

1. INTRODUCCIÓN.

Comenzaremos el análisis de los aspectos procedimentales a la luz de la legislación española: naturaleza y fines, su regulación legal, especialidades en el ámbito del Ministerio de Defensa y los principios generales del procedimiento administrativo. Concluiremos con una aproximación a las figuras de la abstención y recusación.

2. LA NATURALEZA Y FINES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

2.1. El concepto de procedimiento administrativo.

A diferencia de la actividad de los particulares como sujetos de derecho, la actuación pública requiere unos cauces formales, más o menos rigurosos, que se configuran como una garantía de los ciudadanos que se desdobra ya que, por un lado, la actuación tiene que ser conforme al ordenamiento jurídico y, por otro, debe ser conocida y fiscalizada por los interesados.

El Estado de Derecho se caracteriza no sólo por el reconocimiento y defensa de los derechos públicos subjetivos de los particulares, sino también por el establecimiento de una serie de garantías que aseguren que todos los órganos del Estado se someten a la legalidad y actúan dentro de ella, es decir, lo que HAURIOU denomina el sometimiento al “bloque de la legalidad”.

Cuando estas garantías se aplican a la Administración, surge el denominado “Régimen jurídico de la Administración”, en el que se incluye el “procedimiento administrativo”, que va a ser objeto de consideración en los próximos temas. De esta manera, el ciudadano adquiere el compromiso (y garantía) de que la Administración no va a proceder de modo arbitrario y discrecional, en base a un procedimiento que el interesado puede conocer en cualquier momento y que, por tanto, no le va a generar indefensión.

No obstante, el procedimiento administrativo no debe confundirse con el expediente administrativo, que representa su materialización y que está integrado por el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla.

La Administración Pública está obligada a seguir un cauce determinado para que sus manifestaciones de voluntad sean conformes a Derecho. Este modo de proceder entronca con dos ideas o principios que pertenecen al núcleo central del Derecho administrativo: (1) la eficacia administrativa -**arts. 103 CE y 3 de la Ley 40/2015**, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) - y (2) la garantía de los administrados -**art. 105.c CE**-

Podemos definir el **procedimiento administrativo** como la sucesión de trámites y de formalidades a que se han de someter los actos de la Administración Pública en su proceso de elaboración, con objeto de que se produzcan con la legalidad y eficacia debidas, tanto en beneficio de los particulares como de la misma Administración.

En definitiva, el procedimiento administrativo es una de las mejores garantías que la ley ofrece a los ciudadanos contra la actuación arbitraria o por la vía de hecho de la Administración, vulneración que puede hacer que el acto administrativo dictado sea nulo

de pleno derecho (**art. 47** Ley 39/2015, de Procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas –LPACAP-), o al menos anulable (**art. 48** LPACAP).

Finalmente, no hemos de confundir procedimiento y expediente administrativo, pues son dos conceptos diferentes:

a) **Procedimiento administrativo** es la manera en que se han de producir los actos administrativos; es un complejo de actos que concluye, normalmente, con la producción de un acto final.

b) **Expediente administrativo** es el conjunto ordenado de documentos y de actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla; se forma mediante la agregación sucesiva de todos aquellos documentos, pruebas, dictámenes, resoluciones, notificaciones y otras diligencias que lo hayan de integrar -**art. 70.1** LPACAP-.

Es decir, el expediente (estático) es la materialización del procedimiento (dinámico)

2.2. Naturaleza y fines.

El procedimiento, en general, se singularizaría en el mundo del Derecho administrativo como el modo de producción de los actos administrativos. Así, aunque entre proceso judicial y proceso administrativo existen semejanzas indudables (dada la pertenencia de ambas figuras a un tronco común), también existen profundas diferencias, como consecuencia de la diversa naturaleza de sus fines y, sobre todo, de la distinta posición y carácter de los órganos cuya actividad disciplinan.

En razón de este significado, el **artículo 105** CE establece que:

“La Ley regulará:

a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.

b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado.”

Y por idénticas razones, al venir directamente vinculado el procedimiento a las garantías de todos los ciudadanos ante cualquier Administración Pública, el **artículo 149.1.18** de la C.E. atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación del procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas.

No obstante esta reserva competencial, el Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo que la regulación del procedimiento administrativo común por el Estado no impide que las Comunidades Autónomas dicten las normas de procedimiento necesarias para la aplicación de su Derecho propio, siempre que se respeten las reglas que, por ser

competencia exclusiva del Estado, integren el concepto básico de procedimiento administrativo común.

