

LAS CAUSAS DE ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

MIGUEL JOSÉ IZU BELLOSO

Doctor en Derecho

Vocal del Tribunal Administrativo de Navarra

RESUMEN. La regulación de las causas de abstención y recusación en el ordenamiento administrativo español se inspira directamente en el Derecho Procesal, se introduce gradualmente a partir de 1845 para determinados procedimientos o materias e inicia su generalización y unificación a partir de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. Desde la Constitución de 1978 forma parte del procedimiento administrativo común. Como una de las garantías de la objetividad de la Administración y de la imparcialidad de los funcionarios con que cuentan los ciudadanos, es común para todos los procedimientos, su regulación cae bajo la competencia del Estado y está sometida a reserva de ley.

PALABRAS CLAVE. Abstención. Recusación. Procedimiento Administrativo Común.

ABSTRACT. The regulation of grounds for abstention or recusal and disqualification under Spanish Administrative Law draws directly upon Procedural Law. Since 1845, it has been gradually introduced for certain procedures or matters and its generalization and unification began based on the Administrative Procedure Act of 1958. After the 1978 Constitution, it came to form part of common administrative procedure. As one of the guarantees citizens have of objectivity on the part of the Administration and the impartiality of the civil servants, it applies to all procedures, its regulation is the responsibility of the State and requires an Act of Parliament.

KEYWORDS. Abstention. Recusal. Disqualification. Common Administrative Procedure.

SUMARIO

I. LA EVOLUCIÓN DE LAS CAUSAS DE ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. 1. Origen y desarrollo hasta la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. 2. La Constitución de 1978 y el procedimiento administrativo común. II. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y PROCESO JUDICIAL. 1. Común naturaleza de las causas de abstención y recusación. 2. Las diferencias de significado en los ámbitos administrativo y judicial. III. LA REGULACIÓN DE LAS CAUSAS DE ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN. 1. La competencia estatal. 2. La reserva de ley.

I. LA EVOLUCIÓN DE LAS CAUSAS DE ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La regulación de las causas de abstención y recusación en el ordenamiento jurídico-administrativo español tradicionalmente ha venido formando parte de la materia de procedimiento administrativo y, a partir de la Constitución española de 1978 (CE), del procedimiento administrativo común.

1. Origen y desarrollo hasta la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958

Con anterioridad a la primera Ley de Procedimiento Administrativo, la de bases de 19 de octubre de 1889 (“Ley Azcárate”), la regulación sobre causas de abstención o recusación en el ámbito de la Administración tuvo un ámbito muy limitado. Decía COLMEIRO que en esa época en el ámbito gubernativo “*por regla general no se exigen trámites rigurosos para dictar la resolución definitiva*”, mientras que en la justicia administrativa, atribuida desde 1845 a órganos administrativos según el modelo francés, “*la administración guarda las formas de un juicio y sus decisiones tienen fuerza de sentencias ejecutorias*”¹. El establecimiento de un cauce procedimental expresamente regulado para la Administración, incluyendo causas de recusación, tuvo lugar antes en el ámbito de sus funciones jurisdiccionales que en el de sus funciones gubernativas o administrativas en sentido estricto². La técnica de la recusación se consideraba propia

1. Manuel COLMEIRO, *Elementos de derecho político y administrativo de España*, 3ª ed., Imprenta de F. Martínez García, Madrid, 1870, pág. 105.

del ámbito judicial³; surgida dentro del Derecho Procesal, en el siglo XIX se regula en las leyes de enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio (1830), de enjuiciamiento civil (1855), del poder judicial (1870) y de enjuiciamiento criminal (1882) con motivos estrictamente tasados según el ejemplo del *Code de procédure civil*⁴. Se rompía así con el régimen tradicional del Derecho castellano que solo exigía genéricamente alegar y probar una causa justa⁵.

2. Se defendía incluso que la Administración no debía estar sometida a normas de procedimiento. Así, José POSADA HERRERA, *Lecciones de Administración*, Madrid, 1843, pág. 85, afirma: "*La administración necesita tener una acción libre, desembarazada, para resolver en todos los casos y para que nunca la sociedad quede sin defensa y es necesario también que no tenga precisión de obrar dentro de ciertos días, dentro de ciertas fórmulas y de ciertos trámites*". No obstante, como indica Alejandro NIETO, *Los primeros pasos del Estado constitucional*, Ariel, Barcelona, 1996, pág. 460, "*la ausencia de una formulación unitaria, tanto doctrinal como legal, no excluye naturalmente la existencia de múltiples regulaciones, algunas muy precisas, de materias concretas, como las de las distintas rentas, los expedientes de contrabando, venta de bienes nacionales, ciertas contrataciones, etc., etc., que nunca respondieron a inspiraciones generales y de las que tampoco se intentaron inducir principios comunes. Fraccionamiento procedimental al que hay que añadir la pluralidad resultante de las organizaciones administrativas*".
3. POSADA HERRERA, *Lecciones...* citada, pág. 281, propugnaba que fuese la propia Administración la encargada de los asuntos contenciosos mediante tribunales de nombramiento gubernativo presididos por los jefes políticos, pero se mostraba poco entusiasta de introducir la recusación en el ámbito administrativo: "*La recusación está sumamente coartada en los juicios civiles, y debe estarlo mucho más en los juicios contencioso-administrativos*"; "*¿Deberán temer los individuos particulares de los jueces encargados de la resolución de los negocios contencioso-administrativos, por la enemistad que les profesen, por el parentesco con la parte contraria, o por el odio que pudiese dirigirlos, nacido de diversas opiniones, del espíritu político o administrativo que domina en estos cuerpos? Pues contra esto de nada sirve la recusación, contra esto no se puede buscar la garantía en las personas de los jueces, sino en la responsabilidad de los ministros*".
4. El art. 121 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 se iniciaba con una expresión terminante: "*Son únicamente causas legales de recusación...*", todavía más tajante que la que encabezaba el art. 378 del *Code de procédure civil* francés de 1806: "*Tout juge peut être récusé pour les causes ci-après...*".
5. Véase Santos M. CORONAS GONZÁLEZ, *La recusación judicial en el Derecho histórico español*, Anuario de Historia del Derecho Español, Tomo LII, 1982; y Carlos GARRIGA ACOSTA, *Contra iudicii improbitatem remedia: la recusación judicial como garantía de la justicia en la Corona de Castilla*, *Initium: Revista catalana d'història del dret* nº 11, 2006. La Novísima Recopilación de Leyes de España de 1806 regulaba las recusaciones de jueces y, entre otras, recogía la siguiente norma de 1480 (Libro XI, Título II, Ley III): "*Ordenamos, que cada y quando que alguno quisiere recusar por sospechoso á alguno de nuestro Consejo que en él residiere, ó de los nuestros Oidores, ó de los nuestros Alcaldes de la nuestra Casa y Corte, ó de la nuestra Chancillería, que lo pueda hacer, jurando la sospecha en debida forma, y poniéndola honestamente; y en tal caso los otros del Consejo, ó los Oidores ó Alcaldes que no fueren recusados, vean breve y sumariamente, sin hacer autos ni procesos, si la tal sospecha es cierta y verdadera, ó no; y si hallaren ser verdadera, que el tal recusado no conozca mas de la causa, y los otros la determinen*". La concreción de las causas se hizo principalmente por vía doctrinal, aunque algunas normas precisaron causas determinadas, como la Pragmática de 10 de octubre de 1574 (ibidem, Ley XIX) que se refería al parentesco o afinidad y a la amistad o enemistad, o el auto del Consejo de 9 de octubre de 1596 que en caso de parentesco estableció el límite del quinto grado para el de consanguinidad y del cuarto para el de afinidad (...continúa).

La recusación se introduce también expresamente en las primeras normas que irán configurando los órganos de lo que luego será la jurisdicción contencioso-administrativa, a diferencia del caso francés donde, ante el silencio de la ley, fue por vía jurisprudencial que se aplicó el mismo régimen de los jueces civiles a los miembros del Consejo de Estado, de los Consejos de Prefectura y demás tribunales administrativos. Los reglamentos que regulan la actuación “*en los negocios contenciosos de la Administración*” de los Consejos Provinciales y del Consejo Real⁶, aprobados por Reales Decretos de 1 de octubre de 1845 y de 30 de diciembre de 1846, respectivamente, preveían que pudieran ser recusados sus miembros (salvo los Jefes políticos que presidían los Consejos Provinciales) en los siguientes casos⁷:

- 1.º Si fueren parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado civil inclusive de alguno de los litigantes.
- 2.º Si al tiempo de la recusación o dentro de los tres años precedentes siguieren o hubieren seguido causa criminal con alguna de las partes, su cónyuge o sus consanguíneos o afines en línea recta.
- 3.º Si al tiempo de la recusación o dentro de los seis meses precedentes siguieren o hubieren seguido pleito civil con alguna de las personas mencionadas en el párrafo anterior, con tal que el pleito haya empezado antes de aquel en que se proponga la recusación.
- 4.º Si fueren tutores, curadores o defensores de cualquiera de las partes o administraren un establecimiento o compañía que sea parte en el litigio.

(...) En el ordenamiento de Navarra, vigente hasta el proceso de codificación decimonónica, también se exigía con carácter general una causa justa de recusación e igualmente existieron normas que ofrecían alguna mayor concreción: los jueces podían recusarse en las causas en que sus hijos fueran abogados (Libro 2, Título I, Ley 42 de la Novísima Recopilación de las Leyes del Reino de Navarra de 1735) y por razón de parentesco alcanzaba hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad contado según las normas del Derecho canónico (ibídem, Ley 43). Este régimen de causas no tasadas ha pervivido únicamente para los árbitros; la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje en su art. 17.3 dispone que “*un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia*”.

