

fundamental sobre esta cuestión, pues, según el artículo 97: «El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar, y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.» De acuerdo con ello, la manifestación del consentimiento por el Rey para obligar internacionalmente al Estado no se vincula a una determinada forma del acto de prestación del consentimiento (ya sea mediante firma, ratificación, adhesión, canje de instrumentos o cualquier otra forma que se hubiese convenido), adaptándose los preceptos constitucionales al artículo 11 de la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados, en cuanto al principio de libertad de formas para obligarse.

Además, debe tenerse en cuenta el papel del Presidente del Gobierno, que, según el artículo 98.2 de la Constitución, «dirige la acción del Gobierno y coordina las funciones de los demás miembros de la misma, sin perjuicio de la competencia y responsabilidad directa de éstos en su gestión». Es, por tanto, el superior inmediato del Ministro de Asuntos Exteriores.

Por otra parte, las Cortes Generales tienen intervención tanto en cuanto a la declaración de la guerra y la firma de la paz, según el artículo 63.3 de la Constitución, y también intervienen en la conclusión de los Tratados y Convenios Internacionales. Esta intervención se recoge en el artículo 93, que ya hemos citado, por lo que se refiere a los tratados que exigen una autorización mediante Ley Orgánica, y en los artículos 94 y 95.

El artículo 94.1 del texto constitucional establece que:

«La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos:

- a) Tratados de carácter político.
- b) Tratados o Convenios de carácter militar.
- c) Tratados o Convenios que afecten a la integridad territorial o a los derechos y derechos fundamentales establecidos en el Título I.
- d) Tratados o Convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública.
- e) Tratados o Convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.»

La doctrina ha criticado este enunciado por cuanto, pese a su apariencia de lista de materias tasadas, prácticamente abarca la totalidad del espectro de tratados que puedan celebrarse. Así la amplitud del término «carácter político» o la dificultad de que un Tratado no implique modificación o derogación de alguna ley o no exija medidas legislativas para su ejecución.

En todo caso, la naturaleza jurídica de la intervención de las Cortes Generales consiste en la autorización para prestar el consentimiento (con diferentes modalidades de procedimiento de votación), pero las Cortes no ratifican ni firman ni se adhieren, sino que autorizan este acto de prestación

del consentimiento que corresponde al Rey manifestar cualquiera que sea su forma²².

Además, la intervención de las Cortes Generales en los tratados de menor importancia, que no encajan por razón de su contenido e incidencia cualitativa en los dos supuestos anteriores, se limita a recibir información inmediata y oficial de su celebración. El artículo 94.2 dispone que: «El Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes tratados o convenios.»

Por último, hay que tener en cuenta el artículo 95 de la Constitución a cuyo tenor:

- «1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.
2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.»

Como es sabido, ya se ha hecho uso de la posibilidad de acudir al Tribunal Constitucional por la vía del artículo 95.2, en relación con la firma del Tratado de la Unión Europea. En su Declaración de 1 de julio de 1992, el Tribunal Constitucional afirmó la posible incompatibilidad entre el artículo 8 B del Tratado y el apartado 2 del artículo 13 de la Constitución (sufragio pasivo en las elecciones locales). Lo cual llevó a la única reforma constitucional que, hasta el momento, ha conocido nuestra Carta Magna, la reforma del artículo 13, apartado 2, de la Constitución Española, de 27 de agosto de 1992.

Finalmente, debemos referirnos al Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, como principal órgano de las relaciones internacionales, dentro de la Administración General del Estado.

En todos los Estados modernos existe el Ministerio de Asuntos Exteriores bajo diversos nombres. Al frente del mismo se encuentra un Ministro que es el jefe de la rama administrativa que dirige la política exterior, bajo la dependencia del Jefe del Estado o del Gobierno, según los regímenes políticos. Los distintos Derechos internos son los encargados de reglamentar sus funciones y la organización del Ministerio que dirige, aunque existen algunas normas comunes, generalmente, a todos los Estados, como la de que se encuentre al frente de la Diplomacia de su país y su nombramiento y cese sea comunicado por carta del propio Ministro al Cuerpo Diplomático acreditado. De ahí la importancia creciente del Ministro de Asuntos Exte-

