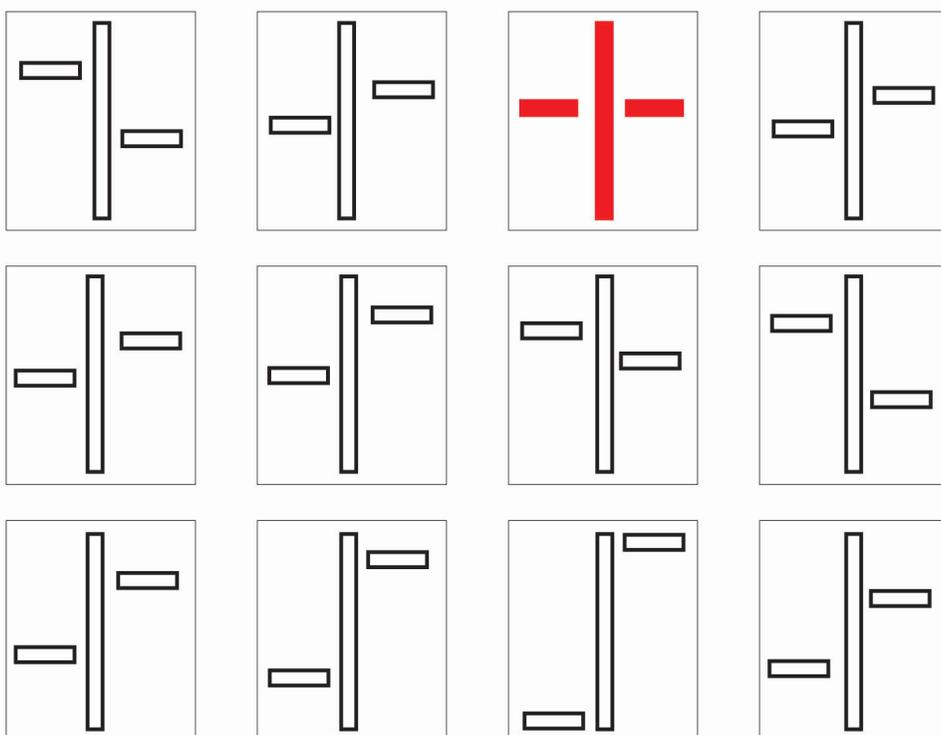


La imparcialidad en la función pública

Rafael Gil Cremades



Colección Scientia Iuridica

RAFAEL GIL CREMADES

**LA IMPARCIALIDAD
EN LA
FUNCIÓN PÚBLICA**



Madrid, 2008

© Editorial Reus, S. A.
Preciados, 23 - 28013 Madrid, 2008
Tfno: (34) 91 521 36 19 - (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 531 24 08
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

1.ª edición REUS, S.A. (2008)
ISBN: 978-84-290-
Depósito Legal: Z.
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S. A.
Ctra. Castellón, Km. 3,400 - 50013 Zaragoza

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación.

*A largo plazo, el crecimiento implica
el desarrollo del Estado de Derecho.*

(Conferencia de Douglass C. North en
Estocolmo, el 9 de diciembre de 1993,
al recibir el Premio Nobel de Cien-
cias Económicas)

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	
III. LOS FUNCIONARIOS EN LA CONSTITUCIÓN	
1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS DE LOS FUNCIONARIOS	
2. ¿UNAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, EN PRINCIPIO, DE FUNCIONARIOS?	
3. FUNCIONARIOS IMPARCIALES.....	
II. EL EJERCICIO IMPARCIAL DE LAS FUNCIONES PÚBLICAS EN LOS ESTATUTOS DE LOS FUNCIONARIOS	
1. LA IMPARCIALIDAD EN EL ESTATUTO BÁSICO Y EN LOS ESTATUTOS AUTONÓMICOS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA	
1.1. <i>El régimen de incompatibilidades.....</i>	
1.2. <i>La provisión de los puestos de trabajo</i>	
1.3. <i>El deber de obediencia</i>	
1.4. <i>La obligación de abstención</i>	
1.5. <i>El deber de neutralidad política.....</i>	
1.6. <i>La carrera política</i>	
1.7. <i>El derecho a la inamovilidad</i>	
1.8. <i>El régimen disciplinario.....</i>	
2. LA RESERVA DEL EJERCICIO DE DETERMINADAS FUNCIONES PÚBLICAS A FUNCIONARIOS POR RAZONES DE IMPARCIALIDAD.....	

