

*IV. EL PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD  
EN EL DERECHO COMPARADO*

da



## El principio de objetividad en Alemania

Nikolaus Marsch

*Dr. Iur Diplôme International d'Administration publique (ENA. Estrasburgo) Instituto de Derecho de Información y Medios de comunicación. Univesidad de Friburgo (Alemania)*  
Nikolaus.marsch@gmail.com

### Resumen

*El ordenamiento jurídico alemán no consagra expresamente el principio de objetividad –ni a nivel constitucional ni legal–. Sin embargo, existen normas dirigidas a garantizar la objetividad de la Administración. Es el caso del principio de imparcialidad en el procedimiento administrativo –que tiene su fundamento constitucional último en la cláusula de Estado de Derecho– y de otras disposiciones de carácter sustantivo que regulan, por ejemplo, el ejercicio de la discrecionalidad administrativa, la inclusión de cláusulas accesorias en los actos administrativos y la celebración de los contratos administrativos, con el fin de asegurar que la Administración respete los fines previstos legalmente. También en algunas actividades administrativas, de policía y fomento, la jurisprudencia ha desarrollado algunos mandatos de actuación objetiva y neutral. Asimismo, la neutralidad del Estado juega un papel fundamental en el Derecho de la educación –al regular la presencia de crucifijos en las escuelas públicas o el uso del velo islámico por parte de las docentes– y en el Derecho de la función pública –en el que rigen el principio de mérito y capacidad y la obligación de los funcionarios de respetar la Constitución y de no involucrarse en asuntos políticos–.*

### Palabras clave

*Imparcialidad, Estado de Derecho, objetividad, neutralidad.*

## The principle of objectivity en Alemania

### Abstract

*Neither the German Constitution nor the German administrative law include a written principle of objectivity. Nevertheless, there can be rules identified, which are aimed to assure the objectivity of administrative action; for example the procedural principle of impartiality, which has its constitutional basis in the Rule of Law. In substantive law, the objectivity of administrative actions is assured inter alia by the rules concerning the exercise of discretionary power, the possibility to add secondary obligations to administrative acts and the rules regarding public contracts; all of these norms are subordinating administrative action to the objectives pursued by the legislator. Sector specific duties of objectivity and neutrality can be identified inter alia in the jurisprudence concerning official warnings or the grant of subsidies. Finally, the neutrality of the administration is a major issue in educational law and in the law of the civil service.*

### Keywords

*Impartiality, Rule of Law, Neutrality.*

## 1. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

A diferencia de la Constitución española, la Ley Fundamental de Bonn (*Grundgesetz*, GG) no consagra el principio de objetividad de la Administración. Las leyes de procedimiento administrativo de la Federación y de los Estados<sup>2</sup>, así como otras leyes especiales, tampoco contienen un mandato general de objetividad de la Administración. Sin embargo, existen múltiples normas que tienen como finalidad garantizar la objetividad de la Administración. La doctrina emplea los conceptos de imparcialidad, objetividad y neutralidad de la Administración para referirse a las exigencias del principio de objetividad<sup>3</sup>. Algunos autores emplean estos conceptos como sinónimos. Otros entienden que sus contenidos se solapan parcialmente. Y un tercer grupo trata de diferenciarlos. Estas sutilezas terminológicas no se abordan en este trabajo, puesto que todos los conceptos mencionados comparten, en última instancia, un contenido común. La finalidad de este estudio es analizar distintos sectores del Derecho público alemán con el fin de identificar qué normas están encaminadas a asegurar la objetividad de la actuación administrativa. En concreto, se toman como referencia los sectores del Derecho español que son objeto de análisis en esta obra. En cada uno de ellos se analizan tanto las normas procedimentales que garantizan la imparcialidad (2.) como las normas sustantivas que aseguran la imparcialidad, la neutralidad y la objetividad de la Administración (3.).

## 2. LA IMPARCIALIDAD COMO NORMA PROCEDIMENTAL

La máxima *nemo iudex in re sua* constituye un principio jurídico basilar del Derecho Administrativo alemán<sup>4</sup>. Numerosos preceptos legales se refieren a la imparciali-

1 Traducido del alemán por Silvia Díez Sastre, Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid.

Abreviaturas utilizadas en lengua alemana: *BeamtStG* (Ley sobre el estatuto jurídico de los funcionarios de los Estados - *Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern*), *BBG* (Ley de Función Pública Federal - *Bundesbeamtengesetz*), *BVerfGE* (Recopilación oficial de decisiones del Tribunal Constitucional Federal - *Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts*), *BVerwGE* (Recopilación Oficial de decisiones del Tribunal Administrativo Federal - *Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts*), *DÖV* (*Die Öffentliche Verwaltung*, Revista), *DVBl.* (*Deutsches Verwaltungsblatt*, Revista), *GG* (Ley Fundamental de Bonn - *Grundgesetz*), *Jura* (*Juristische Ausbildung*, Revista), *NVwZ* (*Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Revista), *OVG* (Tribunal Superior Administrativo - *Oberverwaltungsgericht*), *VerwArch* (*Verwaltungsarchiv*, Revista), *VwGO* (Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa - *Verwaltungsgerichtsordnung*), *VwVfG* (Ley de Procedimiento Administrativo - *Verwaltungsverfahrensgesetz*).

2 La mayoría de las leyes de procedimiento administrativo de los Estados se remiten a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*) o, al menos, establecen una regulación análoga (al respecto, *Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 5 IV.). Por esa razón, a lo largo de este trabajo se hace referencia a la Ley de Procedimiento Administrativo de la Federación que, además, puede encontrarse fácilmente en Internet ([www.gesetze-im-internet.de](http://www.gesetze-im-internet.de)). También puede localizarse una versión no oficial de esta Ley en lengua inglesa en la dirección: <http://www.iuscomp.org/gla/index.html>.

3 Al respecto, ver *Barbirz*, *Institutionelle Befangenheit*, pp. 38 ss.; *Fehling*, *Unparteilichkeit*, p. 5. N. de la Tr.: en lengua alemana existen dos términos para referirse a la idea de objetividad: *Objektivität*, de raíz latina, y *Sachlichkeit*, de raíz sajona. El autor destaca la escasa utilización del primero de ellos en el Derecho alemán, aunque el segundo sí se emplea habitualmente.

4 Ver *Pünder*, *Verwaltungsverfahren*, § 14 núm. margen 4.

dad. Es el caso de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (VwVfG) –§§ 20, 21–; la Ley Federal Tributaria (*Abgabenordnung*), que regula el procedimiento administrativo en este sector –§§ 82, 83–; y el Código Laboral (*Sozialgesetzbuch X*), que establece los procedimientos administrativos en esta materia –§§ 16, 17–. Todas estas normas establecen una regulación idéntica. Por eso la exposición se refiere únicamente a las reglas generales de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (VwVfG) sobre la imparcialidad, así como a la jurisprudencia que se ha creado en torno a ellas (2.2.). No obstante, también se da cuenta de algunas especialidades que aparecen en el ámbito del Derecho local (2.2.3).

## 2.1. Consagración constitucional del principio de imparcialidad

Las múltiples previsiones legales en torno a la imparcialidad de la Administración comparten el mismo fundamento constitucional. Son manifestaciones del principio de Estado de Derecho que garantizan que prevalezca la Ley, no la Administración o los intereses personales de los funcionarios a su servicio<sup>5</sup>. Esta distancia o neutralidad –que se consigue a través de las reglas de imparcialidad– asegura al mismo tiempo el principio democrático<sup>6</sup>. La Administración se legitima democráticamente en la medida en que respeta y realiza los mandatos de la Ley, que manifiestan la voluntad del Parlamento legitimado democráticamente de forma directa<sup>7</sup>. Además, la imparcialidad de los funcionarios asegura la igualdad en el procedimiento administrativo y evita las actuaciones contrarias a la cláusula general de igualdad y a la interdicción de la arbitrariedad<sup>8</sup>. Ahora bien, a pesar de este claro enraizamiento del principio de imparcialidad en la Ley Fundamental, el texto constitucional no precisa concretamente en qué medida debe garantizarse y cuándo debe producirse un claro distanciamiento de los intereses particulares<sup>9</sup>. Solo en algún caso paradigmático puede decirse que el principio de imparcialidad cristaliza en un mandato constitucional específico<sup>10</sup> –por ejemplo, cuando hay que separar de la tramitación del procedimiento a una persona que tiene un interés directo en su resultado–. En el resto de supuestos, el legislador goza de un amplio margen de decisión para configurar las exigencias de imparcialidad de la Administración.