²² La actualidad nos ofrece algún ejemplo de este tipo de autorizaciones, como la que exigía la ratificación del Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, que pretende sentar las bases para permitir el funcionamiento de las instituciones de la Unión Europea en una Unión ampliada. La Ley Orgánica 3/2001, de 6 de noviembre, concedió dicha autorización, mientras la Ley Orgánica 12/2003, de 24 de octubre, autorizó la ratificación del Tratado de Adhesión a la Unión Europea de la República de Chipre, la República de Eslovaquia, la República de Eslovenia, la República de Estonia, la República de Hungría, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Malta, la República de Polonia y la República Checa.

rios en el mundo de hoy, profundamente internacionalizado. Baste recordar, al respecto, el aumento de los acuerdos de forma simplificada en la práctica de los Estados y en los que la firma del Ministro de Asuntos Exteriores es habitual. Junto a ello cabe señalar también la existencia, dentro de las Organizaciones Internacionales, de órganos formados por los Ministros de Asuntos Exteriores, como en el Consejo de Europa o en la OEA (Reuniones consultivas de Ministros de Asuntos Exteriores).

En cuanto a las normas internacionales que le son de aplicación, podríamos decir que goza de un régimen de privilegios e inmunidades muy similar al recogido para los Jefes de Estado y de Gobierno, puesto que tanto el artículo 21 de la Convención de Viena sobre Misiones Diplomáticas Especiales de 1969 como la Convención sobre la Prevención y Castigo de Delitos contra Personas Especialmente Protegidas, incluidos los Agentes Diplomáticos, de 1973, los incluyen en su ámbito de aplicación cuando viajan fuera de los Estados a los que representan.

En el plano interno, el Derecho español atribuye al Ministro de Asuntos Exteriores y Cooperación las funciones principales de mantener la unidad de acción el exterior y ser el intermediario entre el Reino de España y los Estados extranjeros. Aunque la mejor referencia a sus funciones es la que se contiene en el artículo 1 del Real Decreto 1473/2000, de 4 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores, que debe entenderse en vigor en cuanto no se oponga al Real Decreto 553/2004, de 17 de abril, por el que se reestructuran los Departamentos ministeriales. Esta norma crea el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación y le atribuye «la dirección de la política exterior y de la política de cooperación internacional para el desarrollo, de conformidad con las directrices del Gobierno y en aplicación del principio de unidad de acción en el exterior, así como el ejercicio de las demás competencias hasta ahora atribuidas al Ministerio de Asuntos Exteriores». El Real Decreto 1473/2000 resumía éstas diciendo que: «Al Ministerio de Asuntos Exteriores le compete, de conformidad con las directrices del Gobierno y en aplicación del principio de unidad de acción en el exterior, las funciones de: planificar, dirigir, ejecutar y evaluar la política exterior del Estado; concertar y potenciar sus relaciones con otros Estados y Organizaciones Internacionales; defender los intereses y llevar a cabo una adecuada y eficaz política de protección de los ciudadanos españoles en el exterior; dirigir la política de cooperación internacional para el desarrollo y coordinar a los órganos de la Administración General del Estado que, en el ámbito de sus competencias, realicen actuaciones en esta materia; fomentar las relaciones económicas, culturales y científicas de España, y participar, en la esfera de actuación que le es propia, en la propuesta y aplicación de la política de extranjería.»

En fin, el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación es, de todos los que nos corresponde estudiar, el órgano más afectado por las disposiciones de la LOFAGE, la cual dedica todo su Capítulo I del Título II a los órganos centrales, dividiéndose en cuatro Secciones: la primera dedicada a los Ministerios y su estructura interna (artículos 8 a 11); la segunda

referida a los órganos superiores de los Ministerios (artículos 12 a 14); la tercera relativa a los órganos directivos (artículos 15 a 19); y la 4ª sobre los Servicios Comunes de los Ministerios (artículos 20 y 21). Pero para su estudio tenemos que remitirnos a los comentarios de los artículos correspondientes, bastando ahora con insistir en que el Ministro de Asuntos Exteriores es el órgano superior jerárquico de todos los que forman parte de la Administración General del Estado en el exterior.