3. REGULACIÓN LEGAL: ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

Por la dimensión política y constitucional que tiene el procedimiento administrativo, corresponde al Estado su legislación común para todas las Administraciones Públicas. El título competencial habilitante se encuentra en el **artículo 149.1.18** de la CE, antes mencionado.

Pues bien, tomando como base este precepto se aprobó la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por Ley 4/1999, que derogó la anterior Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1.958 –aunque no en su totalidad-. Esta Ley ha sido derogada por la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP).

Según los **artículos 1 y 2** de la LPACAP:

“La presente ley tiene por objeto regular los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos, el procedimiento administrativo común a todas las Administraciones Públicas, incluyendo el sancionador y el de reclamación de responsabilidad de las Administraciones Públicas,... (art. 1.1).”

“1. Se entiende a los efectos de esta ley por Administraciones Públicas:

- a) La Administración General del Estado.*
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.*
- c) Las Entidades que integran la Administración Local.*
- d) El sector público institucional (art. 2.1).”*

Ahora bien, lo anteriormente expuesto requiere las siguientes observaciones:

1. Por “*régimen jurídico*” debe entenderse, a los efectos de la LRJSP, el posicionamiento ordinamental de las distintas Administraciones Públicas en la estructura de los Poderes Públicos del Estado, de suerte que queden definidos los grandes principios de la organización de las Administraciones Públicas, que incluyen señaladamente:

- ☐ La definición de la esfera de intereses públicos que le son propios.
- ☐ Las relaciones entre las distintas Administraciones.
- ☐ El régimen de Derecho público o privado a que se sujeta su actividad

2. Como ha declarado la STC 277/1.988, en la noción de procedimiento administrativo (a los efectos de la competencia estatal para legislar) se comprende:

- La determinación de la condición de interesados.

- 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.

Pero este procedimiento común de obligado cumplimiento para todo el Sector Público en todo el Estado español no puede ser entendido como un procedimiento único, sino que en materias concretas puede venir integrado por normas procedimentales "*rationae materiae*", de obligado cumplimiento, que respeten lo establecido en aquel procedimiento común.

3. Finalmente, la LPACAP no se aplica a:

- ☐ Las actuaciones y procedimientos de aplicación de tributos en materia tributaria y aduanera, así como su revisión en vía administrativa.
- ☐ Las actuaciones y procedimientos de gestión, inspección, liquidación, recaudación, impugnación y revisión en materia de Seguridad Social y Desempleo.
- ☐ Las actuaciones y procedimientos sancionadores en materia tributaria y aduanera, en el orden social, en materia de tráfico y seguridad y en materia de extranjería.
- ☐ Las actuaciones y procedimientos en materia de extranjería y asilo.
- ☐ Los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales, como por ejemplo el procedimiento sancionador previsto en la LORDFAS.

No debe olvidarse, por último, que las Comunidades Autónomas pueden establecer las especialidades derivadas de su organización propia. Pero, como ha señalado la jurisprudencia constitucional, no se puede disociar la norma sustantiva de la norma de procedimiento, por lo que también ha de ser posible que las Comunidades Autónomas dicten las normas de procedimiento necesarias para la aplicación de su derecho sustantivo, pues lo reservado al Estado no es todo procedimiento sino sólo aquel que deba ser común y haya sido establecido como tal.

La regulación de los procedimientos propios de las Comunidades Autónomas habrá de respetar, como ya se ha dicho, las reglas de procedimiento que, por ser competencia exclusiva del Estado, integra el concepto de procedimiento administrativo común.

Por tanto, resumiendo, tenemos:

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO		
PROCEDIMIENTO GENERAL O COMÚN (LEY 39/2015 -ARTS. 53 Y 55)	PROCEDIMIENTO SANCIONADOR (LEYES 39 Y 40 /2015)	PROCEDIMIENTOS ESPECIALES NO REGULADOS EN LA LEY 39/2015 -elaboración de reglamentos -impugnación de actos de la Seguridad Social - procedimientos disciplinarios del personal al servicio de las Administraciones Públicas -etc.



4. ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES EN EL ÁMBITO DEL MINISDEF.

4.1. La Administración Militar.

El primer concepto que hay que estudiar es el de Administración Militar. Asumiendo el esquema planteado por MATAMOROS MARTÍNEZ, podemos observar como el **artículo 97** Constitución Española (CE) –al que sigue el **art. 1.1** Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (LG)- parece dividir a la Administración Pública en dos: civil y militar. Así, proclama que al Gobierno le corresponde dirigir a ambas, además de la defensa del Estado.