6. A partir de 1858 pasó a denominarse Consejo de Estado.
7. La regulación de causas de recusación para estos órganos es consecuente con la concepción que tenía de los mismos Francisco Agustín SILVELA, su inspirador. En *Colección de proyectos, dictámenes y leyes orgánicas ó Estudios prácticos de Administración*, Imprenta Nacional, Madrid, 1839, pág. 201, explica sobre el sistema francés que tomaba como modelo: “*Allí los Consejos de Provincia son verdaderos tribunales administrativos de primera instancia que ofrecen al interés individual las garantías que le son debidas*”.

La posterior Ley sobre el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de septiembre de 1888 (“Ley de Santamaría de Paredes”) no estableció un régimen específico de recusación, pero su art. 105 disponía la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en todo lo no específicamente regulado en la misma; similar solución mantendrán las ulteriores leyes jurisdiccionales de 1956 y 1998. El art. 189 de la LEC de 1881 establecía como causas legítimas de recusación, que también lo eran de abstención, las siguientes:

- 1.^a El parentesco de consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado civil, con cualquiera de los litigantes.
- 2.^a El mismo parentesco, dentro del segundo grado, con el Letrado de alguna de las partes que intervengan en el pleito.
Esto se entenderá sin perjuicio de hacer cumplir las prohibiciones que tienen los Abogados para encargarse de la defensa de asuntos en que deban conocer como Jueces sus parientes dentro de dicho grado.
- 3.^a Estar o haber sido denunciado por alguna de las partes como autor, cómplice o encubridor de un delito, o como autor de una falta.
- 4.^a Haber sido defensor de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito como Letrado, o intervenido en él como Fiscal, perito o testigo.
- 5.^a Ser o haber sido tutor o curador para bienes, o haber estado bajo tutela o curaduría de alguno que sea parte en el pleito.
- 6.^a Ser o haber sido denunciador o acusador privado del que recusa.
- 7.^a Tener pleito pendiente con el recusante.
- 8.^a Tener interés directo o indirecto en el pleito o en otro semejante.
- 9.^a Amistad íntima.
- 10.^a Enemistad manifiesta.

Estas causas fueron recogidas expresamente en el art. 138 del reglamento de procedimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa (Real Decreto de 20 de diciembre de 1890) añadiendo la de “*haber concurrido a dictar sentencia en el pleito en la primera instancia, cuando la recusación se proponga en la segunda*”.

Las primeras normas que establecen causas de abstención o recusación en un procedimiento administrativo *stricto sensu* van apareciendo de forma aislada a partir de la segunda mitad del siglo XIX en la regulación de los tribunales de oposición para el ingreso en algunos cuerpos de funcionarios civiles y

militares, a veces sin diferenciar claramente entre causa de incompatibilidad y de abstención o recusación⁸. Por el contrario, la legislación general sobre funcionarios hasta bien entrado el siglo XX, incluidos el “Estatuto de Maura” (Ley de 22 de julio de 1918) y su reglamento de desarrollo (Real Decreto de 7 de septiembre de 1918), guardó silencio al respecto⁹.

La Ley de bases de Procedimiento Administrativo de 1889, la primera que establece normas generales más allá de las que hasta entonces habían regulado procedimientos específicos para determinadas materias¹⁰, no contenía

-
8. Así, por ejemplo, el Reglamento de ingreso en el cuerpo administrativo de la Armada (Real Orden de 1 de diciembre de 1860) en su art. 38 prohíbe que sean miembros de las Juntas examinadoras los parientes de los aspirantes hasta el tercer grado. El Reglamento provisional para el ingreso en el profesorado público (Decreto de 15 de enero de 1870), que suponía la generalización de la oposición, en su art. 18 reconocía a los opositores el derecho de recusar en conjunto hasta a la tercera parte del tribunal calificador, que se componía de nueve “jueces”, sin necesidad de causa específica. La misma previsión se mantuvo en el art. 10 del reglamento para provisión de oposiciones a cátedras aprobado por Decreto de 1 de junio de 1873, mientras que el aprobado por Decreto de 29 de marzo de 1874 suprimió cualquier referencia a la recusación aunque preveía la “renuncia” de los miembros del tribunal calificador por parentesco de hasta cuarto grado. La Real Orden de 13 de enero de 1883 determinó que, a falta de normas específicas la recusación era posible “*siempre que se funden en causa de las reconocidas por el derecho común y se justifiquen en debida forma*”; el Real Decreto de 15 de mayo de 1884 sobre tribunales de oposiciones a cátedras ratificó el derecho de los aspirantes a recusar “*por causa justa y bien probada*”, aunque contra la decisión del Gobierno al respecto no cabía recurso. Es decir, la cuestión quedaba remitida a las disposiciones de la LEC, norma que se mantendría en los sucesivos reglamentos sobre oposiciones hasta la LPA de 1958. El Reglamento orgánico del cuerpo de Correos (Real Decreto de 15 de diciembre de 1896) preveía la recusación de miembros del tribunal de oposiciones de ingreso por parentesco dentro del cuarto grado canónico. El Reglamento de ingreso en el cuerpo de Sanidad de la Armada (Real Orden de 16 de enero de 1914) disponía que no podía formar parte del tribunal quien tuviese algún pariente hasta el cuarto grado entre los opositores. El art. 506 del Reglamento Hipotecario (Decreto de 14 de febrero de 1947) introducía para los tribunales de la oposición de ingreso de Registradores de la Propiedad un régimen denominado de incompatibilidad que en realidad llevaba implícita una obligación de abstención: “*Si fuera admitido como opositor y no renunciare a actuar, retirando su documentación antes de empezar los ejercicios, alguno que se halle dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con algún miembro del Tribunal, se declarará la incompatibilidad de éste para ejercer el cargo y se nombrará al que haya de sustituirle. A estos efectos, el día de la constitución del Tribunal declarará formalmente cada uno de sus miembros, haciéndolo constar en acta, que no se halla incurso en incompatibilidad*”.
 9. No obstante parece que a falta de norma expresa se aplicaron, y no solamente en el ámbito de selección del profesorado aludido en la nota anterior, las causas de recusación de la LEC. Así lo sugiere Enrique SERRANO GUIRADO, *Los actos del procedimiento de selección de funcionarios*, Revista de Administración Pública nº 8, mayo-agosto 1952, pág. 142: “*Es norma común reconocer a los admitidos a concursos y oposiciones el derecho de recusar a los componentes del Tribunal por causas claramente comprobadas, establecidas por el derecho común*”.
 10. Entre las cuales habían recibido especial atención, además de las ya citadas de ingreso de los funcionarios, las de hacienda; a destacar la Ley de 31 de diciembre de 1881 del procedimiento en los asuntos económico-administrativos (“Ley Camacho”) y su reglamento provisional aprobado por Real Decreto de la misma fecha.

ningún régimen sobre abstención y recusación. Era un texto breve que ordenaba a cada ministerio elaborar su propio reglamento de procedimiento, para todas sus dependencias o grupos de ellas, con arreglo a unos pocos principios generales¹¹. Fue en algunos de los reglamentos particulares de los ministerios que se van dictando a lo largo del fin del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX donde aparecen unas causas de abstención y recusación de aplicación general e inspiradas en las normas procesales ya citadas; recordemos que la procesalización, con directo influjo del ámbito jurisdiccional, ha sido una característica constante en el desarrollo de la legislación de procedimiento administrativo¹². El primero en regular un régimen de recusación fue el Reglamento de procedimiento del Ministerio de la Guerra (Real Decreto de 25 de abril de 1890)¹³, mientras que el del Ministerio de Trabajo (Decreto de 2 de abril

11. El Ministerio de Ultramar se había adelantado y mediante Real Decreto de 21 de septiembre de 1888 se aprobaba su reglamento de procedimiento administrativo, el cual tampoco contemplaba régimen de recusación alguno.

12. FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español. El acto y el procedimiento administrativos*, Eunsa, Pamplona, 1997, pág. 494 y ss., explica la diferencia entre procedimiento y proceso. Ambos consisten en una serie sucesiva de actos dirigidos hacia un fin, que culmina con la adopción de una decisión final o una actuación material; la diferencia es que en el proceso existe por parte del sujeto pasivo de la función pública que se ejerce el derecho a participar en la formación de esos actos. En contra de lo que suele afirmar el paradigma tradicional del Derecho Procesal, el proceso no se produce sólo en el ámbito de la función jurisdiccional, sino que puede darse en el ejercicio de cualquier función pública; la Administración a veces actúa a través de un simple procedimiento, pero muchas otras a través de un auténtico proceso. Por ello este autor propugna la elaboración de una Teoría General del Proceso común para los ámbitos jurisdiccional y administrativo, e incluso legislativo y político. Cuando hablamos de procesalización del procedimiento administrativo, por tanto, no aludimos solamente a la adopción de formas exteriores similares a las del proceso jurisdiccional, sino a que paulatinamente se reconoce, amplía y regula el derecho a participar en él de los interesados. Así, los sujetos pasivos son cada vez más activos dentro del procedimiento, el súbdito pasa a ser administrado y luego ciudadano. Entre las primeras facultades que se conceden a esos interesados aparece, naturalmente, la de recusación; la obligación de abstención por las mismas causas surge posteriormente y puede tener lugar no solamente en el seno de un proceso (judicial o administrativo) sino también en el de un simple procedimiento sin sujetos pasivos (por ejemplo, la elaboración de ciertas disposiciones generales, la desafectación demanial, o la declaración de lesividad con anterioridad a la Ley 4/1999).

13. Su art. 38 disponía lo siguiente: "*De igual manera, durante la tramitación del expediente, podrán los interesados promover el recurso de incompetencia contra el funcionario que hubiere de informar o resolver, siempre que en él concurra alguna de las causas de recusación que a continuación se enumeran: 1.ª El parentesco de consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado civil con cualquiera de los interesados en el expediente. 2.ª El mismo parentesco, dentro del segundo grado, con el representante legítimo de los interesados. 3.ª Estar o haber sido denunciado por éstos como culpable de delito o falta. 4.ª Ser o haber sido tutor o curador para bienes, o haber estado bajo la guarda legal de alguno de los interesados. 5.ª Ser o haber sido su denunciador o acusador privado. 6.ª Tener pleito pendiente con el interesado, amistad íntima o enemistad manifiesta. 7.ª Tener interés directo o indirecto en el expediente.*"

de 1954) fue el último con un régimen propio de recusación¹⁴ y uno de los últimos en aprobarse bajo la vigencia de la Ley de 1889¹⁵.