2. En segundo término, el artículo 37.2 de la Ley atribuye a los Embajadores y Representantes Permanentes la dirección de la Administración General del Estado en el exterior y la colaboración en la formulación y ejecución de la política exterior del Estado, definida por el Gobierno, bajo las instrucciones del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de quien dependen funcionalmente y, en su caso, del o de los Secretarios de Estado del Departamento. Actualmente existen en el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación tres Secretarías de Estado, conforme a la estructura orgánica diseñada por el Real Decreto 562/2004, de 19 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los Departamentos ministeriales. La Secretaría de Estado de Asuntos Exteriores y para Iberoamérica, la Secretaría de Estado para la Unión Europea y la Secretaría de Estado de Cooperación Internacional.

3. Finalmente, el apartado 3 del mismo artículo 37 continúa encomendándoles la coordinación de la actividad de todos los órganos y unidades administrativas que integran la Administración General en el exterior, a efectos de su adecuación a los criterios generales de la política exterior definida por el Gobierno, de acuerdo con el principio de unidad de acción en el exterior.

Puede decirse que estas funciones de dirección y coordinación engloban, de alguna manera, todas las atribuciones que el Real Decreto concedía a los Embajadores y los Representantes Permanentes y cuya enumeración, por tanto, debe entenderse vigente como desarrollo de la Ley. Así, dentro de dichas funciones se comprende la jefatura superior y la dirección de la Misión o de la Representación y de todo el personal de las mismas que, respectivamente, determinan los artículos 14 y 17 del Real Decreto. Del mismo modo, puede considerarse en vigor el artículo 9, a cuyo tenor:

«Para el cumplimiento de sus funciones, incumbe a los Jefes de Misión Diplomática, de Representación Permanente y de Delegación lo siguiente:

- a) Impulsar y coordinar la actividad de los distintos órganos de la Administración en el exterior en el Estado receptor, o ante los Organismos o Conferencias Internacionales ante los que están acreditados.
- b) Informar a los miembros de la Misión Diplomática, Representación Permanente o Delegación sobre los asuntos que afecten al desempeño de sus funciones y recibir puntual información sobre sus actividades.
- c) Supervisar la actividad administrativa de todas las unidades integradas en la Misión Diplomática, Representación Permanente o Delegación en sus aspectos políticos, jurídicos y económicos.

- d) Velar por el estricto cumplimiento de sus deberes por parte de los funcionarios públicos y a tal efecto podrán ejercer las funciones a que se refiere el artículo 29.1 del Reglamento de Régimen Disciplinario de la Administración del Estado.»

Recordemos que este Reglamento fue aprobado por el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, y que su artículo 29.1 establece quién será competente para ordenar la incoación de un expediente disciplinario. Es decir, en todo caso, el Subsecretario del Departamento en que esté destinado el funcionario y los Directores Generales respecto del personal dependiente de su Dirección General y los Delegados del Gobierno respecto de los funcionarios destinados en su correspondiente ámbito territorial. El Reglamento hablaba también de los Gobernadores Civiles, pero, en virtud de la Disposición adicional cuarta de la LOFAGE, estas competencias son asumidas por los Delegados del Gobierno.

4. Lo que ahora interesa resaltar es que en el ejercicio de estas funciones los Embajadores y los Representantes Permanentes habrán de actuar bajo la dependencia funcional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de manera que, articulándose según el esquema previsto en el artículo 6 de la Ley, aquéllos son los órganos directivos y éste el órgano superior. Y, de acuerdo con el apartado 8 de este artículo 6, corresponde a los órganos superiores establecer los planes de actuación de la organización situada bajo su responsabilidad y a los órganos directivos su desarrollo y ejecución.

Además, en su funcionamiento, los Embajadores y Representantes Permanentes habrán de observar los principios del artículo 3.2 de la Ley (eficacia, eficiencia, programación y desarrollo de objetivos, etc). Especial interés tiene, en el caso de las Misiones Diplomáticas, el desarrollo del principio de servicio a los ciudadanos recogido en el artículo 4 de la propia LOFAGE y según el cual éstas deben asegurar a los ciudadanos la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con la Administración y la continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas, de acuerdo con las políticas fijadas por el Gobierno y teniendo en cuenta los recursos disponibles. Parece lógico que éste sea uno de los principios inspiradores básicos de la actuación de un órgano que tiene encomendada como una de sus funciones principales la protección de los intereses de los ciudadanos españoles que se encuentren fuera de España. Y en esta línea parecen también fundamentales para la organización de las Misiones Diplomáticas las previsiones del artículo 4.2, según el cual:

«La Administración General del Estado desarrollará su actividad y organizará las dependencias administrativas y, en particular, las oficinas periféricas, de manera que los ciudadanos:

- a) Puedan resolver sus asuntos, ser auxiliados en la redacción formal de documentos administrativos y recibir información de interés general por medios telefónicos, informáticos y telemáticos.

