

La tercera parte es la más extensa y enjundiosa. Se ocupa de los presupuestos y requisitos que desde el actual Derecho Administrativo se imponen a las empresas que actúan en régimen de Derecho Privado, aunque una parte de ellas sean empresas públicas por pertenecer su capital a un ente público. Se ordena esta parte en dos capítulos. Uno sobre la sostenibilidad (*Nachhaltigkeit*) en su triple vertiente: ambiental, social y de gobierno. El otro capítulo se proyecta sobre las determinaciones que se producen desde ese pujante capítulo del Derecho Administrativo que es el Derecho Regulatorio: la actuación de las empresas está marcada por determinaciones regulatorias mayoritariamente procedentes, aunque no solo, de agencias reguladoras. Ahí se cuentan las determinaciones en materia de protección de datos, energía, titulización financiera, etc.

La exposición del marco jurídico-público de las empresas había suscitado en Alemania diversas iniciativas y realizaciones editoriales. Por cercanía mencionaré la serie dirigida por el profesor Rolf Stober sobre esa realidad en los diferentes Estados de la Unión Europea. Me correspondió la autoría del libro sobre España, *Spanisches öffentliches Wirtschaftsrecht für deutsche Unternehmen*, libro editado, como toda la serie, por la también prestigiosa editorial Carl Heymanns, Köln-Berlin— Bonn-München en el ya muy lejano 1990. Era una colección fundamentalmente dirigida a la práctica de la abogacía y al empresariado, con un carácter casi divulgativo. Otras producciones editoriales con esa temática y esos sujetos tenían una similar orientación. La obra de Burgi/Habersack se sitúa en otra longitud de onda, pues se construye sobre el más depurado rigor académico y su claridad expositiva la hace también asequible al práctico, con una cierta formación. La obra, en suma, de referencia en la materia.

José Esteve Pardo
Universidad de Barcelona

JAVIER GARCÍA LUENGO: *La abstención y la recusación en el procedimiento administrativo*, Madrid, Iustel, 2022, 172 págs.

Mi respeto académico por el profesor García Luengo no me impide recensionar su obra. No solo porque la publicación de recensiones no supone el ejercicio de potestad administrativa alguna; también porque, aunque en la hipótesis (irreal) de que lo supusiera, la mera admiración no parece encajar en ninguna de las causas de abstención previstas en el art. 23 LRJSP. Esto ya nos puede hacer pensar que el sistema español de abstención y recusación es imperfecto, pues no es absurdo considerar que la estima personal pueda llevar a no ser absolutamente imparcial, como se pretende de todas las autoridades o personal al servicio de la Administración cuando ejercen potestades públicas.

Pues bien, reconociendo mi posible parcialidad con respecto a este libro y su autor, me propongo dejarla a un lado para realizar esta recensión de la forma

más objetiva posible: lo merece el profesor García Luengo y lo reclama, por razones obvias, su libro sobre la abstención y la recusación.

Objetividad e imparcialidad son el objeto de estudio del primer capítulo de este libro. El catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo comienza, así, su obra reflexionando sobre la importancia de estos principios en un Estado de derecho, donde se sustituye la voluntad personal por la normativa para así incrementar la confianza del ciudadano en el sistema. Tal es su relevancia que ambos principios han sido incorporados al art. 41 CDFUE como elementos del más amplio «derecho a una buena administración».