También aparece de forma tardía la recusación en las disposiciones sobre régimen disciplinario de los funcionarios públicos, en particular en relación con los instructores y secretarios de los expedientes sancionadores¹⁶. Así, en el art. 117 del Reglamento de funcionarios de la Administración Local (Decreto de 30 de mayo de 1952); anteriormente las normas disciplinarias solían limitarse a exigir un previo expediente para imponer la sanción, y es probable que se aplicaran sin más las causas de la LEC. En cambio sí se preveía expresamente la recusación para los miembros de los Tribunales de Honor habituales en determinados cuerpos superiores de la Administración civil y militar, lo cual no deja de ser curiosamente contradictorio dada la escasa garantía que ofrecía el funcionamiento de estos órganos¹⁷.

Por Decreto-Ley de 13 de mayo de 1955 se regularon las incompatibilidades de los funcionarios de la Administración civil del Estado. Su exposición de

-
14. Su art. 5 disponía: “*Contra cualquier funcionario que hubiera de intervenir en la formulación de propuesta de un expediente, podrá promoverse recusación por quienes tengan interés en aquél, la cual habrá de fundarse en alguna de las causas que a continuación se indican: a) Parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado civil, o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados en el expediente. b) Igual parentesco dentro del segundo grado con el Letrado de alguna de las partes que intervengan en el asunto. c) Haber sido defensor de alguna de las partes o emitido dictamen sobre el problema como Letrado. d) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta, acreditadas de manera concluyente, con alguno de los interesados. e) Tener cuestión litigiosa con alguno de éstos o interés personal en el expediente, o en otro semejante cuya resolución pudiera influir en aquél; y f) Tener relación de servicio o dependencia con alguno de los interesados*”.
15. Posterior es el reglamento del Ministerio de Industria (Decreto de 7 de septiembre de 1954), que no contenía ningún régimen de abstención o recusación como sucedía todavía en los reglamentos de varios ministerios.
16. Además de las disposiciones de las leyes de enjuiciamiento civil y criminal, las normas de procedimiento disciplinario tenían como antecedente las normas sobre recusación en los consejos de guerra contenidas en las ordenanzas militares y extendidas luego también al régimen disciplinario de la Milicia Nacional (Ordenanza de 29 de julio de 1822) y de la Guardia Civil (Reglamento Militar aprobado por Real Decreto de 15 de octubre de 1844).
17. La recusación de los miembros de Tribunales de Honor se regulaba con carácter general en el art. 73 del Reglamento de desarrollo del “Estatuto de Maura” (Real Decreto de 7 de septiembre de 1918) en relación con “*el parentesco, la amistad íntima o la enemistad manifiesta*”, y también en diversas normas singulares, como por ejemplo los Reales Decretos de 25 de mayo de 1900 para el Cuerpo de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, de 4 de septiembre de 1901 para profesores de Universidad e Institutos o de 4 de febrero de 1924 para los Cuerpos Médicos. Abolidos en su totalidad por el art. 95 de la Constitución de 1931 reaparecieron tras el alzamiento militar con el Decreto de 17 de noviembre de 1936 que los restablecía para el Ejército y la Marina de Guerra y fueron regulados por la Ley de 17 de octubre de 1941 de bases del procedimiento de los Tribunales de Honor, que preveía la abstención o recusación de sus miembros “*por causa de parentesco, amistad íntima o enemistad manifiesta o por tener interés personal*”, quedando definitivamente prohibidos por el art. 26 de la Constitución de 1978 “*en el ámbito de la Administración Civil y de las organizaciones profesionales*”.

motivos señalaba como uno de sus fines evitar el recelo en la parcialidad de los funcionarios “*sin medios reglados que faciliten la abstención de éstos o su recusación por parte legítima*”, por ello y aunque fuera materia de procedimiento se establecía en su art. 1.3 un régimen supletorio de abstención y recusación aplicable en su defecto¹⁸. Por su parte el Reglamento de Expropiación Forzosa (REF) aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957, todavía hoy vigente con modificaciones parciales, introdujo un régimen específico de abstención y recusación para los miembros de los Jurados de Expropiación. En su art. 32.3 establece como causas que el expediente afecte a parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que tengan algún derecho o interés sobre los bienes objeto de expropiación¹⁹.

-
18. Enrique SERRANO GUIRADO, *Las incompatibilidades de autoridades y funcionarios*, Revista de Administración Pública nº 19, enero-abril 1956, pág. 153. Las causas de abstención y recusación quedaban reguladas como sigue: “*El funcionario promoverá por escrito ante su jefe inmediato la actuación de quien le sustituya reglamentariamente, y se abstendrá de intervenir, por razón de su cargo, en la tramitación y resolución de los asuntos en que él tenga interés personal o en otro semejante cuya decisión pudiera influir en la de aquéllos; de los asuntos en que hubiere ejercido, anteriormente, actividades profesionales o privadas al servicio de entidades o particulares; de los asuntos en que tenga interés directo persona con quien le ligue parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado civil, o de afinidad dentro del segundo, o parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad con mandatario o representante legal que intervenga en aquéllos, y de los asuntos con cuyos interesados le una amistad íntima o le separe enemistad manifiesta o tenga cuestión litigiosa pendiente. Sin perjuicio de esta obligación del funcionario, podrán los interesados, en cualquier momento de la tramitación del expediente, promover, por cualquiera de los motivos consignados en el párrafo anterior, la recusación del funcionario, formulándola por escrito, con expresión concreta de la causa o causas en que la funden y aportando las pruebas que demuestren la incompatibilidad*”.
19. La STS de 1 de febrero de 1992 (RJ 1992/796), entre otras, considera que las causas de abstención o recusación de la LPA de 1958 no se aplican a los miembros del Jurado de Expropiación al tener señaladas de modo específico las del REF. Solución muy discutible dado el carácter de norma superior y posterior de la LPA, dado que los Jurados son órganos de la Administración del Estado (STS de 5 de octubre de 1979, RJ 1979/3428) y que esta materia no es de las que el art. 1 LPA señala como de aplicación solo supletoria en los procedimientos especiales declarados vigentes, y nada defendible en la actualidad dada la aplicación general de la LRJAP-PAC a todas las Administraciones Públicas. La STS de 26 de junio de 2001 (RJ 2001/7211) parece que corrige el anterior criterio al afirmar, en relación con un Jurado de Expropiación, “*que no existía causa de abstención de las previstas en el artículo 28 de la Ley 30/1992*”. En el mismo sentido la STSJ de Cantabria de 12 de enero de 1999 (RJCA 1999/60). No obstante la jurisprudencia anterior del TS sigue siendo todavía invocada y aplicada, por ejemplo, por la STSJ del País Vasco nº 335/2009, de 14 de mayo (JUR 2009/345255). Actualmente las normas autonómicas que regulan los Jurados de Expropiación de Cataluña (Decreto 120/2009, de 28 de julio), Comunidad de Madrid (Decreto 71/1997, de 12 de junio), Galicia (Decreto 223/2005, de 16 de junio) y Principado de Asturias (Decreto 22/2004, de 11 de marzo), así como la homóloga Comisión de Valoraciones de Canarias (Decreto 124/2007, de 24 de mayo), se remiten a la aplicación de las causas de abstención y recusación de la LRJAP-PAC.

En el ámbito propio de la Administración Local también aparece paulatinamente la regulación de los motivos de abstención y recusación. Algunas de las que posteriormente serán causas de abstención se confunden inicialmente, al menos en parte, con causas de incapacidad en la legislación municipal. Así, el art. 18 de la Ley de Ayuntamientos de 1840 declaraba que no podían ser miembros “*los arrendatarios de los propios, arbitrios o abastos de los pueblos*”, a los cuales el art. 22 de la ley de 1845 añadió “*sus fiadores*”, mientras que el art. 37 de la ley de 1856 declaraba inelegibles para alcaldes y regidores a “*los que al tiempo de verificarse las elecciones fuesen abastecedores de algún ramo o servicio municipal, o arrendatarios de las fincas de propios*”; desde el art. 39 de la Ley Municipal de 1870 se estableció que no podían ser concejales tanto quienes directa o indirectamente tuvieran parte en servicios, contratas o suministros públicos dentro del término municipal y los deudores contra los que se hubiera expedido apremio, como los que tuvieran entablada contienda judicial o administrativa con el Ayuntamiento²⁰; su art. 116 estableció las mismas incompatibilidades para desempeñar el cargo de secretario, y el Reglamento de Secretarios de Ayuntamiento, Interventores de fondos y empleados municipales (Real Decreto de 23 de agosto de 1924) las extendería también a los interventores. Por otro lado algunas de las leyes municipales impusieron el principio general de que deberían ausentarse del salón de sesiones los corporativos cuando se trataran asuntos personales o relativos a los propios concejales y sus parientes dentro del cuarto grado²¹.

El Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 17 de mayo de 1952 (ROF) abordó por fin la regulación exhaustiva de la materia. Su art. 227 dispuso que “*el Alcalde y los concejales no podrán tomar parte en las deliberaciones y acuerdos sobre asuntos en que tengan interés directo, ya sea personalmente o como encargados o apoderados o que afecten de igual modo a sus parientes, hasta el tercer grado, inclusive*”, mientras que su art. 297 establecía cuatro causas de recusación de los funcionarios:

- a) Parentesco de consanguinidad o afinidad dentro del tercer grado con alguno de los interesados o sus mandatarios o con cualquier persona a la que pudiera afectar la resolución;

20. El Estatuto Municipal de 1924, la Ley Municipal de 1935 y la Ley de Bases de Régimen Local de 1945 añadieron como sujetos afectados por este motivo de incapacidad a los abogados y procuradores de los litigantes. De todas estas causas ha pervivido hasta hoy como causa de incompatibilidad únicamente la de ser contratista o subcontratista de la entidad local (art. 178.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General); las demás han devenido únicamente en causa de abstención o recusación.