Otros preceptos constitucionales, como los **artículos 25.3 y 26**, utilizan la expresión “*Administración Civil*”, con el propósito evidente de permitir a la denominada “*Administración Militar*” realizar actuaciones en ellos prohibidas –imposición de sanciones privativas de libertad y constitución de Tribunales de Honor-.

En realidad, como continúa exponiendo el precitado autor, se trata de una fórmula eminentemente descriptiva ya que la Administración General del Estado (AGE) es sólo una, tal y como señala la rúbrica del Título IV de la propia Constitución –que se denomina “Del Gobierno y la Administración”-, por lo que el desarrollo normativo de esta materia fijado en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) parte de este principio básico, proclamando en su **artículo 3.4**:

“Cada una de las Administraciones Públicas del artículo 2 actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única”.

Con la expresión “**Administración Militar**” nos estamos refiriendo a aquellos órganos de la Administración General del Estado (AGE) directamente vinculados a la función administrativa de defensa.

Esta inclusión de la Administración Militar en la AGE viene consagrada legalmente en diferentes textos.

A saber:

□ El **artículo 9.1** de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional (LODN), cuando señala que *“el Ministerio de Defensa es el departamento de la Administración General del Estado al que corresponde la preparación, el desarrollo y la ejecución de la política de defensa determinada por el Gobierno....”*.

□ El **artículo 1.1** del Real Decreto 1399/2018, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del MINISDEF, que se expresa en idénticos términos que la señalada LODN.

Dentro de la Administración Militar –y por tanto, dentro de la AGE-, se encuentran las Fuerzas Armadas (FAS), a las que se refiere el **artículo 8** CE y que mencionan también los **artículos 28.1, 29.2, 62.h y 149.1.4ª** de nuestra Norma Fundamental.

En conclusión, las FAS constituyen una organización singular: (1) por su misión, (2) por los medios empleados para cumplirla, y (3) por ajustarse a normas de actuación propias, diferentes al resto de órganos administrativos.

Por tanto, las FAS no son la Administración Militar, sino que son parte de ella. Esta integración se pone de manifiesto en diversos preceptos de nuestra normativa, como:

□ El **artículo 9.2** LODN que señala que *“en el Ministerio de Defensa se integran las Fuerzas Armadas, de forma que el conjunto de la organización adquiera la necesaria vertebración para la ejecución eficaz de la política de defensa y de la política militar”*.

□ El **artículo 1.3** del Real Decreto 1399/2018, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del MINISDEF, al indicar que dicho departamento ministerial, bajo la dirección de su titular, se estructura en:

- Las Fuerzas Armadas.
- La Secretaría de Estado de Defensa.
- La Subsecretaría de Defensa.
- La Secretaría General de Política de Defensa

4.2. El procedimiento administrativo en el MINISDEF.

El procedimiento administrativo, y por ende, sus especificidades, en el ámbito del Ministerio de Defensa se encuentran regulados por la **Instrucción número 167/1999**, de 24 de junio, del Subsecretario de Defensa, sobre tramitación de procedimientos administrativos en el ámbito del Ministerio de Defensa, complementada con la **Instrucción 253/99**, de 29 de octubre, sobre *“Actuaciones a llevar a cabo por los órganos administrativos dependientes del Ministerio de Defensa o de sus organismos autónomos”*.

En las referidas normas se recogen una serie de directrices y prescripciones concretas que deben ser especialmente observadas en materia de tramitación de procedimientos administrativos en el ámbito del departamento Ministerial.

Dichas instrucciones no contienen, no obstante, modificaciones del régimen general del procedimiento administrativo, sino más bien recordatorios de la regulación del mismo en

la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común –LPACAP-, así como de la Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa -LJCA- (básicamente en cuanto a remisión de expedientes reclamados judicialmente y ejecución de sentencias en dicho ámbito).

El procedimiento administrativo recogido en la LPACAP, regirá en el ámbito militar en todas aquellas materias de personal reguladas, entre otras, en la Ley 39/07, de la Carrera Militar, sin que tenga aplicación en las cuestiones propiamente militares relacionadas con el servicio, en cuyo caso se regirán por las Reales Ordenanzas (**art. 20** Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional), ni en materia disciplinaria, que se regulará por su normativa específica, tal y como se indica expresamente en la Disposición Adicional Primera LPACAP.

