimiento, la probabilidad de que su finalidad no haya sido lograda es mayor que la probabilidad de que ésta haya quedado satisfecha.

Como señala HILL, cuando al Juez no le es posible averiguar en el proceso cuál es la decisión administrativa que debía haberse adoptado, es porque la adopción de la misma está reservada a la Administración —en realidad, al procedimiento administrativo—. El proceso jurisdiccional no puede entonces reemplazar o sustituir al procedimiento administrativo. A los Jueces y Tribunales no les está permitido hacer las veces de administradores. Aunque parezca paradójico, el respeto de ese ámbito reservado impone la anulación del acto que padezca un vicio de procedimiento, para darle la oportunidad a la Administración de resolver lo que corresponda en uno nuevo libre de defectos¹⁹⁶.

¹⁹⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La doctrina de los vicios de orden público*, IEAL, Madrid, 1970, p. 162.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 145, n. 19 y p. 160, n. 25.

¹⁹⁶ HILL, *ob. cit.* (n. 65), pp. 115 y ss.

La interdicción de la arbitrariedad supone «la necesidad por parte del poder público de justificar en cada momento su propia actuación»¹⁹⁷. «El único poder que la Constitución acepta como legítimo en su concreto ejercicio ha de ser, pues, el que se presente como resultado de una voluntad racional, el que demuestre en cada caso que cuenta con razones justificativas. El simple *porque sí* queda, así, formal y solemnemente erradicado en nuestro sistema jurídico político»¹⁹⁸. La Administración debe justificar, pues, el acierto de sus actuaciones. Esta justificación es susceptible de apoyarse sobre dos pilares. Puede demostrarse en el proceso que se trataba de la única actuación que cabía lícitamente adoptar y, por lo tanto, de la más oportuna. Pero si no puede hacerse ver que se ha adoptado la decisión más acertada, no queda otro camino que demostrar que al menos se ha procedido de la manera establecida por el Derecho para asegurar el acierto. Si tampoco es posible probar esto, porque se han incumplido los trámites fijados con esta finalidad, ¿cuál es entonces la vía que le queda a la Administración para justificar su actuación? Ninguna, evidentemente¹⁹⁹.

Por último, cabría aducir el principio jurídico de que nadie puede aprovecharse de su propia torpeza²⁰⁰. Lo ajustado al mismo es que la carga de probar si la infracción de las normas reguladoras de la abstención ha influido, o no, en la decisión adoptada recaiga sobre el sujeto infractor. 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.

En suma, *el acto defectuoso será inválido a menos que se demuestre que la falta de abstención no influyó de manera negativa en el contenido de la decisión administrativa o que ésta era la única conforme a Derecho que cabía adoptar y, por ende, la más conveniente para el interés general.*

De acuerdo con el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, el acto inválido será nulo de pleno derecho, y no simplemente anulable, si la indebida intervención

¹⁹⁷ STS de 17-4-1990 (Ar. 3644).

¹⁹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *ob. cit.* (n. 92), t. I, p. 472; STS de 29-12-1986 (Ar. 1675, repertorio de 1987).

¹⁹⁹ Dice IGARTUA SALAVERRÍA, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1998, p. 82, que «si, ..., una decisión permanece aún *injustificada*, se presume que es *injustificable* y, por lo mismo, arbitraria».

²⁰⁰ *Vid.* algunos ejemplos de aplicación de este principio en los arts. 1288 del Código civil y 110.3 y 131.2 de la Ley 30/1992, SSTC 136/1995, de 25 de septiembre (FJ 1), y 157/1999, de 14 de septiembre, y SSTS de 18-7-1995 (Ar. 6115) y 16-7-1997 (Ar. 6034).

se produjo en los trámites integrantes del procedimiento de formación de la voluntad de un órgano colegiado²⁰¹.

2.2. Responsabilidad de la persona obligada a abstenerse

El artículo 28.5 de la Ley 30/1992 dice que «la no abstención en los casos en que proceda dará lugar a responsabilidad».

Por lo que hace a la responsabilidad disciplinaria o penal, este precepto debe ser completado con lo dispuesto en otros, ya que él solo no satisface las exigencias del mandato constitucional de tipicidad. Así, el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado contempla como falta grave «intervenir en un procedimiento administrativo cuando se dé alguna de las causas de abstención legalmente señaladas»²⁰². Como observa PARADA VÁZQUEZ, dicha intervención no está tipificada como delito, pero puede servir de «indicio decisivo para apreciar el delito de prevaricación o cohecho si, además del incumplimiento del deber de abstención, la resolución resultante es manifiestamente injusta o ha mediado precio o dádiva»²⁰³. En cualquier caso, es claro que el funcionario no incurrirá en responsabilidad cuando la participación en el procedimiento es consecuencia de la resolución negativa del incidente de abstención²⁰⁴. Por otra parte, no hay una norma equivalente que establezca como infracción administrativa la falta de abstención de las personas al servicio de la Administración que carecen de la condición de funcionarios, v. gr., las «autoridades».

Por lo que respecta a la responsabilidad patrimonial a la que pueda dar lugar la falta de abstención habrá que estar a las reglas generales establecidas en la Ley 30/1992.

²⁰¹ En este sentido, *vid.*, por ejemplo, las SSTS de 28-4-1979 (Ar. 2159), 19-10-1993 (Ar. 7367), 24-11-1993 (Ar. 9040) y 27-1-2000 (Ar. 52), y la STSJ de Castilla y León de 22-5-1998 (Ar. 3816).

²⁰² *Vid.* el art. 7.g) de este Reglamento (RD 33/1986, de 10 de enero), la STSJ de Castilla la Mancha de 26-5-1998 (Ar. 1391), la STSJ de Galicia de 11-11-1998 (Ar. 4725) y la STSJ de Castilla y León de 14-6-1999 (Ar. 1975).

²⁰³ PARADA VÁZQUEZ, *ob. cit.* (n. 172), p. 141.

²⁰⁴ En este sentido, GONZÁLEZ NAVARRO, *ob. cit.* (n. 1), p. 841.