21. Así, la Ley Municipal de 1870 en su art. 101, la de 1877 en el 106 y el Estatuto Municipal de 1924 en el art. 133.

- b) Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de aquellos a quienes la resolución beneficie o perjudique;
- c) Interés personal en el expediente o en otro que con él se relacione;
- d) Litigio pendiente con el funcionario de que se trate.

La Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 (LPA) supuso la unificación del régimen de la abstención y recusación para la Administración del Estado y la aplicación general a todos sus órganos y procedimientos, y provocó que la doctrina administrativista comenzara a ocuparse de un tema hasta entonces generalmente ignorado. Su exposición de motivos explicaba que *“en cuanto a la recusación y abstención, la Ley apenas sí introduce algunas innovaciones respecto a los preceptos contenidos en los Reglamentos de Procedimiento Administrativo que se referían a aquéllas”*. Su art. 20 establecía lo siguiente:

1. La autoridad o funcionario en quien se dé alguna de las circunstancias señaladas en el párrafo siguiente se abstendrá de intervenir en el procedimiento y lo comunicará a su superior inmediato, quien resolverá lo pertinente.
2. Son motivos de abstención los siguientes:
 - a) Tener interés personal en el asunto o ser administrador de sociedad o entidad interesada o en otro semejante cuya resolución pudiera influir en la de aquél, o cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.
 - b) 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.
 - c) Amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.
 - d) Haber tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.
 - e) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto.

El artículo siguiente establecía que en los mencionados casos podría promoverse recusación por los interesados. Es decir, las causas de abstención y recusación eran comunes y daban lugar al derecho y al deber de apartarse del

procedimiento por la persona afectada. La Disposición Final Cuarta anunciaba la unificación del régimen de procedimiento para la Administración Local con el de las demás Administraciones Públicas, facultando al Gobierno para revisar las disposiciones de procedimiento contenidas en la legislación de Régimen Local. Posteriormente la Ley de Bases de Régimen Local de 19 de noviembre de 1975 en su base 41 sobre procedimiento establecía que las entidades locales ajustarían su funcionamiento a los principios de la legislación general de la Administración el Estado. No obstante, esta proclamada unificación no se realizaría en la práctica hasta después de la Constitución de 1978.

2. La Constitución de 1978 y el procedimiento administrativo común

La tendencia a una regulación común del procedimiento administrativo que se plasmaba en la LPA recibe un espaldarazo definitivo con la Constitución de 1978 y fundamentalmente con la reserva que el art. 149.1.18 hace a la competencia exclusiva del Estado de *“las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas”*. Como han señalado la doctrina y la jurisprudencia, la imprecisa expresión *“procedimiento administrativo común”* en realidad no hace referencia a un procedimiento único o general, sino a unas normas comunes aplicables a una diversidad de procedimientos instruidos por todas las Administraciones Públicas en las distintas materias en las que actúan. Como explica FERNÁNDEZ, son los grandes principios y la estructura esencial del procedimiento, *“el único medio de asegurar ese mínimo de unidad que se viene resistiendo desde hace un siglo a los preceptos con que, de un modo otro, ha pretendido el legislador reducir la tendencia a la dispersión y al particularismo”*²², o según la STC 227/1988, de 29 de noviembre, *“la determinación de los principios o normas que, por un lado, definen la estructura general del iter procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración y, por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento”*. Se opta, pues, por un sentido muy lato del vocablo procedimiento.

22. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II; décima edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pág. 474.

Para la Administración Local la unificación de su régimen de procedimiento con el de las demás Administraciones Públicas queda consagrada con la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL), cuyo art. 76, en lo que aquí interesa, dispone que *“sin perjuicio de las causas de incompatibilidad establecidas por la Ley, los miembros de las Corporaciones locales deberán abstenerse de participar en la deliberación, votación, decisión y ejecución de todo asunto cuando concurra alguna de las causas a que se refiere la legislación de procedimiento administrativo y contratos de las Administraciones públicas. La actuación de los miembros en que concurran tales motivos implicará, cuando haya sido determinante, la invalidez de los actos en que hayan intervenido”*. En consecuencia el nuevo ROF aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, ya no especifica las causas de abstención y recusación sino que en sus arts. 21, 182 y 183 hay una remisión expresa a la legislación del procedimiento administrativo común.

La vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) regula de modo unificado la abstención y recusación en sus arts. 28 y 29, respectivamente, estableciendo en el primero de esos preceptos cinco motivos muy similares a los de la LPA:

- a) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.
- b) Tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato.
- c) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.
- d) Haber tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.
- e) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

Esta regulación de las causas de abstención y recusación en el procedimiento administrativo es hoy común a todas las Administraciones Públicas y

materias; toda la normativa sectorial que hace referencia a ellas opera una remisión a la legislación básica, expresamente a la LRJAP-PAC o se limita a transcribir más o menos literalmente los motivos de su art. 28. Así sucede, entre otras, con la materia de Administración Local a la que ya nos hemos referido, la de función pública²³, la de contratos públicos²⁴, o incluso con la materia tributaria pese a su especificidad en materia de procedimiento (Disposición Adicional Quinta de la LRJAP-PAC)²⁵. Únicamente en la regulación de ciertas instituciones u órganos de carácter político se produce en algún caso la regulación de otras causas distintas o adicionales de abstención y recusación²⁶.

No obstante lo dicho, podría suponerse, dada la ubicación de las normas sobre abstención y recusación tanto en la LPA (Título I, “*De los órganos administrativos*”) como en la LRJAP-PAC (Título II, “*De los órganos de las Administraciones Públicas*”), que no nos hallamos tanto en materia de procedimiento administrativo como de organización o de régimen jurídico de las Administraciones Públicas²⁷. La ubicación es engañosa y la opción del legislador poco acer-

-
23. A título de ejemplo, el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios del Estado aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, en su art. 7.1.g tipifica como falta grave “*intervenir en un procedimiento administrativo cuando se dé alguna de las causas de abstención legalmente señaladas*”, y lo mismo hace el art. 8.14 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de régimen disciplinario de la Guardia Civil.
24. Art. 294 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público: “*Las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que intervengan en los procedimientos de contratación deberán abstenerse o podrán ser recusados en los casos y en la forma previstos en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*”; en igual sentido el art. 100 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre Procedimientos de Contratación de Sectores Especiales.
25. Así, tanto la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, como su Reglamento general de desarrollo en materia de revisión en vía administrativa (Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo) o el Reglamento de Gestión e Inspección Tributaria (Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio) guardan silencio al respecto, por lo que implícitamente remiten a la aplicación de la LRJAP-PAC.
26. Así, por ejemplo, en el art. 7 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de conflictos de intereses de miembros del Gobierno y Altos Cargos de Administración (aunque diferencia entre unas causas de “*inhibición*” y otras de abstención, que son las de la LRJAP-PAC), en el art. 11 de la Ley Foral 14/2004, de 3 de diciembre, del Gobierno de Navarra y de su Presidente, o en el art. 11 de la Ley 2/2009, de 12 de febrero, del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña.
27. José Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1989, págs. 488-489, se sitúa en esa línea cuando explica que la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 regulaba aspectos que trascienden lo estrictamente procedimental: “*Aparte de los aspectos procesales propiamente dichos (iniciación, ordenación, instrucción, terminación, ejecución, términos y plazos, información, documentación, recepción y registro de documentos) la Ley también regula el sistema garantizador en vía gubernativa (revisión de oficio, recursos administrativos y reclamaciones previas a la vía judicial civil y laboral), establece reglas generales sobre los órganos administrativos (irrenunciabilidad de la competencia, delegación, avocación, funcionamiento de los órganos colegiados, conflictos de atribuciones, abstención y recusación) y sobre todo prescribe con pretensiones de exhaustividad el régimen jurídico de los actos administrativos (requisitos, eficacia, invalidez, ejecución)*”.

tada. La abstención o recusación no afecta a los órganos administrativos sino a las personas físicas que los sirven, sea como titulares –unipersonales o colegiados– o sea en funciones auxiliares o de apoyo técnico, adscritas o no a dichos órganos. Es obvio que los órganos no tienen intereses personales, ni parientes, ni amigos íntimos ni enemigos manifiestos; los tienen únicamente las personas. La existencia de un motivo de abstención o recusación no altera la competencia del órgano ni su titularidad. La persona afectada por una causa de abstención no se ve desposeída de su cargo o función, lo cual es propio de las causas de incapacidad e incompatibilidad; únicamente tiene el derecho y el deber de no participar en un concreto y determinado procedimiento administrativo²⁸; sólo cabe la abstención o recusación como un incidente dentro un procedimiento ya iniciado²⁹. Pero el procedimiento ha de ser instruido y resuelto por el mismo órgano ya que no hay desplazamiento ni alteración de la competencia, por principio irrenunciable (art. 12 LRJAP-PAC); las cuestiones de competencia siempre han constituido un incidente distinto del de abstención o recusación³⁰. Lo que se produce es, según los casos, la mera sustitución del titular del órgano unipersonal o del funcionario técnico o auxiliar, o la del miembro del órgano colegiado si está prevista la existencia de suplentes (art. 24.3 LRJAP-PAC) o su mero apartamiento dejando el procedimiento en manos del resto de sus miembros³¹. Al afectar a la persona, y no al órgano, y ceñirse al desarrollo de un único pro-