Tampoco es de aplicación la normativa administrativa común al procedimiento para la tramitación de las iniciativas y quejas relativas al régimen de personal y a las condiciones de vida que pueda plantear el militar, aprobado por Real Decreto 176/2014, de 21 de marzo, y recogido en el **artículo 28** de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio. Así, el **artículo 5.2** del RD señala expresamente que las iniciativas y reclamaciones reguladas en el mismo no tiene el carácter de reclamación en vía administrativa, su presentación no interrumpirá los plazos de prescripción o caducidad de los procedimientos administrativos o jurisdiccionales, y los acuerdos que resuelvan las mismas tampoco serán susceptibles de recurso alguno.

Si son de aplicación en el ámbito militar otras normas reguladoras de potestades y actividades administrativas de carácter sectorial tales como la Ley de Contratos del Sector Público (Ley 9/2017), la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, o la Ley 8/1975, de Zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional.

Por último, recordar que en el ámbito del MINISDEF, la Orden Ministerial número 196/2002, de 13 de septiembre, crea la Oficina Central de Instrucción de expedientes Administrativos en el ámbito del Ministerio de Defensa, fijando en su artículo tercero que el precitado órgano tiene por finalidad la instrucción de, entre otros, el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial o los relacionados con el derecho de petición.

5. PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

El procedimiento administrativo está basado en una serie de principios informadores -casi tantos como autores tratan de la materia-, entre los que, siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA, destacan los siguientes:

5.1. Principio de oficialidad o impulsión de oficio.

Está recogido en el **artículo 54** de la LPACAP (referente a la iniciación del procedimiento), al disponer que:

“Los procedimientos podrán iniciarse de oficio o a solicitud del interesado.”

Pero, dada su importancia, y para que se aplique en todos los trámites procedimentales, también lo recoge el **artículo 71.1** de la LPACAP, a cuyo tenor:

“El procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites y a través de medios electrónicos, respetando los principios de transparencia y publicidad.”

El **artículo 75.1** dispone que:

“Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio y a través de medios electrónicos, por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos”.

5.2. Principio de economía procedimental.

Así lo obliga el **artículo 75** de la LPACAP, al establecer que:

“1. De acuerdo con el principio de simplificación administrativa, se acordarán en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan un impulso simultáneo y no sea obligado su cumplimiento sucesivo.

2. Al solicitar los trámites que deban ser cumplidos por otros órganos, deberá consignarse en la comunicación cursada el plazo legal establecido al efecto.”

Este principio también exige la acumulación prevista en el **artículo 57** de la misma Ley:

“El órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer, de oficio o a instancia de parte, su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento.

Contra el acuerdo de acumulación no procederá recurso alguno.”

5.3. Principio de celeridad.

Su aplicación se señala en los **artículos 72 y 73** de la LPACAP, estableciéndose que se realizarán en un solo acto aquellos trámites que por su naturaleza se puedan hacer simultáneamente, y añadiendo el último de los preceptos señalados que:

“1. Los trámites que deban ser cumplimentados por los interesados deberán realizarse en el plazo de diez días a partir del siguiente al de la notificación del correspondiente acto, salvo en el caso de que en la norma correspondiente se fije plazo distinto.

2. En cualquier momento del procedimiento, cuando la Administración considere que alguno de los actos de los interesados no reúne los requisitos necesarios, lo pondrá en conocimiento de su autor, concediéndole un plazo de diez días para cumplimentarlo.

3. A los interesados que no cumplan lo dispuesto en los apartados anteriores, se les podrá declarar decaídos en su derecho al trámite correspondiente. No obstante, se admitirá actuación del interesado y producirá sus efectos legales, si se produjera antes o dentro del día que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo”.

5.4. Principio de contradicción.

El **artículo 4** de la LPACAP considera interesados en el procedimiento a terceros con derechos afectados por el acto administrativo. Por lo tanto, aunque el procedimiento se inicie de oficio o a instancia de parte, siempre existirán intereses contradictorios. Este principio va más allá del trámite de audiencia y de la posibilidad de formular alegaciones en cualquier momento, pues faculta la intervención del interesado a oponerse y objetar cualquier actuación o juicio de la Administración y de otras partes.

5.5. Principio “in dubio pro actione”.

En virtud de este principio (muy vinculado con los principios rectores del ordenamiento constitucional) existe el deber de llegar a una decisión final en el procedimiento.

Esto explica la existencia del **artículo 115.2** —error en la calificación del recurso— o del **artículo 95**, que obliga a la administración a prevenir al interesado de la posible caducidad del procedimiento.