3. LA IMPARCIALIDAD EN EL ESTATUTO FISCAL....
 - 3.1. *El deber de obediencia*
 - 3.2. *El régimen de incompatibilidades y prohibiciones*
 - 3.3. *El derecho al ascenso*
 - 3.4. *La provisión de los destinos*
 - 3.5. *El deber de abstención*
 - 3.6. *La carrera política*
 - 3.7. *El derecho a la inamovilidad*
 - 3.8. *El régimen disciplinario*.....
4. LA IMPARCIALIDAD EN EL ESTATUTO JUDICIAL
 - 4.1. *Independientes*
 - 4.2. *El régimen de incompatibilidades y prohibiciones*.....
 - 4.3. *El derecho al ascenso*
 - 4.4. *La provisión de las plazas*
 - 4.5. *El deber de abstención*
 - 4.6. *La carrera política*
 - 4.7. *Inamovibles*
 - 4.8. *El régimen disciplinario*
5. LA IMPARCIALIDAD EN EL ESTATUTO DE LOS MILITARES DE CARRERA
- 5.1. *El deber de neutralidad*
- 5.2. *El deber de obediencia*
- 5.3. *El derecho al ascenso*
- 5.4. *La provisión de los destinos*
- 5.5. *La carrera política*
- 5.6. *Los jueces militares*
- 5.7. *El régimen disciplinario*
6. LA IMPARCIALIDAD EN EL ESTATUTO DE LOS GUARDIAS CIVILES.....
 - 6.1. *Los principios de neutralidad política e imparcialidad*
 - 6.2. *El deber de obediencia*
 - 6.3. *El derecho al ascenso*
 - 6.4. *La provisión de los destinos*
 - 6.5. *La carrera política*
 - 6.6. *El régimen disciplinario*
7. LA IMPARCIALIDAD EN LOS ESTATUTOS DE LOS POLICÍAS CIVILES
- 7.1. *Los principios de neutralidad política e imparcialidad*
- 7.2. *El deber de obediencia*
- 7.3. *El derecho a la carrera*

- 7.4. *La provisión de los puestos de trabajo*
- 7.5. *El régimen disciplinario*.....

- III. BALANCE.....
- 1. FALTAN GARANTÍAS JURÍDICAS DE IMPORTANCIA
- 2. SOBRAN FUNCIONARIOS POLÍTICOS
- 3. LA IMPARCIALIDAD, UN VALOR CONSTITUCIONAL DERROTADO
- 4. REDESCUBRIR LA BUROCRACIA
- NOTA BIBLIOGRÁFICA

INTRODUCCIÓN

El primer año del siglo XXI se cerró en los Estados Unidos con la mayor suspensión de pagos de su historia. Enron, una empresa del sector de la energía, que figuraba entre las primeras de las cotizadas, fue víctima, según se pudo reconstituir después, de graves irregularidades contables mediante las que consiguió hinchar artificialmente sus beneficios y disimular una parte importante de sus deudas. Irregularidades sobre las que, a excepción de su vicepresidenta, Sherron Watkins, nadie hizo sonar la alarma. Ni su firma de auditoría, Arthur Andersen, que le prestaba también servicios de consultoría, ni los bancos de inversión, ni los analistas financieros, ni las agencias de calificación, que sólo cuatro días antes de que se produjera la suspensión de pagos empezaron a hablar de riesgo «especulativo». Tampoco funcionaron los controles internos. Todos dejaron hacer y deshacer a su presidente y directivos, que, entre tanto, se enriquecieron personalmente. Profesionales, a los que estatutariamente se exige un comportamiento independiente e imparcial, no reaccionaron, pues, a tiempo frente a un cliente que para ellos era muy lucrativo. Este escándalo se llevó por delante miles de empleos, gran parte del ahorro de los accionistas, uno de los cinco grandes despachos internacionales de auditoría y otros servicios, y, sobre todo, la confianza de los inversores en la transparencia de los mercados financieros y en el gobierno de las sociedades cotizadas. Semejante alarma social —que se amplificó en 2002 con las quiebras de Global Crossing y WorldCom y otros escándalos corporativos— movilizó al Congreso, que, en seis meses, aprobó una ley conocida por los apellidos de sus promotores: Sarbanes, senador demócrata, y Oxley, representante republicano. Un hecho legislativo de estas características no se había producido desde los años treinta del siglo XX, tras el crack de la Bolsa de Nueva York de 1929, cuando el legislador federal, para evitar la especulación y las prácticas fraudulentas que habían llevado a