-
28. Se trata de un derecho y de un deber con límites perfectamente definidos, de modo que el funcionario debe abstenerse cuando concurre una causa para ello, pero sólo en tal caso, y tiene prohibido hacerlo si no existe el motivo legalmente previsto. En tal sentido el art. 24.1 de la LRJAP-PAC: “No podrán abstenerse en las votaciones quienes por su cualidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones Públicas, tengan la condición de miembros de órganos colegiados”; y como la STS de 15 de julio de 2003 (RJ 2003/5964) explica: “Debe entenderse que, tratándose de órganos unipersonales, fuera de los casos expresamente previstos por la ley como motivo de abstención, los titulares de los órganos competentes para decidir no pueden abstenerse voluntariamente de hacerlo. Existe el deber de la Administración de decidir sobre las cuestiones planteadas dentro de su competencia dictando resolución expresa en todos los procedimientos, una prohibición impuesta a la misma de abstenerse de resolver so pretexto de oscuridad, silencio o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso y el deber funcional de los titulares del órgano de cumplir con su cometido adoptando las decisiones que integran la voluntad de aquélla”.
29. Como explica la STS de 4 de abril de 2005 (RJ 2005/4528), quien deba abstenerse de intervenir en el procedimiento debe hacerlo desde el inicio del expediente (o desde que tiene conocimiento de la existencia de la causa de abstención), no sólo en el momento de votar o resolver.
30. Como explica Josep OCHOA I MONZÓ, *Abstención y recusación*, en José GARBÉRÍ LLOBREGAT (coord.), *El procedimiento administrativo común*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 605 y ss., el fundamento de la abstención es el deber de servir con objetividad los intereses generales, un deber más fuerte que el del ejercicio irrenunciable de las competencias atribuidas a un órgano administrativo.
31. Parece que en estos casos estamos en presencia de una sustitución, como dicen el art. 102 de la LEC y el art. 29.3 de la LRJAP-PAC, que no de la suplencia del art. 17 por “vacante, ausencia o enfermedad”, aunque es frecuente la confusión entre ambos términos (...continúa).

cedimiento y no a la competencia del órgano ni a la titularidad o adscripción de la persona, la ubicación lógica de las causas de abstención y recusación sería dentro de las disposiciones generales sobre procedimiento de la LRJAP-PAC, al igual que en la LEC se regula dentro del libro de disposiciones generales sobre los juicios civiles. Pero, en todo caso, esa más que discutible ubicación no altera ni la naturaleza jurídica ni los efectos de la abstención y la recusación.

II. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y PROCESO JUDICIAL

1. Común naturaleza de las causas de abstención y recusación

La ubicación de las causas de abstención y recusación en la materia de procedimiento administrativo común, además de por el origen procesal de la institución y lo demás ya expuesto en el apartado anterior, se hace más evidente si las comparamos con la otra regulación general existente sobre motivos de abstención y recusación, la contenida en el art. 219 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), aplicable a todas las jurisdicciones incluido el Tribunal Constitucional (art. 80 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre) y el Tribunal de Cuentas cuando ejerce actividad jurisdiccional (art. 15 de la Ley 7/1988, de 5 de abril)³². Que las causas de abstención y recusación se contengan en la LOPJ y no, como anteriormente, en las leyes de enjuiciamiento civil y criminal (en las cuales desde 2001 ha quedado únicamente la regulación de los correspondientes incidentes de abstención y recusación), pudiera apoyar la idea

(...) Como explica la STS de 3 de junio de 2004 (RJ 2004/4270) la suplencia se produce sólo en los casos legalmente tasados y *“no se puede acordar para un caso concreto sino que procede, por mandato de la Ley, para el despacho ordinario de todos los asuntos de la competencia del suplido”*; lo que indicaría que, por el contrario, procede la mera sustitución para expediente o procedimiento concreto cuando hay motivo de abstención o recusación. En la práctica las escasas normas que regulan la suplencia o la sustitución, sea por decisión del superior jerárquico o automáticamente, no suelen distinguir entre ambos conceptos. Así, por ejemplo, la Disposición Adicional 5ª del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre) sobre la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su apartado 8 dispone que *“a los vocales se les designará un suplente, designado del mismo modo que el titular, para que pueda suplirles en casos de ausencia, vacante, enfermedad, abstención y recusación”*.

32. Se exceptúa únicamente la jurisdicción militar, aunque el art. 53 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, contiene una regulación muy similar.

de que forman parte de la materia de organización o del estatuto de los miembros del Poder Judicial. Sin embargo, hemos de tener en cuenta que se contienen no casualmente en el Libro III de la LOPJ, “*Del régimen de los Juzgados y Tribunales*”, y no en el Libro I, “*De la extensión y límites de la jurisdicción y de la planta y organización de los juzgados y tribunales*”, ni en el IV, “*De los Jueces y Magistrados*”, que es el que contiene su estatuto. El legislador tiene en cuenta que se trata de normas eminentemente procesales. Los propios Jueces y Magistrados se ven vinculados a las causas del art. 28 de la LRJAP-PAC cuando actúan dentro de un proceso o procedimiento administrativo como el disciplinario, como instructor o secretario³³, el electoral³⁴, el de selección para el ingreso en la carrera judicial³⁵, o el de los actos del Consejo General del Poder Judicial³⁶. Y por otro lado, esas causas de la LOPJ no son aplicables solamente a Jueces y Magistrados, sino a todas las personas que ejercen alguna función en el proceso judicial, formen o no parte del órgano que lo tramita: Secretarios Judiciales (art. 446 LOPJ), demás funcionarios de carrera (art. 499 LOPJ), Ministerio Fiscal (art. 28 de su Estatuto Orgánico), peritos (arts. 99 y 124 LEC), Médicos Forenses (art. 499.3 LOPJ) o miembros del Tribunal del Jurado (art. 11 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, además de algunas causas de recusación específicas por su art. 21). Al igual que en el caso del estatuto de los funcionarios públicos, la única referencia a la abstención en el estatuto de Jueces y Magistrados es en su régimen disciplinario al tipificar como falta la no abstención cuando proceda (art. 417.8 LOPJ) o la abstención injustificada (art. 418.15 LOPJ), remitiéndose en cuanto a las causas de abstención a las legalmente previstas.

Al igual que en la LOPJ, en el ámbito administrativo las causas de abstención y recusación afectan no sólo al titular del órgano sino a todos quienes participan en el procedimiento, aunque sólo sea para asesorar o auxiliar y ni siquiera formen permanentemente parte del órgano (STS de 19 de julio de 2009, JUR 2009/390007, SAN de 24 de febrero de 2004, JUR 2004/133172, STSJ de Castilla y León 569/1999, de 14 de junio, RJCA 1999/1975)³⁷. Las causas de

33. Art. 425 bis de la LOPJ.

34. Art. 120 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

35. Art. 19.2 del Reglamento 1/1995 de la Carrera Judicial, aprobado por Acuerdo de 7 de junio de 1995 del Consejo General del Poder Judicial.

36. Art. 142 de la LOPJ.

37. No obstante lo cual, conviene sentar que tal doctrina ha de tener también sus límites. No tiene sentido que en una Junta de Compensación, entidad de naturaleza administrativa (art. 127 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana, texto refundido de 1976, y leyes autonómicas concordantes), que integra a los propietarios afectados en el ejercicio de la función pública urbanística, se exija a sus miembros que se abstengan precisamente por tener interés personal. Los motivos del art. 28 de la LRJAP-PAC sólo serán exigibles tomando su expresión inicial, “*las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones*”, en su sentido más estricto (...continúa en pág. siguiente).

abstención y recusación comparten también en el ámbito jurisdiccional y administrativo la característica de que su eventual concurrencia se resuelve como un incidente de previo y especial pronunciamiento con carácter suspensivo (del proceso o procedimiento o sólo de su resolución, según los casos) hasta que pueda garantizarse la imparcialidad de quien vaya a resolver. Una vez resuelto no da lugar a recurso, sin perjuicio de la posibilidad de alegarlas al interponer el recurso que proceda contra la resolución final³⁸.

2. Las diferencias de significado en los ámbitos administrativo y judicial

Hemos de señalar, no obstante, que junto a las apuntadas analogías las causas de abstención y recusación en el proceso judicial y en el proceso o procedimiento administrativo guardan ciertas diferencias de significado. La situación de cargos públicos y funcionarios que actúan en el seno de la Administración Pública es distinta respecto de los Jueces y Magistrados y restantes personas que intervienen en el proceso judicial. Y ello pese a, como señala MORELL OCAÑA, la *“tendencia asimilista y suplantadora de la Administración respecto a los Jueces, de modo que la Administración también se dedica a «hacer justicia»* que lleva a que dada la procesalización de la actividad administrativa *“en último término, el interesado accede al Juez como si éste sólo fuese competente en concepto de segunda instancia”*³⁹. Se mantienen las diferencias incluso en los casos en que las funciones de los empleados de la Administración guardan mayor semejanza con las desempeñadas por los miembros de la carrera judicial como son, entre otros, aquellos donde el procedimiento tiene un carácter *“triangular”* y la Administración desempeña una función arbitral con relación a otros sujetos⁴⁰, donde

(...) Los representantes de la Administración en dichos entes estarán sujetos al régimen de abstención o recusación, pero no el resto de los miembros de los que no se espera imparcialidad sino que defiendan sus intereses particulares. Lo mismo en otros casos de participación de los interesados en la composición de entes administrativos, como otras entidades urbanísticas colaboradoras (Juntas de Conservación, Comisiones Gestoras) o las comunidades de usuarios del art. 82 de la Ley de Aguas.

38. Arts. 29.5 y 77 LRJAP-PAC, arts. 221, 225 y 228 LOPJ, y arts. 102, 109 y 113 LEC. Como señala la STSJ del País Vasco nº 530/2006, de 27 de septiembre (JUR 2007/91257), en vía administrativa la resolución del incidente no es un acto de trámite cualificado que pueda impugnarse por separado en vía contencioso-administrativa, sino un acto definitivo que por ministerio de la ley no agota la vía administrativa y que deberá esperar al acto resolutorio que le ponga fin para acceder a su impugnación jurisdiccional.