5.6. Principio de publicidad.

La Ley admite que los interesados conozcan en cualquier momento el estado de la tramitación de los procedimientos, en los que tengan la condición de interesado y obtener copias de los documentos contenidos en los mismos.

Recogido en los **artículos 8 y 53.1-a)** de la LPACAP, a cuyo tenor:

“Si durante la instrucción de un procedimiento que no haya tenido publicidad, se advierte la existencia de personas que sean titulares de derechos o intereses legítimos y directos cuya identificación resulte del expediente y que puedan resultar afectados por la resolución que se dicte, se comunicará a dichas personas la tramitación del procedimiento.”

“Los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen los siguientes derechos... A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados; el sentido del silencio administrativo que corresponda, en el caso de que la Administración no dicte ni notifique resolución expresa en plazo; el órgano competente para su instrucción, en su caso, y resolución; y los actos de tramite dictados. Asimismo, también tendrá derecho a acceder y obtener copia de los documentos contenidos en el los citados procedimientos.”

5.7. Principio de garantía.

Además de los principios rectores del Ordenamiento Constitucional, existen una serie de garantías reconocidas tanto en la LPACAP como en la LRJSP y que se refieren tanto al “interés general” como a la “posición del interesado”, entre las cuales pueden mencionarse las siguientes:

- Unidad de procedimiento.
- Reducción del número de disposiciones reglamentarias.
- Principio de legalidad.
- Principio de jerarquía de la norma.

- Principio de publicidad.
- Garantías que afectan al procedimiento en sí y a sus diversas fases.

5.8. Principio de gratuidad.

La ley no contiene ningún precepto sobre la gratuidad del procedimiento administrativo, pero ésta se desprende, en principio y como regla general, del carácter inquisitivo de aquél. No obstante no es un principio absoluto pues hay algunas actuaciones que pueden suponer un coste económico para el interesado, por ejemplo la práctica probatoria, pues según el **artículo 78.3 LPACAP**:

“En los casos en que, a petición del interesado, deban efectuarse pruebas cuya realización implique gastos que no deba soportar la Administración, ésta podrá exigir el anticipo de los mismos, a reserva de la liquidación definitiva, una vez practicada la prueba...”.

5.9. Principio de imparcialidad.

Ya que sin dejar de reconocer que en dicho procedimiento la Administración actúa como juez y parte, la LRJSP mediante las técnicas de la abstención y recusación, reguladas en los **artículos 23 y 24**, garantiza un mínimo de imparcialidad.

Esta cuestión será estudiada en la siguiente pregunta del tema, a la que nos remitimos.

6. LA ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN.

Toda relación jurídica debe contar con, al menos, dos partes. En el caso de la relación jurídico-administrativa (aquella regulada por el derecho Administrativo), al menos una de las dos partes es la Administración Pública. El cauce de relación entre ambas partes es, siempre, el procedimiento administrativo. Desde ese punto de vista, vamos a estudiar en este apartado la posición de quien ostenta la representación del órgano administrativo: el empleado público titular del órgano (con facultades de resolución) o el designado por aquél para llevar a cabo la instrucción del procedimiento.

El procedimiento administrativo debe contar, de acuerdo con sus normas reguladoras, con un responsable del mismo que puede ser un sólo órgano, al que corresponde tramitar y resolver, o, también, pueden ser varios los órganos, como sucede en el procedimiento sancionados, entre la fase instructora y la sancionadora.

La LPACAP, en su **artículo 20.1**, no atribuye esa responsabilidad a un sólo funcionario en cada caso, sino que considera que serán responsables de la tramitación, en plural, *“los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la responsabilidad o despacho de asuntos”*, con lo que las responsabilidades personales parecen diluirse.

Para facilitar la transparencia en el funcionamiento administrativo, los interesados tienen en derecho a identificar a las autoridades y al personal de las Administraciones Públicas que sean responsables del procedimiento -**art. 53.1.b) LPACAP**-; de la misma forma que los responsables, sujetos a responsabilidad disciplinaria (**art. 20.2 LPACAP**), deben remover

los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio de los derechos del interesado o el respeto a sus intereses legítimos, realizando las actividades necesarias para impedir y eliminar toda anomalía en la tramitación (**art. 20.1** LPACAP).

Así, suele admitirse que el deber que la Constitución impone a las autoridades y personal al servicio de la Administración Pública de ejercer sus funciones con imparcialidad es consecuencia del deber, también constitucionalmente establecido, que tiene la Administración de servir con objetividad los intereses generales.

Por ello se afirma (CARBONELL PORRAS) que la abstención y la recusación persiguen impedir que participen en la adopción de las decisiones aquellos sujetos en los que concurren circunstancias que no garantizan su actuación objetiva e imparcial.