5 En este sentido, *Fehling*, *Unparteilichkeit*, p. 235; también *Bonk/Schmitz*, en: *Stelkens/Bonk/Sachs*, *VwVfG*, § 20 núm. margen 1; *P. Kirchhof*, *VerwArch* 66 (1975), p. 370 (371 ss.); *Kluth*, *Gemeinsame Grundsätze*, § 59 núm. margen 13; *Kopp/Ramsauer*, *VwVfG*, § 20 núm. margen 6; *Pünder*, *Verwaltungsverfahren*, § 14 núm. margen 4; *Schmidt-Aßmann*, *Ordnungsidee*, Capítulo 6, núm. margen 165; *Ziekow*, *VwVfG*, § 20 núm. margen 1.

6 Ver *Schmidt-Aßmann*, *Ordnungsidee*, Capítulo 6, núm. margen 165; también *P. Kirchhof*, *VerwArch* 66 (1975), p. 370 (376).

7 *Fehling*, *Unparteilichkeit*, p. 235; *Kopp/Ramsauer*, *VwVfG*, § 20 núm. margen 6.

8 *Fehling*, *Unparteilichkeit*, p. 235; *Hufen*, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, núm. margen 67; *Kluth*, *Gemeinsame Grundsätze*, § 59 núms. margen 10 ss. Al respecto de forma completa, *Fehling*, en *Fehling/Kastner*, § 20 *VwVfG*, núms. margen 6 ss.

9 *Fehling*, *Unparteilichkeit*, pp. 240 ss.

10 Cfr. *Fehling*, *Unparteilichkeit*, pp. 240 ss.

## 2.2. Concreciones legales del principio de imparcialidad

### 2.2.1. La imparcialidad del funcionario

Los §§ 20 y 21 VwVfG contienen una serie de prohibiciones de participar en el procedimiento administrativo. Estas normas cumplen tres funciones según Kluth: *aseguran al ciudadano* que ninguna persona parcial participe en el procedimiento administrativo; evitan los conflictos de intereses con el fin de *garantizar a la Administración* que ninguna persona parcial va a guiarse por sus intereses privados en lugar de por los intereses generales; al mismo tiempo, *protegen al propio agente al servicio de la Administración*, evitándole posibles conflictos<sup>11</sup>. Estas prohibiciones reguladas en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo son directamente aplicables cuando se ha iniciado un procedimiento administrativo en el sentido del § 9 VwVfG; esto es, cuando la Administración ha realizado una actuación externa –que afecta a los ciudadanos– con el fin de dictar un acto administrativo<sup>12</sup> o celebrar un contrato jurídico-público<sup>13</sup>. En los casos de actuaciones materiales de la Administración o de la iniciación de investigaciones informales, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo no entra en juego directamente. Sin embargo, la mayoría de la doctrina entiende que las reglas en torno a la imparcialidad deberían aplicarse de forma análoga<sup>14</sup>.

#### 2.2.1.1. Causas legales de exclusión del procedimiento (§ 20 VwVfG)

El § 20 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo regula una serie de supuestos de exclusión del procedimiento. El legislador establece una presunción *iuris et de iure* en esos casos, de modo que la incursión en alguno de los supuestos tasados supone automáticamente la exclusión del procedimiento de la persona afectada<sup>15</sup>. La prohibición de participar en el procedimiento afecta a las siguientes personas: quien tiene interés personal en el procedimiento (§ 20.1 párr. 1 núm. 1); quien tiene relación de parentesco con algún interesado en el procedimiento (núm. 2)<sup>16</sup>; quien representa a uno de los interesados en el procedimiento (núm. 3); quien tiene relación de parente-

11 Ver Kluth, *Gemeinsame Grundsätze*, § 59, núm. margen 14.

12 El concepto de acto administrativo se define en el § 35 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (VwVfG). Al respecto, en detalle: Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 9; Bumke, *Verwaltungsakte*, núms. margen 20 ss.

13 El contrato jurídico-público se regula en los §§ 54 ss. VwVfG. Sobre esta cuestión Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 14; Bauer, *Verwaltungsverträge*, núms. margen 70 ss.

N. de la Tr.: La idea de contrato jurídico-público (*öffentlich-rechtlicher Vertrag*) que utiliza el autor en este punto, no debe confundirse con el concepto español de contrato público o contrato del sector público que en el Derecho alemán es habitualmente un contrato de naturaleza privada dirigido a la prestación de los denominados “encargos públicos” (*öffentliche Aufträge*).

14 Cfr. Kopp/Ramsauer, *VwVfG*, § 20 núm. margen 7a; Pünder, *Verwaltungsverfahren*, § 14 núm. margen 4; Ziekow, *VwVfG*, § 20 núm. margen 2.

15 Ver Pünder, *Verwaltungsverfahren*, § 14 núm. margen 5.

16 El grado de parentesco que es legalmente relevante se contiene en el § 20.5 VwVfG y se configura de forma muy amplia. Al respecto, Pünder, *Verwaltungsverfahren*, § 14 núm. margen 5.

co con el representante de un interesado en el procedimiento (núm. 4); así como quien ha elaborado informes o ha prestado algún servicio externo vinculado al procedimiento (núm. 6)<sup>17</sup>. También se excluye del procedimiento a quien ha tenido una relación de servicio con un interesado en el procedimiento o a quien es miembro de la dirección, el consejo asesor o algún órgano similar vinculado a algún interesado en el procedimiento (núm. 5). Esta misma regla se aplica en los casos en que el funcionario afectado es miembro de un órgano concreto en razón de su cargo; por ejemplo, cuando la entidad pública a la que se adscribe es accionista o propietaria de una sociedad jurídico-privada<sup>18</sup>. Esta extensión de la prohibición de participar en el procedimiento a los funcionarios que, en razón de su cargo, se integran en una sociedad participada por una entidad pública –y que, por ello, pueden disponer de especiales conocimientos– se ha considerado ineficiente por *Bully Mehde*, que se muestran partidarios de su reforma<sup>19</sup>. El Profesor *J.-P. Schneider* entiende, por el contrario, que las sociedades estatales también pueden perseguir intereses particulares que pueden llegar a separarse del interés general y que por ello debe aplicarse un estricto control de imparcialidad en estos casos<sup>20</sup>.

Las razones de exclusión del procedimiento de personas al servicio de la Administración se amplían mediante la denominada “cláusula de equiparación” del § 20.1 2.ª frase VwVfG. De acuerdo con este precepto, aquellas personas que no ostentan directamente la condición de interesados, pero que pueden obtener un beneficio o sufrir perjuicio indirecto como consecuencia de la decisión administrativa deben apartarse del procedimiento. Esta misma regla se aplica a los funcionarios que tienen una relación de cercanía con personas que no participan directamente en el procedimiento, pero que pueden estar afectadas por su resultado (§ 20.1 1.ª frase núms. 2-5 VwVfG). Esta cláusula de equiparación de personas que no participan en el procedimiento con aquellas que sí lo hacen se produce cuando las ventajas o desventajas que pueden derivarse del procedimiento tienen naturaleza jurídica, económica o cualquier otra<sup>21</sup>. Su aplicación ejerce un efecto corrector sobre el criterio de la inmediatez de la ventaja o del perjuicio derivado del procedimiento. De modo que solo se tienen en cuenta aquellos casos en que la autoridad o la persona al servicio de la Administración puede obtener un beneficio o sufrir un perjuicio que le lleve a estar guiada por un especial interés individual<sup>22</sup>. Sin duda, esta diferenciación es compleja y muy sutil, y

17 *Pünder*, *Verwaltungsverfahren*, § 14 núms. margen 4 ss. Este autor diferencia entre las prohibiciones de participar en el procedimiento que se basan en una relación de cercanía con los interesados en el procedimiento (núms. 2-4) y aquellas que se apoyan en la cercanía al objeto del procedimiento (núm. 6).