39. LUIS MORELL OCAÑA, *Dirección de la Administración Pública por el Gobierno y garantías de imparcialidad administrativa*, en Revista de Administración Pública nº 156, septiembre-diciembre 2001, págs. 39-40.

resuelve recursos administrativos o donde desarrolla la instrucción y resolución de procedimientos sancionadores, materia esta última en la que se deben aplicar similares garantías procesales que en el ámbito judicial, como tiene establecido una abundante jurisprudencia al respecto. Pero la misma jurisprudencia que establece la existencia de ciertos principios comunes subraya también la distinta naturaleza que tienen una y otra función y los órganos que la realizan (STC 22/1990, de 15 de febrero) y que la imparcialidad judicial no es una de esas garantías trasladables, sin más, al procedimiento administrativo sancionador (ATC 186/2008, de 25 de junio). Con carácter general no cabe equiparar completamente las exigencias de la tutela efectiva de los jueces y tribunales, de un proceso público con todas las garantías y de la independencia judicial (arts. 24 y 117 CE), con las de la objetividad propia de la Administración Pública y la imparcialidad de los funcionarios (art. 103 CE). Las primeras son por naturaleza mucho más severas, en la doctrina jurídica incluso se han llegado a hacer sinónimos justicia e imparcialidad o, como afirma la STC 60/1995, de 16 de marzo, “*sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional*”. Los órganos administrativos deben actuar con objetividad, es decir, ajustándose a los criterios establecidos por las normas jurídicas y con neutralidad frente a los intereses particulares existentes, pero su misión esencial es la de procurar la definición y satisfacción de los intereses públicos. Con la imparcialidad del funcionario (que, como dice MORELL OCAÑA, supone que prescinde de su opinión y voluntad propias para ajustarse a las de la ley; ha de ejecutar y, en su caso, completar la voluntad de la ley, pero no suplantarla⁴¹) se quiere asegurar el desinterés subjetivo de la persona concreta. Pero ello no está al servicio del desinterés objetivo de la Administración; el servicio de los intereses generales supone que la actividad de la Administración se ejerce en asunto propio y, por tanto, no hay desinterés objetivo. Es tópico señalar el carácter de “*juez y parte*” de la Administración en el ejercicio de muchas de sus potestades (ATC 267/1997, de 14 de julio), salvo cuando actúa con el carácter arbitral al que antes nos hemos referido. En cambio, las autoridades judiciales no están vinculadas a la consecución de un interés específico, sino que se hallan en una posición *supra partes* desde la que pueden valorar objetivamente los diversos intereses en juego, públicos y privados, buscando la solución más justa.

-
40. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...* citado, pág. 525, señala como ejemplo de tales procedimientos, entre otros, el de declaración de ruina, el de auxilio y salvamento marítimos, el del permiso de investigación minera o el de sucesión en título nobiliario. FERNÁNDEZ, *Curso...* citado, pág. 486, alude a la apertura y traspaso de farmacias o al arbitraje de consumo.
41. LUIS MORELL OCAÑA, *El principio de objetividad en la actuación de la Administración Pública*, incluido en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, coordinados por LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, Civitas, Madrid, 1993, págs. 155 y ss.

Cierto que en algunos casos las garantías de imparcialidad en los miembros de órganos administrativos pueden sugerir, de hecho, que se espera una especial intensidad en ella. A este respecto podemos distinguir dentro de la Administración Pública distintos niveles. En unos casos nos hallamos con los órganos de carácter político y los cargos de libre designación, donde en la percepción social se da por hecho que el interés público puede estar mediatizado por otros intereses políticos, y precisamente por ello no podrán decidir sin el asesoramiento o informe previo de otros órganos administrativos integrados exclusivamente por funcionarios públicos que, no obstante su sumisión jerárquica a los órganos superiores, han de ajustar su actuación a la imparcialidad que deriva de su estatus profesional y que se sitúa en un nivel superior; y en un nivel aún superior encontramos los órganos administrativos que cuentan con especiales garantías de autonomía o no sumisión jerárquica de sus miembros en el ejercicio de determinadas funciones, garantías establecidas para protegerles de las indebidas influencias que pueden sufrir en el seno de la propia Administración de la que forman parte, y que son las que más se aproximan por ello a las propias de los órganos jurisdiccionales hasta el punto de que se genera una cierta *zona gris* entre ambos ámbitos⁴². Pero, en todo caso, se trata de una exigencia de imparcialidad que aunque se le pueda aproximar difícilmente puede alcanzar el mismo grado que la judicial. La doctrina ha puesto de relieve que la objetividad de la Administración es siempre una objetividad limitada; como explica FERNÁNDEZ “*el impulso que mueve a la organización es siempre un impulso decididamente político que hace –o puede hacer– sentir su influencia no sólo en la fase de decisión, sino también dentro del propio proceso de preparación de ésta*”; lo político y lo administrativo forman un continuo a todos los niveles de modo que “*esa visión tópica de una Administración neutral, mero aparato técnico de ejecución de unas decisiones que le llegan desde fuera y se le imponen, tiene mucho de simplista e ingenua y no se corresponde en absoluto con la realidad*”⁴³.

Como ha señalado la doctrina, la jurisdicción se caracteriza, además de por estar atribuida a Jueces y Magistrados independientes frente a los demás poderes del Estado e incluso frente a los demás órganos del propio Poder Judicial y con un estatus de inamovilidad absoluta (de la que carecen los funcionarios de

42. Entre ellos podemos citar los Tribunales Económico-Administrativos, los Jurados Provinciales de Expropiación, las Juntas de Contratación estatal y autonómicas, el Tribunal Administrativo de Navarra, el Consejo Tributario Municipal de Barcelona o el órgano para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas en municipios de gran población, etc.

43. Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Los principios constitucionales del procedimiento administrativo*, incluido en *Gobierno y administración en la Constitución*, volumen I, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1988, págs. 113-114.

la Administración, cuya inamovilidad es siempre relativa y cuya autonomía dentro de la organización estará siempre sometida a ciertas limitaciones), por ofrecer soluciones definitivas. La satisfacción que ofrece la jurisdicción “es permanente e irrevocable. Goza de la santidad de la cosa juzgada. Desde una óptica jurídico-formal, se fundamenta el Derecho administrativo precisamente en la diferencia entre acto administrativo –al que la Ley favorece con una eficacia inmediata pero destruible; es decir, con la presunción «iuris tantum» de su legalidad– y sentencia firme, obra del Poder judicial, que goza de la presunción «iuris et de iure» de que su contenido es correcto, por lo que se impone en todo caso (con la salvedad especial y excepcional del recurso extraordinario de revisión)”⁴⁴. Por contra, las decisiones administrativas no producen cosa juzgada sino que son revisables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, incluso son revisables de oficio por la propia Administración en determinados casos y con determinadas cautelas (arts. 102 a 106 LRJAP-PAC). De esta diferencia deriva la necesidad de que las garantías de imparcialidad judicial deban ser mucho más robustas.

La diferente intensidad de esas garantías implica, por ejemplo, que en el ámbito administrativo se establezca como regla general 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” (art. 28.3 LRJAP-PAC), mientras que en el ámbito judicial la norma sea la contraria, la intervención de un Juez o Magistrado que debió haberse abstenido determina la nulidad de las actuaciones por violación del derecho a un juez imparcial garantizado por el art. 24 CE⁴⁵. Establece el art. 228.3 de la LOPJ que “contra la decisión del incidente de recusación no se dará recurso alguno, sin perjuicio de hacer valer, al recurrir contra la resolución que decida el pleito o causa, la posible nulidad de ésta por concurrir en el juez o magistrado que dictó la resolución recurrida, o que integró la Sala o Sección correspondiente, la causa de recusación alegada”⁴⁶.

44. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Julio TOLEDO JÁUDENES, *Comentarios al Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas*, Editorial Civitas, Madrid, 1997 (2.ª edición), págs. 207 y ss.

45. STC nº 164/2008, de 15 de diciembre: “La imparcialidad y objetividad de los Jueces y Tribunales es una garantía fundamental de la Administración de Justicia dirigida a asegurar que la razón última de la decisión adoptada sea conforme al ordenamiento jurídico y por un tercero ajeno tanto a los intereses en litigio como a sus titulares (entre las últimas, SSTC 45/2006, de 13 de febrero, F. 4; y 143/2006, de 8 de mayo, F. 3). Por esta razón, este Tribunal ha declarado que las causas de abstención y recusación, en la medida en que están dirigidas a tutelar la imparcialidad del juzgador, integran este derecho fundamental proclamado por el art. 24.2 CE (entre las últimas, SSTC 306/2005, de 12 de diciembre, F. 2; y 116/2006, de 24 de abril, F. 3)”.

46. A esta diferencia se refiere expresamente la STS de 10 de febrero de 2005 (RJ 2005/3162): “Debemos partir de que el Pleno del CGPJ no es un Tribunal de Justicia, sino el órgano de gobierno del Poder Judicial y por ello, las causas de abstención de sus Vocales no son las mismas que concurren en los Magistrados de los Tribunales. (...continúa).

Este especial rigor en el Poder Judicial explica que el régimen de abstención y recusación de la LOPJ de 1985 haya sido modificado en el sentido de añadir nuevas causas pasando de las once iniciales a las dieciséis actuales⁴⁷, justificándose las sucesivas reformas en la necesidad de incrementar las garantías de la imparcialidad propia de Jueces y Magistrados, mientras que los motivos de abstención y recusación del procedimiento administrativo siguen siendo sustancialmente los mismos cuando menos desde 1958. También explica que la jurisprudencia haga hincapié no sólo en la imparcialidad objetiva y subjetiva sino incluso en la apariencia de imparcialidad de los órganos judiciales (STEDH 1998/44, de 2 de septiembre, STC 155/2002, de 22 de julio). Prevención contra las meras apariencias sobre la que, sin embargo, no se insiste en la misma medida y con carácter general en el caso de la actuación de la Administración Pública, y ello por su propia naturaleza de organización jerarquizada y bajo la dirección de órganos de carácter político que hace inevitable la posibilidad de sospechas de detrás de cualquier decisión administrativa puedan existir intereses no confesados. La garantía contra este riesgo no es la absoluta neutralidad administrativa, imposible de llevar a cabo, sino la posibilidad de revisión jurisdiccional.