En dichos mandatos constitucionales se fundamenta el deber de abstención y la correlativa potestad de recusación de que se ocupan, respectivamente, los **arts. 23 y 24** LRJSP.

La LRJSP reitera ese mandato de objetividad en el título preliminar, concretamente en su art. 3.1, en términos idénticos a los recogidos en el **art. 103.1** CE, y luego, en el título primero regula las garantías para la imparcialidad en los ya mencionados **arts. 23 y 24**.

6.1. Presupuestos para la aplicación de las causas de abstención y recusación.

I. Un procedimiento administrativo ya iniciado.

Sin un procedimiento en marcha la abstención y la recusación no cabe plantearse si concurren o no las causas contempladas en los **arts. 23 y 24** LRJSP. Es decir, no cabe la posibilidad de plantear una abstención o una recusación preventiva o pro futuro.

II. Relevancia suficiente de la intervención del no abstenido para poder alterar el sentido de la resolución.

Aunque el **art. 23** LRJSP, al establecer el deber de abstenerse y enumerar las causas que han de concurrir para ello refiere ese deber a *“las autoridades y al personal de las Administraciones públicas en quienes se den...”*, no todo servidor público que tenga algún tipo de conexión con el procedimiento deberá abstenerse o, en su caso, podrá ser recusado.

Para ello es necesario que la conexión con el procedimiento abierto sea de tal índole que pueda influir positiva o negativamente en el acto que ponga fin a aquél. Así, por ejemplo, el TS (sentencia de 10.10.1997) tiene dicho que no está obligado a abstenerse quien se limita a efectuar una notificación.

Esto no quiere decir que sólo el instructor o el titular del órgano decisor puedan ser recusados. Antes al contrario, cabría la abstención o recusación de aquellos cuya intervención en el procedimiento pueda trascender a la decisión (un asesor, por ejemplo, o alguien que efectúa tareas de transcripción).

Tratándose de la abstención de miembros de órganos colegiados, el TS (sentencia 01.10.2002) suele aceptar que cuando, incluso descontando los votos de los que,

debiendo abstenerse no lo hicieron, el resultado de la votación se mantendría inalterado, el acto colegial no debe ser invalidado por esa causa.

6.2. La abstención.

6.2.1. Concepto.

Es el deber que se impone a las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que haya de intervenir en un procedimiento de rehusar intervenir en el mismo cuando se halle comprendido en alguna de las causas legalmente previstas al efecto

6.2.2. Naturaleza.

La abstención es un deber del servidor público en quien concurra una causa de abstención, pero simultáneamente es una potestad de ese mismo servidor público, el cual podrá negarse a intervenir en el procedimiento de que se trate cuando se halle incurso en cualquiera de las causas legalmente establecidas, a menos que, pese a haber alegado la causa de abstención que en él concurre, el órgano decisor del incidente rechace la alegación.

Sin embargo, en este último caso quedaría libre de cualquier eventual responsabilidad, sin perjuicio de los efectos que sobre el acto finalizador del procedimiento pueda llegar a tener la efectiva existencia de la causa alegada.

6.2.3. Causas.

Con carácter previo al estudio de dichas causas conviene tener en cuenta una serie de reglas o principios, igualmente válidos para la recusación. A saber:

- a) El interesado tiene el derecho a que se le notifique la identidad de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos (**art. 53 LPACAP**).
- b) No basta con invocar la causa de abstención que se alega, sino que esa alegación hay que hacerla de manera que quede bien precisa y determinada su aplicación al caso de que se trate.
- c) La causa invocada ha de ser una de las enumeradas en los **arts. 23 y 24 LRJPAC**.
- d) La causa determinante de la posible abstención es siempre subjetiva.

Son las enumeradas en el **art. 23.2 LRJSP**.

- 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.

Respecto a la expresión “*cuestión litigiosa*”, entiende la doctrina que concurrirá este supuesto de abstención en dos supuestos: (1) cuando el servidor público sea parte en un

proceso civil, penal, laboral o administrativo, en que aparezca como contraparte uno de los interesados, y (2) cuando exista entre ellos cuestión que, aunque no se haya planteado aun procesalmente, pueda desembocar en esta vía de solución.

b) Tener un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y 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.

La determinación del grado de parentesco habrá de hacerse con arreglo a lo dispuesto en las normas civiles, aplicándose, en consecuencia, los **artículos 915 a 920** del Código Civil.