aquél, reguló los mercados de valores y creó en 1934 un organismo independiente de regulación y supervisión, la *Securities and Exchange Commission*, que todavía existe. Por cierto, tampoco esta prestigiosa agencia federal estuvo a la altura de las circunstancias en el caso Enron. Su presidente, Harvey Pitt, tuvo que dimitir.

De estos escándalos corporativos, John Kenneth Galbraith (1908-2006) ha subrayado la sorprendente docilidad con la que se comportaron los profesionales: los economistas, «que habían elegido conscientemente elaborar pronósticos que beneficiaran a quienes solicitaban la investigación, y se habían permitido formular y difundir predicciones que resultaban favorables para sus propias inversiones, esto es, predicciones moldeadas para obtener ganancias o para protegerse contra posibles pérdidas», los auditores, los funcionarios, incluidos los de la citada Comisión. A este respecto, en la Ley Sarbanes-Oxley de 2002 se tomaron medidas para reforzar la independencia de los auditores de las sociedades bursátiles, y proteger así a los inversores y socios minoritarios. Se prohibió, por ejemplo, que las sociedades de auditoría presten simultáneamente determinados servicios complementarios a sus clientes de auditoría, y se redactaron normas más estrictas sobre los conflictos de intereses y la rotación de los auditores. Por otro lado, se configuró el comité de auditoría de las sociedades cotizadas como un órgano, en el que tiene que haber consejeros independientes, responsable directo del nombramiento, retribución y supervisión del trabajo de cualquier firma de auditoría contratada por la sociedad, que debe establecer procedimientos para la remisión confidencial y anónima por los empleados de sus preocupaciones sobre asuntos relacionados con la contabilidad y auditoría de la sociedad, es decir, proteger a quienes «hagan sonar el silbato» (*whistle-blowers*), como, anteponiendo la integridad profesional a su carrera, hicieron Sherron Watkins, en el caso Enron, y Cynthia Cooper, en el caso WorldCom, mereciendo por ello aparecer, junto con Coleen Rowley —oficial del FBI que había alertado a sus superiores sobre las actividades de Zacarías Mousaoui antes de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001—, en la portada del «Time Magazine» como personajes del año 2002.

A imagen y semejanza de lo hecho por el legislador federal estadounidense, nuestro legislador estatal endureció, en noviembre de 2002, la Ley de auditoría de cuentas de 1988. Los auditores de cuentas individuales y las sociedades de auditoría, en el ejercicio de su función, no sólo deben ser independientes de las empresas o entidades que auditen, sino también parecer independientes a los ojos de los usuarios de la

información auditada, debiendo abstenerse de actuar cuando su objetividad pudiera verse comprometida por intereses o influencias. Es la Administración, dada la relevancia pública de la actividad de auditoría —la tutela de la demanda de la información financiera, de los inversores y socios minoritarios— quien vela por el cumplimiento de este estricto deber de independencia, y del correspondiente régimen de incompatibilidades, y sanciona sus incumplimientos como infracciones muy graves. Para garantizar esta independencia profesional, se impuso también, en el caso de las sociedades cotizadas, la rotación obligatoria cada siete años del auditor de cuentas responsable del trabajo y de la totalidad de los miembros del equipo de auditoría, que no podrán volver a auditar a la misma sociedad hasta que transcurra un plazo de *vacatio* de tres años. Además, en otra Ley de 1988, la reguladora del mercado de valores, introdujo una disposición —que pertenece plenamente al Derecho de sociedades— en la que se obliga a las sociedades cotizadas a tener un comité de auditoría, compuesto mayoritariamente por consejeros no ejecutivos, y presidio por uno de éstos, que debe funcionar con independencia, al que, entre otras competencias, corresponde proponer el nombramiento de los auditores de cuentas externos, y relacionarse directamente con éstos para recibir información sobre aquellas cuestiones que puedan poner en riesgo su independencia (Ley 44/2002, de medidas de reforma del sistema financiero, arts. 47, 51 y 53).