En suma, aunque en una consideración dogmática, dada la vinculación conceptual existente entre el proceso judicial y el proceso administrativo, pueda imaginarse en una futura teoría general del proceso una regulación común de las causas de abstención y recusación, nuestro ordenamiento jurídico por el momento no ha dado tal paso y mantiene regímenes distintos y separados en cada ámbito.

III. LA REGULACIÓN DE LAS CAUSAS DE ABSTENCIÓN LA RECUSACIÓN

1. La competencia estatal

Al Estado le corresponde, como ya se ha mencionado, en virtud del art. 149.1.18 CE, competencia exclusiva sobre *“el procedimiento administrativo*

(...) *El propio artículo 28.3 de la Ley 30/1992 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, norma que justifica las diferencias que existen entre el régimen de abstención en los órganos judiciales y en los administrativos”.*

47. Reformas operadas por Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, y Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre.

común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas”. Por su parte, a las Comunidades Autónomas corresponde la competencia exclusiva sobre normas de procedimiento administrativo y, en su caso, económico administrativo que se deriven de las especialidades del Derecho sustantivo o de la organización propios de la respectiva comunidad, como se recoge con diversas redacciones y matices en los Estatutos de Autonomía. La Comunidad Autónoma puede entrar a dictar normas específicas cuando las necesidades de la propia organización administrativa lo requieran, adaptando las normas a sus propios órganos, y en cuanto al Derecho sustantivo la situación es la misma que se produce en relación con la legislación procesal, sobre la cual el Tribunal Constitucional tiene establecida la doctrina de que la competencia asumida por las Comunidades Autónomas no les permite introducir normas procesales por el mero hecho de haber promulgado regulaciones de Derecho sustantivo sino tan sólo pueden introducir aquellas innovaciones que inevitablemente se deduzcan de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por el Derecho autonómico (STC 47/2004, de 25 de marzo). Esta analogía entre competencias sobre legislación procesal y sobre legislación de procedimiento administrativo también ha sido puesta de manifiesto por la doctrina constitucional (STC 71/1982, de 30 de noviembre, y 83/1986, de 26 de junio), y específicamente que el ejercicio de la competencia autonómica para dictar normas de procedimiento administrativo exige de la existencia de determinadas peculiaridades que requieran necesariamente una normación de desarrollo específica (STC 16/2003, de 30 de enero). Entre las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento, que forman parte del procedimiento administrativo común cuya regulación es competencia exclusiva del Estado, y específicamente sobre la imparcialidad y neutralidad en el actuar de la Administración, se hallan las causas de abstención y recusación (STS de 15 de julio de 2003, RJ 2003/5964), hasta el punto de que los interesados gozan de un auténtico derecho a formular la recusación (STS de 16 de febrero de 1998, RJ 1998/2187) cuya violación puede conllevar la invalidez de lo actuado (STS de 19 de febrero de 2001, RJ 2001/4062). El ya citado art. 76 de la LBRL dispone expresamente que la actuación de los miembros en que concurran motivos de abstención implica, cuando haya sido determinante, la invalidez de los actos en que hayan intervenido, y la misma solución puede proceder en otros casos de órganos unipersonales cuando se produce confusión entre intereses públicos y privados (STS de 4 de abril de 2005, RJ 2005/4528).

En suma, la regulación de las causas de abstención y recusación se incardina claramente en ese contenido del procedimiento administrativo común que forma parte de las competencias estatales que ofrecen a los ciudadanos unas garantías y un tratamiento común ante las Administraciones Públicas. A

diferencia del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios no se trata de unas bases que las Comunidades Autónomas puedan desarrollar, por ejemplo, añadiendo nuevas causas de abstención y recusación a las recogidas en la LRJAP-PAC (STC 23/1993, de 21 de enero)⁴⁸. Un conjunto de motivos de abstención y recusación distinto para cada procedimiento, Administración u órgano administrativo que actúe no cumpliría adecuadamente la misión de ofrecer garantías y un tratamiento común a los ciudadanos ante la Administración y resultaría contrario al principio de seguridad jurídica que la jurisprudencia ha puesto en conexión con una de las características esenciales que tiene en el ordenamiento jurídico español la regulación de los motivos de abstención y recusación, tanto en ámbito judicial como administrativo, y que ya ha sido mencionada: la existencia de una relación cerrada y taxativa, de un *numerus clausus* (STC 69/2001, de 17 de marzo,

48. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...* citado, pág. 556 y ss., critica la redacción del art. 149.1.18 y entiende que no existe un procedimiento administrativo común, sino una serie de recursos procesales que se han contenido en la LPA bajo la impropia denominación de procedimiento, y que procedimiento administrativo común y régimen jurídico de las Administraciones Públicas en realidad significan lo mismo, que comprende los principios y normas que determinan la estructura del *iter* procesal, los requisitos de validez y eficacia de los actos y sus modos de revisión y de ejecución, y todo ello es materia básica a los efectos de la competencia estatal. Pese a la deficiente técnica del citado precepto constitucional, entiendo que de los precedentes históricos (cuando se redacta la Constitución coexistía la LPA con la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957), de la expresa voluntad del constituyente, y luego de la del legislador ordinario, de separar ambos conceptos hemos de deducir que se trata de materias estrechamente interrelacionadas (y a veces de complicada delimitación) pero distintas y distinguibles. En particular, parece que los Títulos Preliminar (Del ámbito de aplicación y principios generales), I (De las Administraciones Públicas y sus relaciones), II (De los órganos de las Administraciones Públicas) y IX (De la potestad sancionadora) de la LRJAP-PAC corresponden principalmente al régimen jurídico de las Administraciones Públicas, mientras que el resto es encuadrable prioritariamente en la materia de procedimiento administrativo común, salvo el Título X encuadrable en la materia específica de “*el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas*” del art. 149.1.18, de competencia exclusiva estatal. La STC 50/1999, de 6 de abril, señala que “*el Estado puede establecer, desde la competencia sobre bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas del art. 149.1.18 CE, principios y reglas básicas sobre aspectos organizativos y de funcionamiento de todas las Administraciones públicas*” y considera, sin ánimo de exhaustividad, dentro de esa materia “*la regulación de la composición, estructura y competencias de los órganos de las Administraciones públicas*” (STC 32/1981, fundamento jurídico 6.), “*la organización de todas las Administraciones públicas*” (STC 76/1983, fundamento jurídico 38), “*los aspectos organizativos e institucionales de esas Administraciones*” (STC 214/1989) o “*la composición, funcionamiento y organización*” de las mismas (STC 35/1982)”. Y en cuanto al procedimiento administrativo común explica: “*Este Tribunal no ha reducido el alcance de esta materia competencial a la regulación del procedimiento, entendido en sentido estricto, que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración (iniciación, ordenación, instrucción, terminación, ejecución, términos y plazos, recepción y registro de documentos); en esta competencia se han incluido también los principios y normas que «prescriben la forma de elaboración de los actos, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento»*”.

STS de 29 de abril de 1985, RJ 1985/2144, y de 27 de mayo de 2009, JUR 2009/416343). Según expresa la STS 274/2001, de 27 de febrero (RJ 2001/482), “por razones de seguridad jurídica” no se dejan al arbitrio de los jueces o de las partes “sino que se han precisado legalmente las circunstancias que sirven taxativamente de causas comunes de abstención y recusación”⁴⁹. A este respecto son de aplicación al procedimiento administrativo común, *mutatis mutandi*, las mismas reflexiones que el Consejo de Estado hacía (y fueron acogidas por el legislador) respecto del ámbito procesal judicial refiriéndose al anteproyecto de la vigente LEC y la necesidad de evitar la duplicidad de regulaciones sobre la abstención y recusación con la LOPJ⁵⁰: “Parece que el régimen de abstención y recusación del personal jurisdiccional sea objeto de un pronunciamiento legislativo ampliamente convenido y elaborado de un modo unitario, sistemático y ordenado, evitando las lagunas, disparidades y contradicciones que pueden surgir en el caso de que se fragmente tal régimen en una diversidad de instrumentos normativos respectivamente aplicables a los diversos órdenes jurisdiccionales”.

Las Comunidades Autónomas, pues, pueden regular sus propios procedimientos *ratione materiae*, pero en todo caso deben ajustarse en ellos a las normas contenidas en el procedimiento administrativo común, y entre ellas a los motivos tasados de abstención y recusación. No es casual que, tras la evolución legislativa a la que anteriormente hemos hecho referencia, la regulación de esas causas en la actualidad sea unitaria para todas las Administraciones Públicas y para todos los procedimientos administrativos. Como ya hemos señalado, la regulación del art. 28 de la LRJAP-PAC tiene una aplicación general, igual que la tiene en su propio ámbito la del art. 219 de la LOPJ. Pese a alguna opinión doc-

49. Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, *La abstención en el procedimiento administrativo*, incluido en *Nuevas perspectivas del régimen local: estudios en homenaje al profesor José M^a Boquera Oliver*, coord. por Juan CLIMENT BARBERÁ y José María BAÑO LEÓN, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, considera que el principio de *numerus clausus* de los motivos de abstención y recusación ha entrado en crisis, entre otras razones, por aplicación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, y se invoca en tal sentido la STC 157/1993, de 6 de mayo: “...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, hipótesis ante la cual cabría sostener la exigencia de una acomodación del Derecho español al precepto internacional de este modo interpretado por el órgano competente para ello”. Resulta discutible si el art. 6 del citado Convenio, relativo al derecho a un proceso equitativo oído “por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley”, implica admitir un catálogo abierto de causas de abstención y recusación, como opina alguna doctrina, o solamente la exigencia de que la ley española se modifique para incluir en el listado cerrado y taxativo los nuevos motivos que identifique la jurisprudencia del TEDH, como opina Candela GALÁN GONZÁLEZ, *Protección de la imparcialidad judicial: abstención y recusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 74. Pero, en todo caso, lo que está claro es que ello afectaría al ámbito procesal judicial y no al administrativo, al cual sigue siendo de plena aplicación el principio de *numerus clausus*.