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

La jurisprudencia suele aplicar un criterio restrictivo en la admisión de la “*enemistad manifiesta*” como causa de abstención o recusación. Tratándose de personas jurídicas, el Tribunal de Defensa de la Competencia (sentencia de 06.09.1996) ha señalado que la enemistad manifiesta ha de referirse a sus administradores, asesores, representantes legales o mandatarios.

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

El término perito debe entenderse referido tanto al que emite un informe a requerimiento de una de las partes intervinientes en el procedimiento como al que es designado, a tal efecto, por un órgano judicial. Así resulta de lo previsto en los **arts. 335 a 359** LEC al regular los dictámenes de los peritos, pues en dichos preceptos se da un tratamiento análogo a los dictámenes de los peritos en los casos que acabamos de mencionar.

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.

6.2.4. Efectos.

Dispone el **apartado 4 del Art. 23** LRJSP que:

“La actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurran motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido”, y añade en su apartado 5 que: “La no abstención en los casos en que proceda dará lugar a responsabilidad”.

6.2.5. El incidente de abstención.

Iniciación.

Puede iniciarse por el mismo servidor público en quien concurra alguna de las causas de abstención que acabamos de mencionar, en cuyo caso deberá comunicarlo a su superior inmediato para que resuelva lo pertinente (**art. 23.1 LRJSP**), y si es funcionario local dará cuenta al presidente de la Corporación por escrito para que provea a la sustitución reglamentaria (**art. 183.1** del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre – ROF).

La iniciativa puede proceder también del superior, el cual podrá ordenar a la persona en quien concurra la causa que se abstenga de toda intervención en el expediente (**art. 23.3 LRJSP**).

Desarrollo.

La causa de abstención o recusación debe quedar perfectamente acreditada en el expediente, y el funcionario al que se le impute puede negar la concurrencia de dicha causa, lo cual obligará a realizar las comprobaciones necesarias que eviten que, de una forma u otra, se pueda atentar al principio de imparcialidad.

En este sentido, señala el **art. 24.4 LRJSP** que:

“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”.

Terminación.

Realizadas las comprobaciones que fueren necesarias y valoradas las actuaciones que se hayan podido remitir, se dictará la resolución poniendo fin al incidente de abstención, resolviendo en un sentido u otro según proceda.

Contra la resolución que acuerde la abstención, o que la deniegue, no cabe recurso alguno en vía administrativa, sin perjuicio de que pueda ser recurrida en vía contencioso-administrativa.

6.3. La recusación.

Constituye el medio de hacer efectivo el deber de abstención cuando éste no se cumple voluntariamente, y puede definirse como el derecho que tiene el interesado en un procedimiento a obtener la no intervención en el mismo del servidor público que, estando incurso en alguna de las causas legales de abstención, incumpla su deber de abstenerse.

Naturaleza.

Es una institución de común en todos los subsistemas procesales —civil, penal, administrativo o laboral— y tanto se da en los procesos judiciales como en la vía administrativa.

Causas.

Son las mismas, anteriormente expuestas, por las que el personal al servicio de las Administraciones públicas se encuentra en el deber de abstenerse, y al igual que ocurre

con las causas de abstención, han de ser invocadas por el que las alega, invocación que, como ha señalado la jurisprudencia, deberá hacerse de forma expresa y concreta en cada caso (STS 26.04.1980).

El incidente de recusación.

A) Iniciación.

A diferencia de lo que ocurre en el incidente de abstención, en el de recusación interviene el interesado, con la particularidad de que, mientras en el incidente de abstención los órganos superiores pueden ordenar al concernido por una causa legal que se abstenga de intervenir, el incidente de recusación sólo puede ser planteado por el interesado.

Art. 24 LRJSP:

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

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

B) Desarrollo y terminación.

Sigue diciendo el **art. 24 LRJSP:**

“3. En el día siguiente el recusado manifestará a su inmediato superior si se da o no en él la causa alegada. En el primer caso, el superior 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.

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

6.4. Otras causas de abstención/recusación.

No terminan aquí las causas de abstención y recusación, pues hay que tener en cuenta que todos los integrantes del sector público (**art. 2 LRJSP**), pueden tener establecidas normas de incompatibilidades, incluso en legislación sectorial, que afecta a los miembros del Gobierno, altos cargos de la Administración, empleados públicos, etc., por lo que habrá que estar a la normativa específica de la tipología del sector público, como por ejemplo: organismos autónomos, entidades públicas empresariales, consorcios, universidades públicas, etc.