Este sonado y espectacular caso Enron ha dado nombre a una enfermedad económica, la «enronitis»¹. Una enfermedad nueva, emergente.

¹ Sobre ella y sus consecuencias en el Derecho mercantil, entre otras publicaciones, María Alvarado Riquelme, *La independencia del auditor en la Unión Europea*, 2ª edición, Madrid, Dykinson, 2003; John Kenneth Galbraith, *La economía del fraude inocente. La verdad de nuestro tiempo* (2004), traducción española de Jordi Pascual y Luis Noriega, Barcelona, Crítica, 2004; Guillermo Guerra Martín, *El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho europeo*, Aranzadi, 2003; Yves-Marie Péréon, *Après Enron. Wall Street et le gouvernement d'entreprise*, Paris, Le Centre Français sur les États-Unis, 2003; José A. Ramírez-Escudero Valdés, *Los consejos de administración. Gobierno y des-gobierno de la empresa*, Madrid, Díaz de Santos, 2004; Juan Sánchez-Calero Guilarte, «El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada», *Revista de Derecho Mercantil*, 246 (2002) 1653-1725; Joseph Stiglitz, «El 'caso Enron'», *Claves de Razón Práctica*, 136 (2003) 4-14; Daniel Vázquez Albert, *Abogados y auditores: régimen jurídico del ejercicio multidisciplinar*, Madrid, Marcial Pons, 2003; Francisco Vincent Chuliá, *Introducción al Derecho mercantil*, 17ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004; Xavier Vives, «Enronitis: diagnóstico y terapia», *El País*, 28 de junio de 2002; Varios, *Gobierno corporativo y crisis empresariales* (II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil), Madrid, Marcial Pons, 2006.

«A lo largo de mi vida profesional —ha escrito el citado Galbraith—, ya fuera como profesor, escritor o funcionario público, he leído docenas, tal vez centenares, de estados financieros. Que algunos pudieran ser un disfraz para un silencioso latrocinio fue algo que nunca se me pasó por la cabeza». Una enfermedad grave y contagiosa, que ataca al fundamento mismo del modelo económico y social imperante: la confianza. Que ha puesto al descubierto varias cosas de algunas grandes corporaciones empresariales. Lo megalómana, opaca y corrupta que puede llegar a ser su dirección ejecutiva. La ausencia en su organización de instancias críticas, independientes e imparciales, que, con garantías suficientes, puedan mirar por los intereses colectivos. La insuficiencia del juego espontáneo de los mecanismos de autorregulación del mercado y de los códigos de buen gobierno o buena conducta. Lo injusto de un «capitalismo de amiguetes», que habla de mercado y libre competencia, y, para neutralizar a sus competidores, practica descaradamente el cortejo intensivo de la Administración. Una enfermedad económica que ha puesto igualmente al descubierto la traición de algunos profesionales externos a esas sociedades, encargados por ley de su control —tanto de los contratados y pagados por ellas (en particular, los auditores de cuentas) como de los funcionarios—, que se dejaron manipular. Crisis, pues, de valores que resultan indispensables para que una economía de mercado funcione bien para todos los interesados. Crisis de profesionalidad, de confianza, de seguridad jurídica, de transparencia, de independencia, de imparcialidad. Crisis que afectó negativamente a las instituciones, y, por tanto, de acuerdo con los análisis convincentes de Douglass C. North y otros neoinstitucionalistas, a la estructura de incentivos de las sociedades, y específicamente de las economías: a las instituciones informales, como las normas de comportamiento, las convenciones o los códigos de conducta autoimpuestos, y a las instituciones formales, como, entre otras, las leyes y la función pública entendida en sentido estricto, es decir, la que está habilitada por ley para realizar funciones de intervención administrativa, institución en la que, como, entre nosotros, ha señalado con acierto Joan Prats i Català, lo que está en juego «es la objetividad de la Administración y la imparcialidad del funcionario como exigencias de la creación de condiciones de eficiencia en una economía de mercado»².