18 Ver la Sentencia del Tribunal Administrativo Federal (BVerwGE) 69, 256 (266 ss.) y 75, 214 (227). También, *Hufen*, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, núm. margen 79; *Pünder*, *Verwaltungsverfahren*, § 14 núm. margen 5; *J.-P. Schneider*, *Verwaltungsverfahren*, § 28 núm. margen 33.

19 *Bull/Mehde*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, núm. margen 262.

20 *J.-P. Schneider*, *Verwaltungsverfahren*, § 28 núm. margen. 33. En el mismo sentido, *Hufen*, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, núm. al margen 79; *Kopp/Ramsauer*, *VwVfG*, § 20 núm. margen 27.

21 Ver *Kopp/Ramsauer*, *VwVfG*, § 20 núm. margen 33; *Pünder*, *Verwaltungsverfahren*, § 14 núm. margen 6.

22 Al respecto, *Kopp/Ramsauer*, *VwVfG*, § 20 núms. margen 35 ss.; también *Bonk/Schmitz*, en: *Stelkens/Bonk/Sachs*, *VwVfG*, § 20 núms. margen 43 ss.; *Fehling*, en: *Fehling/Kastner*, § 20 *VwVfG*, núms. margen 43. Sobre el concepto de inmediatez en las Leyes de Régimen Local de los Estados federados y en la jurisprudencia extistente al efecto, ver *H. C. Röhl*, *Jura* 2006, pp. 725 (727 ss.).

plantea numerosos problemas en la práctica<sup>23</sup>. Precisamente, el § 20.1 3.ª frase VwVfG establece criterios para delimitar el extenso supuesto de hecho que activa la cláusula de equiparación. Este precepto determina que las ventajas o desventajas que se puedan obtener por pertenecer a un determinado grupo de la población o a una determinada profesión no deben tenerse en cuenta para excluir a alguien del procedimiento.

Las personas que no son imparciales, de acuerdo con la presunción del § 20.1 VwVfG, no pueden *estar al servicio* de la Administración (§ 20.1 1.ª frase VwVfG). Esto se traduce en su exclusión del procedimiento a todos los efectos, no solo en la toma de la decisión final. De modo que no podrán participar en las actuaciones preparatorias del procedimiento como, por ejemplo, el asesoramiento a los interesados en el procedimiento, la comunicación de información o la garantía de acceso a los documentos administrativos –además de otras actuaciones que puedan formar parte de la fase de investigación previa al procedimiento–<sup>24</sup>. También se entiende que las personas que no son imparciales no pueden ejercer una influencia indirecta sobre la toma de la decisión. En este sentido se discute si la mera posibilidad de ejercer influencia –por ejemplo, por ser el jefe de determinado servicio– es suficiente<sup>25</sup>. Sí parece estar claro que las actividades meramente técnicas o instrumentales –como las que puede realizar un chófer o un mensajero– están excluidas de la prohibición de participar en el procedimiento<sup>26</sup>.

Además, hay que señalar que en los casos en que existe riesgo de retraso se entiende que la persona excluida del procedimiento puede adoptar medidas improrrogables (§ 20.3 VwVfG). En estos casos el principio de efectividad en el cumplimiento de las tareas administrativas prima sobre el mandato de imparcialidad<sup>27</sup>.

Finalmente, el § 20.4 VwVfG recoge una regla específica para los miembros de órganos colegiados. De acuerdo con este precepto, los miembros de un órgano colegiado tienen el deber de denunciar ante el presidente del órgano las posibles causas de exclusión del procedimiento. En ese caso, el órgano adoptará la decisión correspondiente sin la participación de los miembros afectados por dichas causas<sup>28</sup>.

### 2.2.1.2. Presunción de parcialidad y prohibición de participar en el procedimiento (§ 21 VwVfG)

Los supuestos de exclusión del procedimiento reunidos por el legislador en el § 20.1 VwVfG se completan gracias a la cláusula general del § 21.1 VwVfG<sup>29</sup>: si existen

23 Ver *Ritgen*, en: Knack/Henneke, VwVfG, § 20 núms. margen 25; *Pünder*, *Verwaltungsverfahren*, § 14 núm. margen 6.

24 Sobre esta cuestión *Ziekow*, VwVfG, § 20 núm. margen 3; también *Kluth*, *Gemeinsame Grundsätze*, § 59 núm. margen 17.

25 Al respecto, con múltiples referencias a la doctrina *Kluth*, *Gemeinsame Grundsätze*, § 59 núm. margen 17.

26 Cfr. *Siegmund/Marwinski*, *Allgemeine Grundsätze*, B. núm. margen 71; asimismo, *Kluth*, *Gemeinsame Grundsätze*, § 59 núm. margen 17; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 20 núm. margen 62.

27 Ver *Pünder*, *Verwaltungsverfahren*, § 14 núm. margen 7.

28 Al respecto, detalladamente, *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 20 núms. margen 50 ss.

29 En este sentido, *J.-P. Schneider*, *Verwaltungsverfahren*, § 28 núm. margen 33.

razones para sospechar que una persona no actuará de forma imparcial, su superior jerárquico debe excluirla del procedimiento. No es necesario que la persona sea realmente parcial; basta con que las partes del procedimiento puedan sospechar, a partir de hechos concretos y probables, que no actuará de forma imparcial<sup>30</sup>. La Ley regula así la “aparición de parcialidad” que se da, por ejemplo: cuando existe amistad o enemistad con los interesados en el procedimiento, que se haya manifestado de forma concreta; o cuando se producen pronunciamientos subjetivos de la persona al servicio de la Administración en el transcurso del procedimiento<sup>31</sup>. A diferencia de los supuestos de exclusión del procedimiento recogidos en el § 20.1 VwVfG, la sospecha de parcialidad del § 21.1 VwVfG no conlleva un apartamiento *ex lege* del procedimiento de la persona afectada. La orden del superior jerárquico será constitutiva de la prohibición de participar en el procedimiento<sup>32</sup>.

### 2.2.1.3. Inexistencia de un derecho a la recusación en el procedimiento administrativo

Cuando una persona al servicio de la Administración incurre en alguna de las causas de exclusión del procedimiento reguladas en el § 20 VwVfG o en la sospecha de parcialidad prevista en el § 21 VwVfG, los interesados no disponen de un derecho formal a la recusación. Estos solo tienen la posibilidad de dirigirse al superior jerárquico correspondiente para instar el apartamiento del procedimiento de las personas afectadas. De este modo, el legislador ha tratado de evitar el posible peligro de abuso y retraso derivados del ejercicio del derecho a la recusación<sup>33</sup>. Es más, la posible denegación del superior jerárquico de la solicitud de recusación no puede impugnarse de forma autónoma, sino que deberá impugnarse conjuntamente con la decisión que ponga fin al procedimiento (§ 44a Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, *Verwaltungsgerichtsordnung*, VwGO)<sup>34</sup>. Parte de la jurisprudencia y de la doctrina considera, además, que los interesados en el procedimiento están obligados a manifestar sus sospechas de parcialidad a la autoridad competente (§ 26.2 VwVfG); de modo que, en la medida en que no hayan manifestado esta circunstancia en el procedimiento administrativo, pierden la posibilidad de invocarla en un posterior proceso judicial<sup>35</sup>. Otra parte de la doctrina es contraria a esta interpretación. Entiende que es

30 Ver *Siegmund/Marwinski*, Allgemeine Grundsätze, B. núm. margen 78; *Ziekow*, VwVfG, § 21 núm. margen. 5.

31 Cfr. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 21 núm. margen. 17, con referencias a la jurisprudencia; más referencias jurisprudenciales en *Ritgen*, en Knack/Henneke, VwVfG, § 21 núm. margen 6.