Antes de que sea más tarde, el autor aclara la diferencia entre la imparcialidad que se exige a la Administración y la objetividad e independencia propias de los jueces: la Administración no se debe limitar a ser objetiva y a realizar una aséptica aplicación del derecho, sino que debe perseguir el interés general. El Tribunal Constitucional, en una línea ininterrumpida de doctrina que se inicia desde sus primeras sentencias, considera que no son trasladables al procedimiento administrativo, respecto de los funcionarios que en él intervienen, las mismas exigencias de independencia e imparcialidad que son propias del juez, en cuanto titular de la potestad jurisdiccional (por todas, SSTC 76/1990, de 26 de abril, y 131/2017, de 13 de noviembre). Por una parte, la Administración es dependiente por naturaleza (es la organización *dependiente* del Poder Ejecutivo); por otra parte, la Administración debe actuar con imparcialidad, no porque eventualmente pueda actuar en condición de juez o como tercero frente a las partes (por ejemplo, cuando tramita un procedimiento sancionador o de responsabilidad patrimonial), sino porque está obligada a servir con objetividad los intereses generales *ex art.* 103 CE. Dada su caracterización y su función, resulta fundamental que sus empleados, que instruyen y resuelven los procedimientos administrativos, se atengan al sistema legal de las causas de abstención y recusación. Solo así se podrá conseguir la necesaria objetividad administrativa. Explica el TC en su Sentencia 235/2000, de 5 de octubre, que «la imparcialidad en el ejercicio de la función pública viene garantizada *ad extra*, es decir, en las relaciones con los administrados, por una serie de cautelas legales, entre las que ocupa un lugar destacado la obligación de abstención y la posibilidad de recusación de los funcionarios cuando concurren determinadas circunstancias previstas legalmente que pueden poner en peligro objetivo la rectitud de su actuación». Se trata de impedir que las personas que actúan en nombre de la Administración aprovechen, o potencialmente puedan aprovechar, los márgenes de apreciación que el ordenamiento les reconoce para introducir elementos ajenos al interés público en la decisión administrativa. La Administración, como la mujer del César, no solo tiene que ser imparcial, también debe parecerlo. Así, previniendo cualquier posible existencia de conflicto de intereses, se evita también la discriminación que podrían suscitar decisiones administrativas parciales. Es, por ello, que García Luengo no duda en relacionar la imparcialidad de la Administración con el principio de igualdad ante la ley.

En el segundo capítulo del libro, su autor se centra en estudiar el sistema español de abstención y recusación. Para ello, lo primero que hace es examinar los rasgos fundamentales de la enumeración de causas de abstención o recusación que realiza el art. 23 LRJSP, criticando la opción del legislador nacional por un *numerus clausus*. Se muestra partidario, al igual que algunos procesalistas, como Picó i Junoy (*La imparcialidad judicial y sus garantías*), de un sistema más abierto y flexible; en concreto, de un sistema de lista tasada combinado con una cláusula final abierta que evitaría interpretaciones forzadas y garantizaría de forma más efectiva el principio de imparcialidad. Además, dice, tal régimen no supondría peligro alguno para la seguridad jurídica y, como prueba de ello, aporta ejemplos del ordenamiento alemán y del derecho de la Unión Europea que avalan la viabilidad de tal sistema.

Esbozada su crítica, que seguirá latiendo a lo largo de todo el libro, se centra en el sistema vigente y se muestra favorable a una interpretación de las causas de abstención o recusación técnicamente correcta, ni extensiva ni, como suele exigir la jurisprudencia y la doctrina más conservadora, restrictiva. Aboga por interpretar el listado del art. 23 LRJSP conforme a la Constitución, de manera que se alcance un equilibrio entre los principios constitucionales en juego, fundamentalmente, el principio de imparcialidad y la eficacia de la actividad administrativa. No parece decantarse, en términos generales, por un lado concreto de la balanza, como sí hicieron Fernández Ramos y Pérez Monguió en su obra *La imparcialidad en el procedimiento administrativo*: «[...] en caso de conflicto, debe prevalecer el principio de imparcialidad, pues debe evitarse la colisión entre el interés público y el privado, por encima de una regla orientada a la mera continuidad en el funcionamiento de la Administración». Más bien, parece seguir la línea de pensamiento de Doménech Pascual, que estima que deben ponderarse diversos favores (la legitimidad democrática del sujeto, la posibilidad de sustituir al empleado público, el grado de discrecionalidad que se ejerce...), de modo que resulta «razonable dar mayor relieve y alcance a la obligación de abstenerse cuando la correspondiente actuación administrativa está especialmente necesitada de justificación, por ejemplo, por tener carácter discrecional y/o afectar gravemente a los derechos e intereses de los ciudadanos», pero no siempre y en todo caso.