² Joan Prats i Català, «Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público», *Documentación Administrativa*, 241-242 (1995) 40.

De funcionarios y del ejercicio por éstos de las potestades administrativas, en el que asegurar el valor de la imparcialidad resulta fundamental para la convivencia social y la democracia, se trata precisamente en este estudio. De funcionarios en sentido estricto, es decir, para hablar como Max Weber (1864-1920), de los que tienen su origen en el proceso de burocratización —de despatrimonialización de los cargos públicos— que conoció el Estado moderno en Europa a lo largo del siglo XIX. Funcionarios de toda condición social, seleccionados mediante exámenes abiertos, cuyo poder es un saber profesional especializado, vitalicios, con una carrera administrativa reglada, que realizan un trabajo independiente y sometido a normas. Concepto histórico de funcionario que no siempre ha sido respetado por nuestro legislador. Entre 1964 y 1984 se calificaron de funcionarios a los que eventualmente desempeñaban puestos de trabajo considerados de confianza o asesoramiento especial, al servicio exclusivo, personal y temporal del titular de un cargo político. Y todavía sigue vigente la categoría tradicional, pero contradictoria, de los «funcionarios interinos», es decir, de los funcionarios que no son funcionarios porque no son inamovibles en su relación de servicio. Una categoría que, como se verá, ha sido utilizada indebidamente por el Tribunal Supremo para permitir que funciones públicas típicas de los funcionarios, como son las que implican ejercicio de autoridad, puedan ser desempeñadas por interinos.

No se hará referencia aquí a la forma en que los ciudadanos devienen funcionarios. Es cierto que la transparencia y la objetividad con que se realiza la selección de los funcionarios pueden ser entendidas, y así se han entendido, como garantías de su posterior comportamiento imparcial. No cabe duda, en efecto, que un funcionario al que se le pueda recordar a quién debe realmente su nombramiento puede sentirse coaccionado y actuar con parcialidad. Por ello, en las leyes —en las que, según la Constitución (arts. 23.2 y 103.3), deben señalarse, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, los requisitos para acceder en condiciones de igualdad a la función pública— ha de asegurarse que los seleccionadores sean técnicos competentes, independientes e imparciales, algo que, por cierto, todavía no está plenamente asegurado, pues pueden citarse órganos de selección que cuentan entre sus miembros con «representantes» de, por ejemplo, un grupo político o un sindicato³. Pero

³ A la imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección se refiere el Estatuto básico del empleado público de 2007, en el que, con buen criterio, se añade que no podrán formar parte de ellos «el personal de elección o designa-

este tema, el de la imparcialidad de los profesionales que tienen que elegir a los mejores candidatos a funcionarios, es, en sí mismo, distinto del de la imparcialidad de los que ya son funcionarios, a la que se contrae este libro.

Se hablará, por tanto, de funcionarios a secas, o, para acomodarse a la terminología legal, de «funcionarios de carrera». En concreto, de aquellos que desempeñan las funciones públicas sobre las que puede decirse que existe un consenso amplio para que su ejercicio, por razones de neutralidad, independencia o imparcialidad, se continúe atribuyendo exclusivamente a funcionarios. Son las funciones públicas que, por el momento, se han librado de las curas de adelgazamiento que han conocido en Europa los Estados⁴. A algunas de esas funciones, no sin incurrir en cierto anacronismo, los franceses las siguen denominando «de regalía», y los alemanes «de soberanía»⁵. Sería preferible hablar simplemente de funciones esenciales del Estado. La milicia y la policía, sin las que, en sentido propio, no existe un Estado moderno. «Llamamos *Estado* —dijo Max Weber, un autor que resulta todavía inevitable cuando se habla de burocracia— a una *organización* política de carácter institucional y continuado cuando su aparato administrativo reclama con éxito el *monopolio* de la fuerza física *legítima* para la realización de los ordenamientos»⁶. La jurisdicción, función estatal para,

ción política, los funcionarios interinos y el personal eventual», y que todo miembro de estos órganos lo es siempre a título individual, no en representación o por cuenta de alguien (Ley 7/2007, art. 60).