32 En torno a esta diferencia estructural *Kluth*, Gemeinsame Grundsätze, § 59 núm. margen 20.

33 Ver *Pünder*, *Verwaltungsverfahren*, § 14 núm. margen 8; también *Fehling*, en: *Fehling/Kastner*, § 20 VwVfG, núm. margen 54; *J.-P. Schneider*, *Verwaltungsverfahren*, § 28 núm. margen 34; *Siegmund/Marwinski*, Allgemeine Grundsätze, B. núm. margen 79; *Hufen*, Fehler im *Verwaltungsverfahren*, núm. margen 97; *Kluth*, Gemeinsame Grundsätze, § 59 núm. margen 19.

34 *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 20 núm. margen 56; *Siegmund/Marwinski*, Allgemeine Grundsätze, B. núm. margen 81; *Ziekow*, VwVfG, § 21 núm. margen 8; en otro sentido, *Hufen*, Fehler im *Verwaltungsverfahren*, núm. margen 98.

35 OVG Koblenz, *DVBl.* 1999, pp. 1597 (1598); *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 20 núm. margen 3a, 57; *T. Maier*, *Befangtheit*, p. 80; *Ziekow*, VwVfG, § 20 núm. margen 22; *Fehling*, en: *Fehling/Kastner*, § 20 VwVfG, núm. margen 54.

contradictorio negar a los participantes en el procedimiento un derecho formal a la recusación y, al mismo tiempo, obligarles a realizar una denuncia de la posible parcialidad de una de las personas al servicio de la Administración<sup>36</sup>; por ello no debería asociarse una sanción tan fuerte –como es la preclusión de la posibilidad de invocar la sospecha de parcialidad en vía judicial– al hecho de que no se haya denunciado previamente la parcialidad en vía administrativa<sup>37</sup>. En este contexto, *Pünder* se muestra a favor de una reforma legal que incluya un derecho formal a denunciar la ausencia de imparcialidad cuyo ejercicio tenga carácter preclusivo<sup>38</sup>.

### 2.2.2. La imparcialidad a través de la organización

La llamada “parcialidad institucional” constituye una cuestión cada vez más controvertida en el Derecho Administrativo alemán<sup>39</sup>. Este concepto reúne los supuestos en que una misma persona participa en el procedimiento con distintos roles. Se habla, así, de “duplicidad de roles administrativos”<sup>40</sup>, “duplicidad de funciones de la misma autoridad”<sup>41</sup> y “decisiones sobre los propios asuntos”<sup>42</sup>. Los ejemplos más importantes son: la autorización de una edificación municipal a través del propio Ayuntamiento; así como la falta de separación entre las autoridades que realizan el planeamiento municipal y las que llevan a cabo el trámite de audiencia<sup>43</sup>. La Ley Federal de Procedimiento Administrativo no prevé esta “parcialidad institucional”, como se desprende del § 20.1 núm. 5.2. De acuerdo con este precepto, las personas al servicio de una corporación interesada en un procedimiento administrativo, no están expresamente excluidas de la participación en el procedimiento<sup>44</sup>. Sin embargo, algunas normas de los *Länder* y de la Parte Especial del Derecho Administrativo sí que establecen algunas reglas dirigidas a garantizar la neutralidad del personal al servicio de la Administración en estos casos. Así, por ejemplo, la Ley de Edificación del *Land* de Baden-Württemberg prevé en su § 48.2 1.ª frase que cuando se han formulado objeciones a un plan de urbanización municipal, la decisión final sobre la aprobación del plan no debe adoptarse por el municipio, sino por el ente territorial inmediatamente superior<sup>45</sup>.

36 En esta línea, *Pünder*, *Verwaltungsverfahren*, § 14 núm. margen 8.

37 En este sentido, *J.-P. Schneider*, *Verwaltungsverfahren*, § 28 núm. margen 34; en la misma línea *Ritgen*, en: *Knack/Henneke*, *VwVfG*, § 20 núm. margen 4.

38 *Pünder*, *Verwaltungsverfahren*, § 14 núm. margen 8.

39 Al respecto, una obra completa y actual: *Barbirz*, *Institutionelle Befangenheit*; también *Fehling*, *Unparteilichkeit*, pp. 241 ss.

40 *Schmidt-Aßmann*, *Ordnungsidee*, Capítulo 6 núm. margen 166.

41 *Barbirz*, *Institutionelle Befangenheit*, pp. 66 ss.

42 *Ritgen*, en: *Knack/Henneke*, *VwVfG*, § 20 núm. margen 12.

43 La Ley de Procedimiento Administrativo parte de una distinción entre ambas autoridades (§§ 73, 74) que no siempre se respeta en la práctica. Ver *Dürr*, en: *Knack/Henneke*, *VwVfG*, § 74 núm. margen 8; de forma muy detallada *Fehling*, *Unparteilichkeit*, pp. 258 ss.; asimismo *J.-P. Schneider*, *Verwaltungsverfahren*, § 28 núm. margen 35.

44 Ver *Barbirz*, *Institutionelle Befangenheit*, pp. 137 ss.; *Fehling*, *Unparteilichkeit*, pp. 251 ss.; también *Bonk/Schmitz*, en: *Stelkens/Bonk/Sachs*, *VwVfG*, § 20 núm. margen 8.

45 Más ejemplos en *Barbirz*, *Institutionelle Befangenheit*, pp. 140 ss.; *Fehling*, *Unparteilichkeit*, pp. 254 ss.

La falta de sensibilidad del Derecho alemán por los problemas derivados de este tipo de decisiones es objeto de crítica en la doctrina<sup>46</sup>. Aunque de la Constitución no se deriva ninguna norma concreta en torno al tratamiento de estos supuestos de “parcialidad institucional”<sup>47</sup>, hay que tener en cuenta el mandato constitucional de que la estructura orgánica de la Administración se adecúe a sus funciones<sup>48</sup>. Así que podría exigirse la adopción de medidas procedimentales y organizativas<sup>49</sup> como, por ejemplo, la creación de grupos de proyectos<sup>50</sup>. En cualquier caso, quien debería actuar frente a estas situaciones es el legislador<sup>51</sup>.

### 2.2.3. Particularidades en el ámbito del Derecho local

Las leyes de régimen local aprobadas por los *Länder* también contienen reglas en torno a la imparcialidad de los miembros del Pleno<sup>52</sup>. Estas normas tienen una gran trascendencia en la práctica. Hay que tener en cuenta que la cercanía de los miembros del Pleno con los objetos de decisión municipal conlleva el riesgo de que puedan guiarse por sus propios intereses<sup>53</sup>. Además, al interpretar estas reglas no hay que olvidar que el Pleno Municipal es un órgano elegido democráticamente que adopta decisiones de naturaleza cuasi-legislativa<sup>54</sup>. La composición del Pleno Municipal está determinada constitucionalmente en el artículo 28.1 2.ª frase GG, por ello las prohibiciones de participar en la toma de decisiones se sitúan en un contexto de tensión inmanente entre la imparcialidad exigida por el Estado de Derecho y las exigencias del Estado democrático de búsqueda de mayorías. Un concejal, elegido por los ciudadanos, no puede ser sustituido como un funcionario al servicio de la Administración. Por ello, las prohibiciones de participar en la toma de decisiones son especialmente problemáticas en este ámbito, puesto que pueden conducir a la alteración de las mayorías en el Pleno<sup>55</sup>. En la medida en que los *Länder* aprueben reglas de imparcialidad con un ámbito de aplicación muy amplio, deben ser objeto de interpretación restrictiva<sup>56</sup>. En esta línea, el Profesor Fehling ha señalado que en lugar de crear reglas de imparcialidad, en estos casos debería fomentarse la responsabilidad política mediante una mayor transparencia en la toma de decisiones<sup>57</sup>.