Son también objeto de estudio el ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las causas de abstención y recusación. El art. 23 LRSJP se aplica a las autoridades, empleados públicos y todo tipo de personal al servicio de la Administración, englobando tales categorías a toda persona que esté legitimada para ejercer (o contribuir de forma determinante al ejercicio de) una potestad pública. Lo relevante no es pertenecer a una Administración, pues se puede también ser personal de una sociedad mercantil pública o de un colegio profesional o incluso un particular que puntualmente forma parte de un órgano administrativo; lo decisivo es poder ejercer potestades administrativas o determinar, de cualquier modo, las resoluciones administrativas. Por otra parte, las causas de abstención surten efectos en el seno del procedimiento administrativo, entendido este en

modo amplio, como todo ejercicio de potestad administrativa, aunque no esté formalmente procedimentalizado (tal y como sería el caso, dice el autor, de la evaluación que realiza un profesor de universidad o, añadido yo, de la inspección administrativa).

En la parte final de este segundo capítulo, el profesor García Luengo somete a riguroso examen las concretas causas de abstención y recusación previstas en la LRJSP. Para ello, sigue el orden legalmente establecido y no crea clasificaciones o grupos de motivos de abstención, como han hecho otros autores en la doctrina (González Pérez distinguió las causas de abstención subjetivas de las objetivas). A su vez, aporta abundante jurisprudencia sobre la interpretación que de las mismas se viene realizando, lo que puede resultar enormemente útil tanto a teóricos como a prácticos. Si acaso, pudiera hacerse una crítica: quizás este estudio minucioso de los motivos de abstención pudiera haberse realizado al principio de este segundo capítulo y no al final, para, así, una vez analizadas las causas y sus contornos, realizar una crítica del sistema más fundada y justificada y que el lector comprendiera más fácilmente. Creo que es al terminar de leer el segundo capítulo cuando se entiende mejor la crítica al excesivamente encorsetado sistema español que no siempre permite una valoración de las circunstancias del caso.

La causa estrella es la de tener interés personal en el asunto. Ese interés personal no coincide exactamente con tener un interés legítimo suficiente para ser parte en un procedimiento: lo abarca, sí, pero lo supera. Explica García Luengo que esta expansión se ha visto contrarrestada por una jurisprudencia restrictiva que, para apreciar interés personal, exige que se trate de un interés individual y significativo.

En cuanto al parentesco, el profesor ovetense aclara que esta causa resulta de aplicación con independencia de cómo sea realmente la relación entre los parientes y, en caso de cónyuges y consecuentes parientes por afinidad, incluso aunque el vínculo ya se haya disuelto. Además, no solo despliega efectos cuando el familiar es el interesado, sino también cuando actúa de cualquier forma en el procedimiento.

Llegado el turno a las controvertidas «amistad íntima» y «enemistad manifiesta», el autor no duda en afirmar que se trata de la causa de abstención más tradicional en España y más común en el derecho comparado, junto con la de tener interés personal en el asunto. En cuanto a la amistad, no basta con una buena relación ni con un sentimiento de afinidad, es necesaria una vinculación personal estrecha, continuada y que conlleve confianza mutua y vínculo emocional. García Luengo se muestra crítico en este sentido. Cree que este motivo debería abarcar los casos de intensa afinidad o pertenencia al mismo grupo social, pues considera que ambos sentimientos también pueden producir lazos afectivos profundos que comprometan la imparcialidad de la Administración. Por su parte, la enemistad debe producirse al margen del procedimiento, debe existir una antipatía personal que conlleve una aversión notoria, no siendo suficientes meras sospechas ni enemistades ideológicas u hostilidades hacia un determinado grupo. También en

este sentido se muestra crítico el autor. A su parecer, lo relevante no debería ser que la enemistad fuera manifiesta, sino que fuera grave y tan grave puede ser la antipatía que se siente por una persona individual como la que se profesa a un colectivo.

Aborda, por último, las causas de abstención consistentes en tener relación de servicio con los interesados y ser perito o testigo en el procedimiento. Respecto a esta última, señala que no suele aplicarse analógicamente en supuestos similares. Un ejemplo sobre esto aparece en la STS de 24 de febrero de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:612). La recurrente impugnó la sanción tributaria que se le impuso porque, entre otras cosas, la funcionaria que redactó la propuesta de resolución en el procedimiento sancionador fue la misma que había elaborado el informe-denuncia que se remitió a la jurisdicción penal cuando se apreciaron indicios de delito fiscal. Estimó nuestro Alto Tribunal que esta circunstancia no encajaba en ninguna de las causas de abstención previstas legalmente porque el funcionario no intervino como perito ni como testigo en el procedimiento y en ningún momento se planteó la aplicación analógica de este motivo.