- b) Puedan presentar reclamaciones sin el carácter de recursos administrativos, sobre el funcionamiento de las dependencias administrativas.»

Precepto que, por otra parte, se encuentra en plena armonía con las previsiones del artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que recoge los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas y, sobre todo, en lo que se refiere a la letra a), con el artículo 45 de la misma, que establece la obligación de las Administraciones Públicas de impulsar el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias y el derecho de los ciudadanos de relacionarse con aquéllas empleando estos mismos medios.

Junto a todo lo anterior debe interpretarse que el artículo 10 de la LOFAGE es aplicable al ejercicio de las funciones de los Embajadores y Representantes Permanentes en tanto que, como hemos visto reiteradamente, son órganos directivos de la Administración General del Estado. Por eso serán de aplicación al desempeño de tales funciones:

- a) La responsabilidad profesional, personal y directa por la gestión desarrollada²³.
- b) La sujeción al control y evaluación de la gestión por el órgano superior o directivo competente, sin perjuicio del control establecido por la Ley General Presupuestaria.

En fin, en esta cuestión hay que mencionar, por último, la casi equiparación funcional que efectúa el artículo 37.5 de la LOFAGE del Representante Permanente Adjunto ante la Unión Europea respecto a los Embajadores y Representantes Permanentes. Esta previsión, que en un principio se hacía por la Disposición adicional séptima y fue trasladada como consecuencia de una enmienda aprobada en el Senado justificada como una mejora técnica, se debe fundamentalmente al importante volumen de trabajo existente en la Representación Permanente ante la Unión Europea. Tal volumen es el que obliga a atribuir al Representante Permanente Adjunto las funciones contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo 37; es decir, las de dirección y coordinación, aunque no se le reconozca la capacidad de

²³ Esta responsabilidad, vinculada siempre al ejercicio de la profesión diplomática, ha hecho que con frecuencia se haya reflexionado y escrito sobre las cualidades y conocimientos que debe reunir quien desee dedicarse a la misma y sobre las condiciones de la educación y preparación para ello. De los muchos tratados, «espejos de Embajadores» que han proliferado en la historia de la diplomacia, queremos ahora destacar a A. Domingo de Porlier Saenz de Asteguieta, *El joven diplomático*, cuya edición facsímil se ha publicado acompañada de algunos textos introductorios, entre los que destaca el espléndido estudio histórico de M. Hernández Ruigómez, *El Joven Diplomático*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Secretaría General Técnica, Madrid, 1996.

También pueden consultarse L. E. Togo Sánchez y J. L. Neila, «La Escuela Diplomática: cincuenta años de servicio al Estado (1942-1992)», en J. Martínez Cardos (dir.), *Escuela Diplomática*, Madrid, 1993, y R. Valdivielso del Real, *La carrera diplomática en España (1939-1990)*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Secretaría General Técnica, Madrid, 1996.

representación del Reino de España que, ante la Unión Europea, corresponde únicamente al Representante Permanente.

Asimismo, se equipara al Representante Permanente Adjunto ante la Unión Europea a los Embajadores y Representantes Permanentes a efectos de su nombramiento (artículo 37.4 y 5 de la Ley) y en cuanto a la categoría de su puesto, que es considerado como un órgano directivo (artículos 6.4 y 37.5 de la Ley) y, por ello, su titular tendrá la condición de alto cargo (artículo 6.5). Todo ello atendiendo, sin duda, a la relevancia y amplitud de las funciones del puesto derivadas de la peculiar naturaleza de la Unión Europea, sujeto ante el que se ejerce la representación y que, por su complejidad, rebasa la concepción tradicional de lo que es una Organización Internacional.