46 En este sentido, *J.-P. Schneider*, *Verwaltungsverfahren*, § 28 núm. margen 35.

47 Ver *Barbirz*, *Institutionelle Befangenheit*, pp. 88 ss.; *Fehling*, *Unparteilichkeit*, pp. 282 ss.

48 Cfr. *Fehling*, *Unparteilichkeit*, pp. 282 ss.

49 *Kopp/Ramsauer*, *VwVfG*, § 20 núm. margen 12a.

50 *Hufen*, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, núm. margen 70.

51 *Schmidt-Aßmann*, *Ordnungsidee*, Capítulo 6 núm. margen 166.

52 En detalle, *H. C. Röhl*, *Jura* 2006, pp. 725 ss.

53 *Ibidem*, pp. 725 (726).

54 Ver *Fehling*, *Unparteilichkeit*, pp. 145 ss.

55 Ver *H. C. Röhl*, *Jura* 2006, pp. 725 (726).

56 Ver *H. C. Röhl*, *Jura* 2006, pp. 725 (726) en relación con el § 18 de la Ley de Régimen Local de Baden-Württemberg; también, *Fehling*, *Unparteilichkeit*, pp. 145 ss.

57 *Fehling*, *Unparteilichkeit*, pp. 145 ss.

### 2.3. Control judicial de las garantías de imparcialidad

El análisis del control judicial de las reglas de imparcialidad en el procedimiento administrativo pone de manifiesto la escasa importancia que el ordenamiento jurídico alemán otorga al Derecho procedimental –en comparación con otros ordenamientos jurídicos–. El final de la Segunda Guerra Mundial marcó un cambio de tendencia en la ordenación del procedimiento administrativo basado en la intensificación de la regulación sustantiva y del control judicial. El resultado fue el desplazamiento a un segundo plano de los controles de legalidad procedimental<sup>58</sup>. Sin embargo, desde hace un tiempo la doctrina alemana reclama un reforzamiento del Derecho procedimental<sup>59</sup>, al tomar conciencia de la limitada capacidad de dirección del Derecho sustantivo<sup>60</sup>. El legislador tiende cada vez más a establecer fines y objetivos que la Administración debe alcanzar con un amplio grado de discrecionalidad, reduciendo la intensidad del control judicial<sup>61</sup>. Por ello es necesario establecer más garantías procedimentales que compensen el insuficiente control judicial, especialmente en los ámbitos en que la Administración tiene un papel de configuración política<sup>62</sup>. En esta línea, el Profesor Fehling considera que el ejercicio de funciones administrativas a través de particulares es un ejemplo del fracaso del control judicial, que podría subsanarse a través del establecimiento de reglas de imparcialidad<sup>63</sup>.

Conforme al Derecho positivo, la participación en el procedimiento de una persona incurso en alguna de las causas recogidas en los §§ 20 y 21 VwVfG tiene como consecuencia la invalidez del acto administrativo resultante. Ahora bien, la nulidad del acto administrativo prevista en el § 44 VwVfG –que lleva aparejada la ineficacia del acto– solo tiene lugar normalmente cuando se vulnera el § 20.1 VwVfG, esto es, cuando una misma persona estaba al servicio de la Administración y era interesada en el procedimiento<sup>64</sup>. En el resto de casos, la doctrina mayoritaria entiende que la participación en el procedimiento de una persona excluida o parcial puede subsanarse mediante la repetición de los trámites viciados por otra persona (§ 45 VwVfG)<sup>65</sup>. En este mismo sentido, se interpreta que la participación de una persona parcial –conforme al § 46 VwVfG– es irrelevante cuando sea evidente que la vulneración de las reglas de

58 Sobre esta evolución de la idea de imparcialidad *Fehling*, *Unparteilichkeit*, pp. 70 ss.

59 Al respecto, las obras contenidas en *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann*, *Verwaltungsverfahren und VwVfG*.

60 En este sentido, *F. Reimer*, *Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab*, núms. margen. 84 ss.

61 Ver *Fehling*, *Unparteilichkeit*, p. 73.

62 Ver, *Fehling*, *Unparteilichkeit*, *passim*; *Schmidt-Aßmann*, *Ordnungsidee*, Capítulo 6 núm. margen 165.

63 *Fehling*, *Unparteilichkeit*, pp. 77 ss., 351 ss.

64 Cfr. *Kluth*, *Gemeinsame Grundsätze*, § 59 núm. margen 18; *Pünder*, *Verwaltungsverfahren*, § 14 núm. margen 9; *J.-P. Schneider*, *Verwaltungsverfahren*, § 28 núm. margen 34.

65 Esta regla se aplica aunque el § 45 VwVfG no prevea explícitamente el supuesto de participación en el procedimiento de una persona parcial. En este sentido, *Pünder*, *Verwaltungsverfahren*, § 14 núm. margen 9; *J.-P. Schneider*, *Verwaltungsverfahren*, § 28 núm. margen 34; en otro sentido, *Hufen*, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, núm. margen 96; este autor entiende que las vulneraciones de los §§ 20 y 21 VwVfG no son subsanables y que en esos supuestos debe repetirse todo el procedimiento.

imparcialidad no tuvieron ningún efecto sobre el sentido de la decisión final. Ese será el caso cuando solo una decisión sea jurídicamente adecuada, porque se esté ante el ejercicio de una potestad reglada o porque la reconstrucción *ex post* de los hechos pruebe que la participación de esa persona no pudo haber ejercido ninguna influencia en la decisión final<sup>66</sup>. En estos casos, la carga de la prueba recae sobre la autoridad administrativa debido al carácter excepcional de esta regulación<sup>67</sup>.

### 3. LA IMPARCIALIDAD Y LA NEUTRALIDAD DEL ESTADO COMO NORMA SUSTANTIVA

#### 3.1. El mandato de actuación objetiva, imparcial y acorde con la Ley

Ya se ha señalado que el Derecho alemán no reconoce expresamente el principio de objetividad de la Administración. Sin embargo, puede entenderse que la función de este principio se asume por una serie de normas que regulan el procedimiento administrativo con el fin de garantizar que la Administración actúe de forma objetiva y conforme a la finalidad prevista en la Ley. Estas normas se diferencian de las contenidas en los §§ 20 y 21 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo porque tienen carácter sustantivo, aunque también encuentran su fundamento último en la cláusula de Estado de Derecho. Así, por ejemplo, el § 40 VwVfG obliga a la Administración a respetar el fin para el que se le atribuyó un determinado margen de discrecionalidad. No se trata tanto de una vinculación a la literalidad de la Ley como a los fines determinados legalmente; por ello la fijación de los objetivos de la discrecionalidad es una tarea fundamental del legislador<sup>68</sup>. En el caso de que la Administración ejerza su discrecionalidad con una finalidad distinta a la prevista, se produce una vulneración del mandato de actuación discrecional objetiva, imparcial y acorde con la Ley<sup>69</sup>. Esa vulneración debe controlarse judicialmente por el orden contencioso-administrativo, conforme al § 114 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung*, VwGO). De la misma manera, los tribunales deben controlar si las ponderaciones de intereses que realiza la Administración han tenido en cuenta todos los intereses relevantes y si no se ha introducido ningún interés ajeno –por ejemplo, en los casos de elaboración de planes urbanísticos–<sup>70</sup>.