Los dos siguientes capítulos del libro son dedicados a la vertiente procedimental del sistema: el ejercicio del deber de abstención y el incidente de recusación. García Luengo explica el procedimiento que hay que seguir en cada caso, los órganos competentes para instruirlo y resolverlo y las vías de impugnación que se pueden transitar. Y lo hace con claridad y de forma ordenada. Lo más interesante, a mi juicio, es que aclara que tanto la abstención como la recusación deben plantearse en el momento en que se conozca la concurrencia de uno de los motivos que enumera el art. 23 LRJSP, con buena fe. No cabe, por tanto, la recusación desleal por rechazo de pretensiones.

Se cierra el libro con un capítulo dedicado a las consecuencias que, sobre el acto y sobre el propio empleado público, comporta la actuación del incurso en causa de abstención. Por una parte, la protagonista es la regla del art. 23.4 LRJSP, conforme a la que esa participación no conlleva necesariamente la invalidez del acto adoptado: la intervención de quien debió abstenerse comporta la invalidez del acto solo cuando su actuación fue determinante para la decisión final, sea porque supuso el ejercicio de una potestad discrecional, sea porque consistió en el examen de conceptos jurídicos indeterminados. Por otra parte, aparecen las sanciones disciplinarias. Se reproducen con detalle las infracciones en que pueden incurrir los empleados de la Administración cuando participan en un procedimiento en el que debieron abstenerse y se subraya la necesidad de ponderar el castigo concreto en función de la gravedad de la causa de abstención concurrente.

En definitiva, a lo largo de cinco capítulos bien estructurados, el profesor García Luengo nos ofrece un estudio completo y detallado sobre el sistema de abstención y recusación español, en el que abundan las referencias a la doctrina que mejor ha tratado el tema con anterioridad y las alusiones al derecho comparado. Tanto unas como otras enriquecen una obra ya de por sí valiosa, dada la

experiencia académica y práctica de su autor. El ejercicio de la abogacía por parte de este profesor universitario ha contribuido a hacer de su libro una útil guía de referencia para los que, como él, se enfrentan a los más variados procedimientos administrativos y procesos judiciales en los que la abstención y la recusación de autoridades y empleados públicos pueden llegar a ser el núcleo o una parte importante de la cuestión litigiosa. Esto, unido al rigor científico que caracteriza al Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo y que se deja sentir en las páginas de este libro, lo convierten en una referencia inexcusable y un avance sobresaliente para garantizar la imparcialidad administrativa.

Carmen Martín Fernández
Universidad de Córdoba

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ y JOSÉ ANTONIO TARDÍO PATO (dirs.) y LUIS MIGUEL GARCÍA LOZANO (coord.): *La Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa en 2021: sus cuestiones más actuales*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2021, 635 págs.

El volumen que reseñamos a continuación, es una obra colectiva dirigida por el catedrático Santiago González-Varas Ibáñez de la Universidad de Alicante, por el profesor titular José Antonio Tardío Pato, perteneciente a la Universidad Miguel Hernández de Elche, y coordinado por Luis Miguel García Lozano, profesor ayudante doctor de la Universidad de Granada.

El volumen es una colección de contribuciones realizadas por expertos del ámbito jurídico provenientes de diversas universidades europeas y sectores jurídicos, en particular: Universidad de Alicante, Universidad Politécnica de Valencia, Universidad Miguel Hernández, Universidad de Granada y Università di Torino (Italia). Así como de magistrados de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de la sala del ramo del Tribunal Superior Justicia de la Comunidad Valenciana. En un mismo trabajo analizan de manera clara y hace-dera una serie de ideas, conceptos, cuestiones jurídicas, todas ellas recogidas en una obra de resultante relevancia científica.

El volumen se divide en diecisiete capítulos, donde en cada uno de ellos se aborda minuciosamente la Ley 29/1998, concretizando los problemas que subyacen en la norma, proponiendo soluciones reales y prácticas ante cuestiones de valioso interés.

Inaugura el volumen el procedimiento ordinario, realizado por José Díaz Delgado, magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. En su intervención, el autor enfoca la atención del lector en las cuestiones donde más controversias a lo largo de su carrera judicial ha detectado con relación al proceso ordinario y al resto de procedimientos contenciosos-administrativos.