2.4. Nombramiento y estatuto personal

Esta última cuestión nos permite enlazar con el nombramiento y estatuto personal de los Embajadores y Representantes Permanentes, al respecto del cual tan sólo encontramos la mención que el artículo 37.4 de la Ley hace al nombramiento de los mismos, remitiéndose a la normativa del Servicio Exterior. Ésta dedica los artículos 13 y 18 del Real Decreto 632/1987 al nombramiento, respectivamente, de unos y de otros, así como a su sustitución en los casos de vacante, ausencia o imposibilidad de ejercicio del cargo por su titular.

El nombramiento de los Jefes de Misión ha de respetar, en todo caso, las previsiones del artículo 63.1 de la Constitución. Así lo recoge el artículo 13.1 del Real Decreto 632/1987, que establece que: «La Jefatura de las Misiones Diplomáticas será desempeñada por un Embajador o un Encargado de Negocios con cartas de Gabinete, que será nombrado por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores, y acreditado por S. M. el Rey.»

Ahora bien, también es de aplicación el artículo 6.10 de la LOFAGE, en tanto que los Embajadores son titulares de órganos directivos, por lo que deben ser nombrados «atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia», en la forma establecida en la Ley. La Jefatura de las Misiones Diplomáticas se encomienda siempre a agentes diplomáticos de la primera categoría. En concreto, a los Embajadores, que son quienes ocupan la Jefatura de las Misiones Permanentes y, con mucha frecuencia, también la de las Misiones Diplomáticas Especiales.

Por otra parte, el artículo 13.2 del Real Decreto prevé que, en los casos de vacante del cargo y ausencia o imposibilidad de ejercicio de su titular, la Jefatura de la Misión será desempeñada por el Ministro Consejero en calidad de Encargado de Negocios *ad interim*. Y no habiendo Ministro Consejero, la sustitución corresponderá al funcionario diplomático que preste sus servicios en la Cancillería Diplomática de la Misión y tenga mayor categoría administrativa y, en caso de igualdad, al más antiguo.

En cuanto a la Jefatura de las Representaciones Permanentes, según el artículo 18 del Real Decreto 632/1987, será desempeñada por un Representante Permanente, acreditado por S. M. el Rey y nombrado por Real Decreto a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, si tiene la categoría de Embajador, y por Orden del Ministro, si no la tiene. En los casos de vacante del cargo y ausencia o imposibilidad de ejercicio de su titular, el Representante Permanente será sustituido por el Representante Adjunto, si lo hubiere y, en otro caso, por el funcionario que reglamentariamente se determine.

Por lo que se refiere a las Misiones Diplomáticas Especiales, la Convención de Nueva York de 8 de diciembre de 1969 dispone, en su artículo 9.1, que estarán constituidas por uno o varios representantes del Estado que envía entre los cuales podrá designar un Jefe. La misión podrá comprender además personal diplomático, personal administrativo y técnico, así como personal de servicio. Respecto del nombramiento de estos miembros, según el artículo 8, se efectuarán libremente por el Estado que envía «después de haber dado al Estado receptor toda información pertinente acerca del número de miembros y la composición de la misión especial, y en particular los nombres y calidades de las personas que se propone nombrar. El Estado receptor podrá negarse a aceptar una misión especial cuyo número de miembros no considere razonable habida cuenta de las circunstancias y condiciones del Estado receptor y de las necesidades de la misión de que se trate. Podrá también, sin dar las razones de ello, negarse a aceptar a cualquier persona como miembro de la misión especial».

Cabe señalar, finalmente, que el Anteproyecto de Ley del Servicio Exterior preveía, respecto de las Misiones Diplomáticas Especiales, que su Jefe fuera nombrado mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores, con el título de Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de España, siendo el Real Decreto de constitución el que fije el cometido de la Misión y los criterios para determinar su inicio y fin. Aparte de esto, el Ministro podría proponer al Gobierno como Embajadores en Misión Especial a funcionarios que presten servicio en los órganos centrales del Servicio Exterior cuando lo estime conveniente en razón de las funciones que les hayan sido asignadas y que impliquen desplazamientos ocasionales al extranjero (artículo 18 del citado texto).

En otro plano, y por lo que respecta al estatuto personal de los Embajadores y Representantes Permanentes, la Ley les atribuye, en tanto que titulares de órganos directivos, la condición de altos cargos. Ello implica distintas consecuencias como el sometimiento de su cese a los mismos requisitos procedimentales que afectan a su nombramiento y, sobre todo, la aplicación a los Embajadores y Representantes Permanentes del régimen establecido en la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, desarrollada por el Real Decreto 1410/1995, de 4 de agosto, por el que se regulan los registros de actividades y de bienes y derechos patrimoniales de los altos cargos.