En este mismo contexto se sitúa el § 36.3 VwVfG. Conforme a este precepto las posibles cláusulas accesorias de un acto administrativo no pueden ser contrarias a la finalidad del acto administrativo. De forma que la Administración solo puede estable-

66 Ver *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 20 núms. margen 70 ss.

67 Al respecto, *H. Meyer*, en: Knack/Henneke, VwVfG, § 46 núm. margen 29; *K.-A. Schwarz*, en *Fehling/Kastner*, § 46 VwVfG núm. margen 2; en un sentido distinto *Stüer/Hönig*, DÖV 2004, pp. 642 (649).

68 Ver *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, §40 núm. margen 1.

69 En este sentido, *Ruffert*, en: Knack/Henneke, VwVfG, § 40 núm. margen 55.

70 Sobre la teoría de los errores de la ponderación en la jurisprudencia, ver *Koch/Hendler*, Baurecht, § 17 núms. margen 1 ss.

cer aquellas cláusulas accesorias que sean objetivas y adecuadas, conforme a los presupuestos del § 36.1 y 2 VwVfG<sup>71</sup>.

En el ámbito de los contratos jurídico-públicos también pueden encontrarse reglas referidas a la imparcialidad de la Administración. Es el caso de la prohibición contenida en el § 56.1 2.ª frase VwVfG<sup>72</sup>. Conforme a esta disposición, la contraprestación que corresponde a la parte que contrata con la Administración debe estar conectada objetivamente con la prestación del contrato. Esta regla pone de manifiesto una máxima jurídica de carácter general que rige también en otros ámbitos del Derecho Administrativo<sup>73</sup>: la prestación y la contraprestación deben estar íntimamente ligadas, de manera que una actuación de la Administración sin fundamento legal solo puede hacerse depender de una contraprestación económica cuando esa contraprestación contribuya a eliminar algún obstáculo para la adopción de la decisión final<sup>74</sup>.

### 3.2. Concreciones del mandato de actuación objetiva, imparcial y acorde con la Ley

El mandato general de objetividad y adecuación a la Ley de la actuación administrativa se concreta en diferentes sectores jurídicos a través de la Ley y la jurisprudencia. A continuación, sin carácter exhaustivo, se exponen algunos ejemplos de estas concreciones que pueden ser objeto de comparación con las manifestaciones del principio de objetividad en el Derecho español que se abordan en esta obra.

#### 3.2.1. *El Derecho Administrativo de policía: el ejemplo de las alertas oficiales*

En el ámbito del Derecho Administrativo de policía cabe destacar el supuesto de intervención administrativa mediante alertas oficiales. El Tribunal Constitucional Federal se ha pronunciado sobre este problema, estrechamente vinculado con la dogmática de los derechos fundamentales<sup>75</sup>. El supuesto concreto que dio lugar al pronunciamiento del Tribunal fue el denominado “escándalo del glicol”, que afectó tanto a Alemania como a Austria. Una serie de viticultores –fundamentalmente austríacos– emplearon anticongelante (glicol) para endulzar el vino<sup>76</sup>. Cuando los hechos salieron a la luz, el Ministerio de Sanidad alemán elaboró una lista con los vinos a los que se les había añadido dietilenglicol. Uno de los viticultores afectados impugnó esta actuación ante los tribunales de lo contencioso-administrativo y finalmente for-

71 Cfr. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 36 núm. margen 55 ss.

72 Ver *Fehling*, Unparteilichkeit, pp. 76 s.

73 Vide *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 56 núm. margen 16.

74 Al respecto, Schliesky, en: Knack/Henneke, VwVfG, § 56 núm. margen 27.

75 BVerfGE 105, 252 ss.

76 N. de la Tr.: a pesar de su carácter tóxico, el glicol se utilizó con el fin de endulzar los vinos sin incrementar el nivel de azúcares añadidos, puesto que los análisis habituales de composición de los alimentos no detectan esta sustancia.

muló recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal Alemán. Su argumentación se apoyaba en la vulneración de su libertad profesional –consagrada en el artículo 12.1 GG– en su vertiente de protección de la competencia.

El Tribunal Constitucional Federal desestimó el recurso de amparo. Entendió que la alerta oficial del Ministerio no afectaba a la libre competencia en la medida en que fuera correcta y objetiva –como era el caso–<sup>77</sup>. Además, añadió que el funcionamiento de la competencia se basa precisamente en la existencia de un importante volumen de información sobre los factores relevantes para la competencia que pueda ponerse a disposición de los participantes en el mercado. Este pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal, de marcado carácter dogmático, ha sido objeto de elogio y de crítica por parte de la doctrina<sup>78</sup>. Así, se discute si el Tribunal considera que el ámbito de protección del derecho fundamental no está afectado en absoluto por la medida o si simplemente niega que haya una intervención en ese ámbito<sup>79</sup>. La doctrina crítica con la Sentencia cree que este planteamiento es erróneo y que las alertas oficiales siempre suponen una intervención en la libre competencia. Desde su punto de vista, el problema está en determinar si esa intervención está justificada conforme a la dogmática clásica de los derechos fundamentales<sup>80</sup>. A estos efectos, entiende que es relevante identificar si la información era correcta y objetiva.

El mismo día que se adoptó la decisión en el asunto del glicol, el Tribunal Constitucional Federal se pronunció sobre el asunto Osho, que también afecta a la actividad de información del Estado<sup>81</sup>. El Gobierno federal había hecho públicas sus críticas hacia determinadas asociaciones religiosas que consideraba sectas. El Tribunal Constitucional Federal avaló esta actuación, sin embargo, señaló que la neutralidad del Estado en asuntos religiosos e ideológicos exigía que las posibles críticas en este ámbito se realizaran con prudencia<sup>82</sup>.

### **3.2.2. El Derecho Administrativo prestacional: la neutralidad en el Derecho de subvenciones y en el Derecho laboral**

En el ámbito del Derecho Administrativo prestacional también se encuentran manifestaciones del mandato de objetividad de la Administración. El otorgamiento

77 BVerfGE 105, 252 (265 ss.).

78 Se muestran a favor del Tribunal, entre otros, *M. Bäcker*, Wettbewerbsfreiheit, passim; y *Michael/Morlok*, Grundrechte, núm. margen 355: que entienden que un mercado basado en la falta de información no es digno de protección. Por el contrario, son críticos con la Sentencia, *ex multis*, *Kahl*, Der Staat 43 (2004), pp. 167 ss.; *Kloepfer*, Verfassungsrecht II, § 70 núm. margen 63; *Manssen*, en: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12 núm. margen 88; *Murswiek*, NVwZ 2003, pp. 1 ss.

79 Al respecto, *M. Bäcker*, Wettbewerbsfreiheit, pp. 124 ss.

80 Sobre esta cuestión, *Kloepfer*, Verfassungsrecht II, § 70 núm. margen 63; *Manssen*, en: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12 núm. margen 88.

81 BVerfGE 105, 279 ss.

82 BVerfGE 105, 279 (294).

de subvenciones constituye un magnífico ejemplo a estos efectos. La realización de esta actividad se somete al principio de igualdad, consagrado en la Constitución (art. 3.1 GG), que prohíbe un tratamiento desigual injustificado<sup>83</sup>. Evidentemente, las disposiciones administrativas internas que regulan el otorgamiento de subvenciones no reconocen a los particulares un derecho a obtener una subvención. Sin embargo, estas disposiciones, al igual que la práctica administrativa, pueden conducir a una autovinculación de la Administración (*Selbstbindung der Verwaltung*)<sup>84</sup>. La consecuencia de la autovinculación consiste en que la Administración no puede apartarse de lo previsto en una disposición administrativa interna o de su propia práctica administrativa, a no ser que ofrezca una motivación objetiva que lo justifique.