⁴ Sobre estas experiencias, de las que existen numerosos ejemplos fuera de Europa, especialmente en los Estados Unidos, Ezra Suleiman ha dicho —parece que con ironía— que la derecha ha adoptado la idea de que el Estado puede debilitarse, una idea a la que los marxistas renunciaron (*Dismantling Democratic States*, (2003), traducción francesa —*Le démantèlement de l'État démocratique*— de William Olivier Desmond, Paris, Seuil, 2005, pág. 62).

⁵ En sus *Memorias*, publicadas en 1976, Jean Monnet califica de «mística» la creencia de Churchill y de Gaulle en la soberanía nacional, misticismo que, piensa, les impidió entender en 1940 su proyecto de oponer a la creciente dominación nazi una unión institucional y económica entre Inglaterra y Francia (Jean Monnet, *Mémoires*, Fayard, 2007, pág. 24). Sobre cómo, durante ya cincuenta años, los intentos de crear una verdadera potencia europea han sido boicoteados, recortados o aplazados por los místicos de la soberanía nacional, Bino Olivi/ Alessandro Giaccone, *L'Europe difficile. La construction européenne*, Gallimard, 2007.

⁶ Sobre esta definición del Estado moderno, Joaquín Abellán, *Poder y política en Max Weber*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2004, págs. 28-31, de quien es la traducción que se reproduce en el texto.

dentro de un sistema de normas, la resolución, con autoridad e imparcialidad, de los litigios. La función pública de acusar, de ejercer la acción penal en nombre del Estado. Las funciones administrativas de adjudicación de derechos a particulares, así como las de intervención, regulación, control, inspección o sanción de actividades privadas. Y las funciones de asesoramiento, control o sanción dentro de las propias Administraciones.

La razón de ser de estos funcionarios es que determinados servicios esenciales para la convivencia social se presten sin acepción de personas, de acuerdo con normas de carácter general. Algo que, según nuestra Constitución, incumbe garantizar al legislador. Un mandato constitucional que éste ha de cumplir mediante la aprobación de normas estatutarias en las que defina la situación jurídica de los funcionarios en cada Administración. A través del examen de estas normas legales sobre los derechos y deberes de los funcionarios, en particular de aquellas que comúnmente se consideran garantías jurídicas primarias de un comportamiento imparcial, se puede llegar a conocer, pues, el grado de realización de la Constitución en este punto. Esto es lo que se va a hacer cabalmente en este estudio, que, de acuerdo con tal planteamiento, tiene que ser necesariamente crítico. No puede consistir en la mera descripción no comprometida de la evolución legislativa que, después de la Constitución, se ha producido en este aspecto esencial y distintivo de la función pública, sino que debe realizarse teniendo en cuenta también en todo momento el horizonte último de valoración que representa lo enunciado en la Constitución. Una aproximación crítica de esta naturaleza resulta, por lo demás, inevitable hoy día, en los Estados constitucionales de Derecho, en cualquier investigación jurídica. Como bien ha dicho Luigi Ferrajoli, «la ciencia jurídica ha dejado de ser, supuesto que lo hubiera sido alguna vez, simple descripción, para ser crítica y proyección de su propio objeto: crítica del derecho inválido aunque vigente cuando se separa de la Constitución; reinterpretación del sistema normativo en su totalidad a la luz de los principios establecidos en aquélla; análisis de las antinomias y de las lagunas; elaboración y proyección de las garantías todavía inexistentes o inadecuadas no obstante venir exigidas por las normas constitucionales»⁷.

⁷ Luigi Ferrajoli, «Diritti fondamentali», (1998), traducción española de Perfecto Andrés Ibáñez, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2^o edición, Madrid, Trotta, 2001, pág. 68.

Hay que contrastar, pues, las leyes —que, en realidad, son obra normalmente de la iniciativa legislativa de un ejecutivo y su presidente que dirigen la mayoría parlamentaria— con el deber ser constitucional, para de esta manera determinar en qué medida éste ha dejado de ser un puro ideal, una promesa, y ha devenido efectivo.