Esta perspectiva debe completarse con la normativa internacional sobre la materia que tiende a reforzar la protección personal de los Agentes Diplomáticos. Principalmente, la Convención de Nueva York sobre prevención y castigo de los delitos contra las personas protegidas, incluidos los Agentes Diplomáticos, de 14 de diciembre de 1973, a la que se adhirió España el 8 de agosto de 1985, y la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961, a la que antes se ha hecho referencia, que, especialmente, ha codificado con una gran amplitud los privilegios e inmunidades de todos los Agentes Diplomáticos. Los privilegios e inmunidades de los Agentes Consulares se recogen en la Convención de 1963, mientras que los que afectan a los miembros de las Misiones Especiales están recopilados en la Convención de Nueva York de 8 de diciembre de 1969²⁴.

²⁴ La importancia de esta cuestión, así como el alto grado de desarrollo del Derecho Internacional en la materia, se aprecia fácilmente si atendemos al gran número de preceptos de estas Convenciones que se dedican a ello, y que van desde el reconocimiento de la inviolabilidad de los locales de la Misión y la inmunidad de jurisdicción, hasta el establecimiento de privilegios honoríficos o fiscales. Un excelente resumen del régimen establecido por estas normas se puede encontrar en M. Díez de Velasco, quien distingue para su estudio, en conjunto, entre privilegios, inmunidades y facilidades (*op. cit.*, pp. 313 y ss.).

Ello hace que sea difícil recoger un trato más favorable mediante acuerdos bilaterales. No obstante, no dejan de darse pasos en esta dirección, como lo muestra el amplio conjunto de acuerdos suscritos en los últimos tiempos entre el Reino de España y distintos países iberoamericanos sobre el libre ejercicio de actividades remuneradas para familiares dependientes del personal diplomático, consular, administrativo y técnico de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares. Desde una perspectiva multilateral también se producen avances en sectores concretos, como los que representan el Acuerdo sobre privilegios e inmunidades del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, hecho en Nueva York el 23 de mayo de 1997, o el Protocolo sobre privilegios e inmunidades de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, hecho en Kingston el 27 de marzo de 1998.

En fin, podemos encontrar también reflejo de esta situación en la preocupación por cumplir los compromisos asumidos en estos tratados recogida en normas como el Real Decreto 3485/2000, de 29 de diciembre, sobre franquicias y exenciones en régimen diplomático, consular y de organismos internacionales, y de modificación del Reglamento General de Vehículos, aprobado por el Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, y la Orden del Ministerio de Hacienda de 24 de mayo de 2001, por la que se establecen los límites de estas franquicias y exenciones.

Órganos colegiados

Sumario: I. REQUISITOS PARA CONSTITUIR ÓRGANOS COLEGIADOS.—1.1. Introducción.—1.2. Evolución histórica de los órganos colegiados.—1.3. Los órganos colegiados en la Administración Pública actual.—1.4. Contenido del precepto.—II. CLASIFICACIÓN Y COMPOSICIÓN DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS.—2.1. Introducción.—2.2. Clasificación de los órganos colegiados del conjunto de las Administraciones Públicas.—2.3. Clasificación de los órganos colegiados de la Administración General del Estado.—III. CREACIÓN, MODIFICACIÓN Y SUPRESIÓN DE ÓRGANOS COLEGIADOS.—3.1. Introducción.—3.2. La creación de órganos colegiados en sentido estricto.—3.3. La creación de grupos o comisiones de trabajo.—3.4. Reglas comunes para la modificación y supresión de órganos colegiados.