Ténganse en cuenta en esta cuestión, a modo de ejemplo, lo dispuesto en los **artículos 11 y 12** de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio de alto cargo de la Administración General del Estado, cuando se refiera al conflicto de intereses y el deber de servir con objetividad a los intereses generales.

Se entiende que un alto cargo está incurso en conflicto de intereses cuando la decisión que vaya a adoptar, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15, pueda afectar a sus

intereses personales, de naturaleza económica o profesional, por suponer un beneficio o un perjuicio a los mismos.

Se consideran intereses personales:

- a) Los intereses propios.
- b) Los intereses familiares, incluyendo los de su cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad.
- c) Los de las personas con quien tenga una cuestión litigiosa pendiente.
- d) Los de las personas con quien tengan amistad íntima o enemistad manifiesta.
- e) Los de personas jurídicas o entidades privadas a las que el alto cargo haya estado vinculado por una relación laboral o profesional de cualquier tipo en los dos años anteriores al nombramiento.
- f) Los de personas jurídicas o entidades privadas a las que los familiares previstos en la letra b) estén vinculados por una relación laboral o profesional de cualquier tipo, siempre que la misma implique el ejercicio de funciones de dirección, asesoramiento o administración.

ESQUEMA DE LA LEY 39/2015

Al objeto de trabajar mejor con la Ley, esta cuenta con 133 artículos, estructurados en 6 títulos, 5 disposiciones adicionales, 5 disposiciones transitorias, 1 disposición derogatoria y 7 disposiciones finales.

TÍTULO PRELIMINAR. Disposiciones generales. (arts. 1 al 2)

TÍTULO I. De los interesados en el procedimiento. (arts. 3 al 12)

CAPÍTULO I. La capacidad de obrar y el concepto de interesado. (arts. 3 al 8)

CAPÍTULO II. Identificación y firma de los interesados en el procedimiento administrativo. (arts. 9 al 12)

TÍTULO II. De la actividad de las Administraciones Públicas. (arts. 13 al 33)

CAPÍTULO I. Normas generales de actuación. (arts. 13 al 28)

CAPÍTULO II. Términos y plazos. (arts. 29 al 33)

TÍTULO III. De los actos administrativos. (arts. 34 al 52)

CAPÍTULO I. Requisitos de los actos administrativos. (arts. 34 al 36)

CAPÍTULO II. Eficacia de los actos (arts. 37 al 46)

CAPÍTULO III. Nulidad y anulabilidad (arts. 47 al 52)

TÍTULO IV. De las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común. (arts. 53 al 105)

CAPÍTULO I. Garantías del procedimiento (art. 53)

CAPÍTULO II. Iniciación del procedimiento (arts. 54 al 69)

Sección 1ª Disposiciones Generales (arts. 54 al 57)

Sección 2ª Iniciación del procedimiento de oficio por la administración (arts. 58 al 65)

Sección 3ª Inicio del procedimiento a solicitud del interesado (arts. 66 al 69)

CAPÍTULO III. Ordenación del procedimiento. (arts. 70 al 74)

CAPÍTULO IV. Instrucción del procedimiento. (arts. 75 al 83)

Sección 1ª Disposiciones generales. (arts. 75 al 76)

Sección 2ª Prueba. (arts. 77 al 78)

Sección 3ª Informes. (arts. 79 al 81) Sección 4ª Participación de los interesados. (arts. 82 al 83)

CAPÍTULO V. Finalización del procedimiento. (arts. 84 al 95)

Sección 1ª Disposiciones generales. (arts. 84 al 86)

Sección 2ª Resolución. (arts. 87 al 92)

Sección 3ª Desistimiento y renuncia. (arts. 93 al 94) Sección 4ª Caducidad (art. 95)

CAPÍTULO VI. De la tramitación simplificada del procedimiento administrativo común (art. 96)

CAPÍTULO VII. Ejecución. (arts. 97 al 105)

TÍTULO V. De la revisión de los actos en vía administrativa. (arts. 106 al 126)

CAPÍTULO I. Revisión de oficio. (arts. 106 al 111)

CAPÍTULO II. Recursos administrativos. (arts. 112 al 126)

Sección 1ª. Principios generales. (arts. 112 al 120)

Sección 2ª. Recurso de alzada. (arts. 121 al 122)

Sección 3ª. Recurso potestativo de reposición (arts. 123 al 124)

Sección 4ª. Recurso extraordinario de revisión (arts. 125 al 126)

TÍTULO VI. De la iniciativa legislativa y de la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones. (arts. 127 al 133)