Junto a este problema, en este ámbito se plantea la duda en torno a la necesidad de que exista una Ley del Parlamento que, de forma expresa, sirva de base para otorgar subvenciones. La jurisprudencia sostiene que la previsión de fondos en los presupuestos públicos es suficiente para llevar a cabo la actividad subvencional<sup>85</sup>. Sin embargo, una parte de la doctrina considera necesario que exista una base legal para cada forma de subvención estatal. El fundamento de esta posición se encuentra en la teoría del contenido esencial del Tribunal Constitucional Federal, que exige que el legislador regule las cuestiones esenciales que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales<sup>86</sup>. De hecho, en los supuestos en que se afecta de forma especialmente intensa a los derechos fundamentales, la jurisprudencia también exige una base legal formal. Es el caso del otorgamiento de subvenciones a medios de comunicación o a organizaciones religiosas<sup>87</sup>. En estos ámbitos el Estado debe mantener una posición de especial neutralidad.

En el ámbito de las relaciones laborales también existen disposiciones dirigidas a garantizar la neutralidad del Estado. Es el caso del Código Laboral III (*Sozialgesetzbuch III, SGB III*), dedicado al fomento del empleo. Así, el § 36.3 SGB III prohíbe a la Agencia Federal de Empleo mediar en un conflicto laboral –normalmente en una huelga–, a no ser que tanto los trabajadores como los empresarios lo soliciten. De este modo, se garantiza el cumplimiento de la autonomía salarial, protegida por el artículo 9.3 GG. En el mismo sentido, los §§ 146.1 y 174.1 SGB III prohíben a la Agencia Federal de Empleo intervenir en un conflicto laboral mediante el pago de subsidios. Para asegurar el cumplimiento de estos preceptos, el § 320.5 1.ª frase SGB III obliga al empresario a informar a la Agencia Federal de Empleo de la existencia de un conflicto laboral.

83 Ver *Kahl/Diederichsen*, Subventionsrecht, § 7 núm. margen 56.

84 Cfr. *Kahl/Diederichsen*, Subventionsrecht, § 7 núms. margen 117 ss.; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 6 núm. margen 55.

85 BVerwGE 6, 282 (287 ss.); 58, 45 (48); 90, 112 (126).

86 Así, *Kahl/Diederichsen*, Subventionsrecht, § 7 núm. margen 56 ss.

87 Sobre las subvenciones a la prensa: OVG Berlin, NJW 1975, 1938; también *Bäcker*, Wettbewerbsfreiheit, pp. 282 ss. En torno a las subvenciones a organizaciones y comunidades religiosas, la decisión del Tribunal Administrativo Federal: BVerwGE 90, 112 ss.; aunque no se refiere directamente a subvenciones de origen estatal.

### 3.3. La neutralidad religiosa e ideológica del Estado

Anteriormente se ha señalado que el Estado tiene una posición neutral en cuestiones religiosas e ideológicas. Esto se traduce en la imposibilidad de que el Estado favorezca o privilegie a determinadas confesiones religiosas<sup>88</sup>. Sin embargo, de la neutralidad del Estado no se deriva una separación estricta entre Iglesia y Estado, sino un deber del Estado de promover la libertad de conciencia e ideológica en el marco de todas las confesiones<sup>89</sup>. De este modo, puede afirmarse que en Alemania el mandato de neutralidad del Estado no se vincula a un laicismo estricto –que prohíbe cualquier manifestación religiosa en la vida pública–<sup>90</sup>. El Tribunal Constitucional Federal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en múltiples ocasiones en este ámbito. De entre ellas, merece la pena destacar dos de las sentencias más conocidas y controvertidas.

En el famoso asunto del crucifijo del año 1995 el Tribunal Constitucional Federal declaró inconstitucional una Ley del Estado de Baviera que obligaba, sin excepción, a que todas las aulas de las escuelas de enseñanza primaria tuvieran un crucifijo<sup>91</sup>. Entre las críticas que se vertieron en contra de la Sentencia no se encontraba el hecho de que el Tribunal apoyase su juicio de inconstitucionalidad exclusivamente en la ausencia de excepciones al mandato legal de colocar crucifijos en el espacio escolar<sup>92</sup>. Posteriormente, el Tribunal Constitucional Federal inadmitió un recurso de amparo dirigido contra la nueva regulación, que preveía que los padres y alumnos podían oponerse a la colocación de los crucifijos<sup>93</sup>.

Posteriormente, en 2003, el Tribunal Constitucional Federal debió hacer frente a otro supuesto relacionado con la libertad religiosa: una profesora de enseñanza primaria muy cualificada fue excluida de un proceso de selección del profesorado porque tenía intención de ataviarse con el velo musulmán para la impartición de su docencia. La respuesta del Tribunal no ofreció criterios para resolver el complejo debate que se abrió en la sociedad; simplemente anuló la decisión de la Administración por considerar que era necesaria una Ley parlamentaria que diese cobertura a su actuación<sup>94</sup>. En este sentido, el Tribunal señaló que el legislador competente para aprobar dicha Ley debía respetar de forma estricta el mandato de tratamiento igual de las distintas confesiones religiosas<sup>95</sup>.

88 BVerfGE 93, 1, 17; 105, 279, 294 ss.

89 En este sentido, BVerfGE 108, 282, 300.

90 Ver *Mager*, en: v. Münch/Kunig, GG, Art. 4 núm. margen 3.

91 BVerfGE 93, 1 ss. Muy crítico con esta decisión *Starck*, en: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 4 núm. margen 29.

92 Al respecto, *Mager*, en: v. Münch/Kunig, GG, Art. 4 núm. margen 41.

93 BVerfG, NJW 1999, 1020.

94 BVerfGE 108, 282 ss., con votos particulares de los magistrados *Di Fabio*, *Jentsch* y *Mellinghoff*.

95 BVerfGE 108, 282 (313).

### 3.4. La neutralidad del Estado en el Derecho de la función pública

#### 3.4.1. *El acceso a la función pública y el ascenso en la carrera funcional: El principio de mérito y capacidad y el respeto a la Constitución*

El acceso a la función pública y los ascensos en la carrera funcional están presididos por el derecho constitucional a la igualdad de acceso a los cargos públicos consagrado en el artículo 33.2 GG, que constituye una manifestación especial de la cláusula general de igualdad<sup>96</sup>. De acuerdo con este derecho, tanto el acceso a la función pública como el ascenso en la carrera funcional deben acontecer conforme al mérito y la capacidad de los candidatos. De este modo, la Constitución establece tanto un derecho fundamental, susceptible de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal, como un principio fundamental de la organización del Estado que conduce a una mayor eficiencia del Estado y a la inclusión de todos los ciudadanos en la función pública, propia del Estado social<sup>97</sup>. Este mandato constitucional es, por tanto, contrario a la politización de la función pública y a las relaciones de clientelismo que cada vez están más asentadas en la práctica<sup>98</sup>. De hecho, solo se cumple de forma escrupulosa en relación con unos centenares de altos funcionarios que se encuentran a medio camino entre la dirección política y el aparato administrativo y que, a pesar de su vinculación vitalicia a la Administración, se prejubilán cada cierto tiempo sin ningún motivo (§ 54.1 Ley de la Función Pública Federal, BBG y § 30.1 Ley sobre el Estatuto Jurídico de los Funcionarios de los Estados, BeamStG). En la realidad, las duras críticas de la doctrina no impiden que el acceso a la función pública y los ascensos sigan regidos por criterios de tipo partidista, que son claramente inconstitucionales<sup>99</sup>.