50. Dictamen de 17 de septiembre de 1998, expediente 1571/1998, BOE nº 7, de 8 de enero de 1999.

trinal aislada⁵¹, ha existido una pacífica unanimidad tanto en la práctica legislativa como jurisprudencial en considerar que no caben otras causas de abstención y recusación que las reguladas en la LRJAP-PAC⁵². Correspondiendo, pues, a la competencia del Estado la regulación de esas causas de abstención y recusación, no procedería que por las Comunidades Autónomas se entrara a establecer causas distintas para su aplicación en los procedimientos que regulen. La posibilidad de que las Comunidades Autónomas fijaran distintas causas a las establecidas con carácter general por la LRJAP-PAC resultaría tan fuera de lugar como si amparándose en lo que dispone el art. 149.1.6ª CE en relación con la competencia del Estado sobre “*legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas*” pretendieran alterar las causas de abstención y recusación del artículo 219 de la LOPJ.

2. La reserva de ley

El art. 105.c) CE somete a reserva de ley “*el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado*”, es decir, hace falta una ley formal para la regulación del procedimiento administrativo *stricto sensu* (STS de 22 de mayo de 2000, RJ 2000/6275, y de 20 de mayo de 2008, RJ 2008/3491). Que la regulación del procedimiento administrativo se debe hacer por ley, incluso cuando recaiga bajo competencia autonómica, se desprende también del art. 12.1 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico, que se refiere a las especialidades de procedimiento derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas afirmando que “*tales especialidades deberán ser aprobadas por ley de la respectiva Comunidad Autónoma, sin que en ningún caso puedan reducirse las garantías que establece la legislación estatal en favor del administrado*”⁵³. La

-
51. DOMÉNECH PASCUAL, *La abstención...* citada, págs. 416-417, entiende que las causas de abstención y recusación no son *numerus clausus* y se pronuncia a favor de que la legislación autonómica pueda establecer nuevos motivos adicionales a los de la LRJAP-PAC.
 52. A ello se debe que la única ley autonómica de procedimiento administrativo, la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Generalidad de Cataluña, que como explica en su exposición de motivos responde a una “*tendencia unificadora*” y sienta normas generales de procedimiento, ni siquiera mencione la abstención o recusación, dando por supuesto que es materia de competencia estatal.
 53. Hemos de recordar que este precepto superó su examen por la STC 76/1983, de 5 de agosto, sobre recursos previos de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA). El art. 18.1 de aquel proyecto -que fue declarado inconstitucional en muchos de sus preceptos, además de quedar desprovisto de su rango de ley orgánica y armonizadora-, se corresponde literalmente con el citado art. 12.1 de la ley vigente, afirmando el FJ 23 de la citada STC que “*el artículo 18.1 del Proyecto se ajusta plenamente a las previsiones constitucionales y estatutarias*”.

necesidad de ley para establecer las especialidades de procedimiento respecto de las normas generales comprendidas en el procedimiento administrativo común se pone de manifiesto también en el enunciado expreso de diversos preceptos de la LRJAP-PAC que prevén la posibilidad de apartarse de la norma general pero siempre exigiendo que la excepción o la norma particular sea establecida mediante ley formal o norma con rango legal, que será estatal o autonómica según los casos. En tal sentido están redactados los arts. 13.5 (prohibición de delegación de competencias ejercidas por delegación), 37.4 (límites al derecho de acceso a archivos y registros), 40 (comparecencia obligatoria de los ciudadanos), 42.2 (plazo máximo para resolver), 43.1 (efecto positivo del silencio administrativo), 48.1 (cómputo de plazos por días hábiles), 72.2 (medidas provisionales), 95 (suspensión de la ejecución), 107.2 (sustitución del recurso de alzada por otro procedimiento de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje), 109 (fin de la vía administrativa) ó 120.1 (reclamación previa al ejercicio de acciones civiles y laborales). En lo que aquí nos atañe dado que ninguna previsión al respecto se hace en los arts. 28 y 29, que las causas de abstención y recusación en todo caso se someten a reserva de ley y por lo que tenemos dicho sobre la competencia estatal al respecto a reserva de ley estatal⁵⁴, resulta que los motivos de abstención y recusación de las autoridades y funcionarios públicos han de ser en todo caso los de la LRJAP-PAC⁵⁵.

Por otro lado, la propia exposición de motivos de la LRJAP-PAC liga las causas de abstención y recusación al art. 103 CE y a su mandato de que la Administración Pública sirva con objetividad a los intereses generales; la jurisprudencia las ha puesto también en directa relación con las garantías para la imparcialidad de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones (STC 235/2000, de 5 de octubre, STS de 4 de mayo de 1990, RJ 1990/3799). Si bien como ya hemos dicho los motivos de abstención y recusación forman parte de la materia de procedimiento administrativo, también afectan directamente a esta otra materia sometida igualmente a reserva de ley, el régimen de los funcionarios públicos. La aplicación del régimen de abstención y recusación supone un límite o restricción al ejercicio del derecho a ejercer el cargo garantizado por el art. 23 CE, que implica poder mantenerse en el mismo sin perturbaciones ilegítimas y desempeñarlo de conformidad con lo que la ley disponga, de modo que una recusa-

54. Con anterioridad a la Constitución ya se entendió que las causas de abstención y recusación debían establecerse por ley. Así, el Decreto 1408/1966, de 2 de junio, de adaptación de la LPA a los departamentos militares (dictado en cumplimiento de su disposición final segunda), en su art. 21.2 reproducía los cinco motivos del art. 20 de la LPA y añadía como sexto: "*Los establecidos por disposición legal aunque no estén comprendidos en los apartados precedentes*".

55. Ello con la salvedad ya apuntada en la nota 26 de la regulación de causas adicionales para determinados órganos políticos y siempre mediante norma legal.

ción infundada puede suponer violación de ese derecho (STS de 21 de febrero de 1998, RJ 1998/2363). Es decir, que la exigencia de ley para regular esas causas se puede fundamentar simultáneamente en dos preceptos constitucionales.

Hemos de añadir que las materias sometidas por la Constitución a reserva de ley pueden ser objeto de un desarrollo reglamentario pero con ciertas condiciones: cuando la remisión al reglamento sea para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa, no para innovar o sustituir la decisión del legislador, excluyendo remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos que supongan un desapoderamiento del Parlamento (STC 99/1987, de 11 de julio). En el caso del art. 28 de la LRJAP-PAC no existe ninguna remisión a reglamento y el enunciado del precepto definiendo los motivos de abstención y recusación es lo suficientemente concreto como para no necesitar ordinariamente mayor desarrollo. No obstante, no podemos excluir por completo la posibilidad de un desarrollo por norma reglamentaria, pero en todo caso no podría tener otro objeto que precisar la definición de los motivos de abstención ya contenidos en la propia ley para su aplicación a caso concreto, de ninguna manera establecer nuevos motivos no contemplados en la ley que incurrirían en nulidad de pleno Derecho (en tal sentido, la STS de 10 de febrero de 2003, RJ 2003/2262)⁵⁶.

56. Esta STS anuló la norma del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por la que los inspectores de Trabajo y Seguridad Social se debían abstener en todo asunto en que concurriera interés para la asociación o sindicato de su afiliación, ya que la relación del afiliado no es de servicio. Distinto puede entenderse el caso del Real Decreto 1312/2007, de 5 de octubre, por el que se establece la acreditación nacional para el acceso a los cuerpos docentes universitarios; su art. 10.2 dispone que *“los miembros de la Comisión de acreditación deberán abstenerse de actuar en los procedimientos de acreditación de solicitantes que estén vinculados funcional o contractualmente con la misma institución en la que desarrollen su actividad principal”*; puede defenderse que no es una causa nueva sino una concreción de *“tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto”*, interpretando que a la institución docente o investigadora en cuestión interesa que su personal reciba la acreditación dado que incide en su propio prestigio y valoración en el seno de la comunidad científica en un sistema crecientemente competitivo.

Conviene aclarar que en ocasiones se señalan erróneamente como causas de abstención las que en realidad lo son de incapacidad o incompatibilidad. Así, por ejemplo, el Real Decreto-Ley 1/1999, de 8 de enero, sobre selección de personal en la Seguridad Social, cuyo art. 7 dispone que *“los miembros de los Tribunales deberán abstenerse de intervenir cuando concurran las circunstancias previstas en el artículo 28 de la Ley 30/1992, o cuando en los cinco años anteriores a la convocatoria hubieran realizado tareas específicas de preparación de aspirantes para el ingreso en la misma categoría estatutaria”*. No se trata de que el interesado tenga que abstenerse de un determinado procedimiento de selección; es que durante cinco años está incapacitado con carácter general para formar parte de tribunales de selección de su especialidad profesional. Con mucho más rigor y sin caer en esa confusión el Real Decreto 1451/2005, de 7 de diciembre, reglamento de ingreso y promoción de funcionarios de la Administración de Justicia, en su art. 13.4 sienta una norma similar: *“No podrán formar parte de los tribunales (...) aquellos que hubieren realizado tareas de preparación de aspirantes a pruebas selectivas en los cinco años anteriores a la publicación de la correspondiente convocatoria”*.