El derecho de acceso a los cargos públicos, sin embargo, es perfectamente compatible con la exigencia de un deber de lealtad política de los funcionarios y de los candidatos a un puesto en la función pública. Así, se exige a los funcionarios que se identifiquen con la Constitución –no con el Gobierno–. Dicho de otro modo, se les pide que su comportamiento general sea compatible con el orden democrático y las libertades del Estado alemán<sup>100</sup>. Así, por ejemplo, un funcionario no vulnera su deber de lealtad cuando es miembro de un partido político contrario a la Constitución; pero sí lo hace cuando participa activamente en ese partido, incluso aunque el partido político aún no haya sido prohibido por el Tribunal Constitucional Federal<sup>101</sup>. En la actualidad, este deber de lealtad ha perdido gran parte de su sentido, que se explicaba

96 Ver *Kunig*, en: v. Münch/Kunig, GG, Art. 33 núm. margen 14.

97 Al respecto, *Trute*, en: Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein, GG, Art. 33 núms. margen 13 ss.

98 *Voßkuhle*, Personal, § 43 núms. margen 64 ss.

99 En este sentido, v. *Arnim*, Ämterpatronage. *Voßkuhle*, Personal, § 43 núm. margen 64 ss.

100 Sobre esta cuestión *Jachmann*, v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 33 núm. margen 47; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 33 núm. margen 52; *Kunig*, en: v. Münch/Kunig, GG, Art. 33 núm. margen 34.

101 *Vid. Jachmann*, v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 33 núm. margen 47; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 33 núm. margen 52.

en el contexto de los años setenta y ochenta en relación con los candidatos a la función pública que se adscribían a la izquierda radical<sup>102</sup>.

### 3.4.2. *La imparcialidad y la neutralidad políticas de los funcionarios*

Por último, hay que señalar que la imparcialidad del personal al servicio de la Administración se asegura estatutariamente. Los §§ 60 y 61 BBG y los §§ 33 y 34 BeamtStG, para los funcionarios de los *Länder*, obligan a actuar de forma imparcial, justa y a favor de la colectividad. Así que prohíben actuar a favor de un partido concreto (§§ 60.1 BBG, § 33.1 1.ª frase BeamtStG). Pero, a diferencia de otros Estados, los funcionarios alemanes pueden militar en partidos políticos y llevar a cabo actividades políticas. Deben actuar, eso sí, con la debida reserva que corresponde a su posición frente a la sociedad y a las obligaciones de su cargo (§ 60.2 BBG, § 33.2 BeamtStG).

## BIBLIOGRAFÍA

- Arnim, Hans Herbert von, *Ämterpatronage durch politische Parteien* □ Ein verfassungsrechtlicher und staatspolitischer Diskussionsbeitrag, Wiesbaden 1980.
- Bäcker, Matthias, *Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht - Eine dogmatische Neubestimmung am Beispiel des Abwehrrechts des Konkurrenten gegen eine Subvention* (Dissertation Hamburg 2006), Baden-Baden 2007.
- Barbirz, Felix, *Institutionelle Befangenheit – Eigeninteressen von Subjekten öffentlicher Verwaltung als Einfluss auf die Verwaltungsentscheidung* (Dissertation Hamburg 2010), Baden-Baden 2010.
- Bauer, Hartmut, § 36 Verwaltungsverträge, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band II: Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen*, München 2008, S. 1155 ff.
- Bull, Hans Peter/Mehde, Veit, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre*, 7. Auflage, Heidelberg u.a. 2005.
- Bumke, Christian, § 35 Verwaltungsakte, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band II: Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen*, München 2008, S. 1031 ff.
- Denninger, Erhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schneider, Hans-Peter/Stein, Ekkehart (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Alternativkommentar)*, 3. Auflage, Neuwied, Kriftel 2001.
- Fehling, Michael, *Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe* (Habilitationsschrift Freiburg 2000), Tübingen 2001.
- Fehling, Michael/Kastner, Berthold (Hrsg.), *Verwaltungsrecht – VwVfG, VwGO, Nebengesetze*, 2. Auflage, Baden-Baden 2010.

<sup>102</sup> Al respecto, la crítica de *Trute*, en: Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein, GG, Art. 33 núm. al margen 48 ss.

- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, Baden-Baden 2003.
- Hufen, Friedhelm, *Fehler im Verwaltungsverfahren – Ein Handbuch für Ausbildung und Praxis*, 4. Auflage, Baden-Baden 2002.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 10. Auflage, München 2009.
- Kahl, Wolfgang, *Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt – Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik*, *Der Staat* 43 (2004), S. 167 ff.
- Kahl, Wolfgang/Diederichsen, Lars, *Subventionsrecht*, in: R. Schmidt/Vollmöller (Hrsg.), *Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 3. Auflage, Berlin u.a. 2007.
- Kirchhof, Paul, *Die Bedeutung der Unbefangenheit für die Verwaltungsentscheidung*, *Verwaltungsarchiv (VerwArch)* 66 (1975), S. 370 ff.
- Kloepfer, Michael, *Verfassungsrecht – Band 2*, München 2010.
- Kluth, Winfried, § 59 *Gemeinsame Grundsätze aller Verfahrensarten*, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth (Hrsg.), *Verwaltungsrecht I*, 12. Auflage, München 2007.
- Knack, Hans Joachim/Henneke, Hans-Günter (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz* § Kommentar, 9. Auflage, Köln 2010.
- Koch, Hans-Joachim/Hendler, Reinhard, *Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht*, 5. Auflage, Stuttgart u.a. 2009.
- Kopp, Ferdinand O./Ramsauer, Ulrich, *Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar*, 11. Auflage, München 2010.
- Maier, Tanja, *Befangenheit im Verwaltungsverfahren – Regelungen der EU-Mitgliedstaaten im Rechtsvergleich (Dissertation Heidelberg 1998)*, Berlin 2001.
- Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz – Band I*, 6. Auflage, München 2010; *Band II*, 6. Auflage, München 2010.
- Maurer, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17. Auflage, München 2009.
- Michael, Lothar/Morlok, Martin, *Grundrechte*, Baden-Baden 2008.
- Münch, Ingo von/Kunig, Philip, *Grundgesetz-Kommentar – Band I*, 5. Auflage, München 2000; *Band II*, 5. Auflage, München 2001.
- Murswiek, Dietrich, *Das Bundesverfassungsgericht und die Dogmatik mittelbarer Grundrechtseingriffe. Zu der Glykol- und der Osho-Entscheidung vom 26.6.2002*, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2003, S. 1
- Pünder, Hermann, *Verwaltungsverfahren*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Auflage, Berlin/New York 2010.
- Reimer, Franz, § 9 *Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrecht – Band I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation*, München 2006, S. 533 ff.
- Röhl, Hans Christian, *Das kommunale Mitwirkungsverbot*, *Juristische Ausbildung (Jura)* 2006, S. 725 ff.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee – Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 2. Auflage, Berlin u.a. 2006.

- Schneider, Jens-Peter, § 28 Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band II: Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, München 2008, S. 523 ff.
- Siegmund, Manfred/Marwinski, Ralf, B. Allgemeine Grundsätze, Subjekte und Ablauf des Verwaltungsverfahrens, in: Jürgen Brandt/Michael Sachs (Hrsg.), Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, 3. Auflage, Heidelberg 2009.
- Stelkens, Paul/Bonk, Hein Joachim/Sachs, Michael (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar, 7. Auflage, München 2008
- Stürer, Bernhard/Hönig, Dietmar, Befangenheit in der Planfeststellung, Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 2004, S. 642 ff.
- Vosskuhle, Andreas, § 43 Personal, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrecht ¶ Band III: Personal, Finanzen, Kontrolle, Sanktionen, Staatliche Einstandspflichten, München 2009, S. 3 ff.
- Ziekow, Jan, Öffentliches Wirtschaftsrecht, München 2007.
- Ziekow, Jan, Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar, 2. Auflage, Stuttgart 2010.