I. REQUISITOS PARA CONSTITUIR ÓRGANOS COLEGIADOS

1.1. Introducción

Escribía Ferrara acerca de la teoría de la realidad de las personas jurídicas acuñada por Gierke que la misma constituía una «hipótesis fantástica de un artista del Derecho»¹. Sin embargo, y sin compartir necesariamente los presupuestos políticos que laten detrás de la magna obra del jurista de Stettin, en especial el anti-individualismo, que implica el pretendido carácter natural de las corporaciones intermedias², los iuspublicistas españoles han acogido con notable fervor sus aspectos prácticos. De todos ellos, el que viene gozando de un éxito indiscutible es la teoría del órgano, como instrumento del que se vale la persona jurídica, indiferenciado de ella, para manifestar su voluntad. En efecto, es ya lugar común en las facultades contraponer la vieja teoría de la representación con la noción de órgano a la que se considera técnicamente más perfecta por permitir una imputación directa y plena de sus actos a la persona jurídica a la que pertenece. Esta teoría, si bien nace con el propio Gierke, es desarrollada posteriormente por Jellinek (que define

* Letrado de las Cortes Generales.

¹ F. Ferrara, *Teoría de las personas jurídicas*, trad. esp. de E. Ovejero, Madrid, 1929, p. 194.

² Para un magnífico resumen de la cuestión véase B. Pendás García, «Estudio preliminar», en O. von Gierke, *Teorías políticas de la Edad Media*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

el concepto de órgano del Estado como «individuos o colegios cuya voluntad está llamada a realizar y crear inmediatamente la voluntad estatal o a participar en el proceso de formación y ejecución de la misma en el marco de las competencias legales»³; Wolff, que separa la noción de órgano de la de gestor o administrador del mismo, esto es, la persona o personas que está a su cargo; Kelsen, a quien se debe el perfeccionamiento de la teoría de la imputación; en fin, algunos teóricos italianos, que recuperan la idea medieval de *officium* para referirse al complejo unitario que integran la persona física, su ámbito de competencias y la organización que le aporta los medios materiales adecuados⁴.

En España esta teoría ha sido utilizada de forma profusa en el campo del Derecho privado para referirse a los órganos de las personas jurídicas, de manera más intensa en el ámbito mercantil por la trascendencia de la imputación plena de actos de los órganos de las sociedades mercantiles a efectos de su responsabilidad frente a terceros. Pero ha sido quizá el Derecho público el que ha presentado un terreno más propicio, y aquí han proliferado debates sobre los órganos constitucionales (con énfasis lógico en el inicio de la andadura de nuestro Tribunal Constitucional, época de la que datan sendos estudios de García Pelayo⁵ y García de Enterría⁶), los órganos administrativos, etc. Nuestra LOFAGE recibe de manera decidida esta tradición doctrinal en su art. 5.2 cuando establece que «tendrán la consideración de órganos las unidades administrativas a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo».

Los órganos administrativos han sido objeto de varias clasificaciones. Santamaría Pastor⁷ distingue entre clasificaciones funcionales (que permiten distinguir, de un lado, entre órganos centrales y periféricos —la LOFAGE prefiere los términos de centrales y territoriales—, según extiendan su ámbito de competencia al conjunto del ámbito territorial de la Administración respectiva o sólo a una parte de éste, y, de otro, entre órganos activos, consultivos, deliberantes y de control, según la naturaleza de las funciones asignadas) y clasificaciones de orden estructural. De estas últimas, la de mayor relevancia, sin duda, es la que distingue entre órganos unipersonales, aquellos cuyo titular es una persona física, y órganos colegiados, aquellos, según concepto del autor citado, «cuya titularidad corresponde a un conjunto de personas físicas ordenadas horizontalmente, de manera que todas ellas concurren, de modo colectivo, a formar la voluntad u opinión del órgano»⁸.

³ G. Jellinek, *Fragmentos de Estado*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1981, p. 69.

⁴ Para un resumen de la evolución del concepto, véase A. Gallego Anabitarte, *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 80.

⁵ M. García Pelayo, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981, pp. 1 y ss.

⁶ E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 197 y ss.

⁷ J. A. Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo*, I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, pp. 359 y ss.

⁸ J. A. Santamaría Pastor, *op. cit.*, p. 359.

1.2. Evolución histórica de los órganos colegiados

La existencia de órganos colegiados en la Administración forma parte, como es sabido, de una de las más viejas tradiciones del Derecho público europeo. De hecho, la reorganización del aparato burocrático que con carácter general se produce en ese «otoño de la Edad Media» que nos relatara Huizinga⁹, como consecuencia de la concentración del poder político en unos príncipes que no reconocen superior en lo temporal, se lleva a cabo sobre una base colegial. García de Enterría, siguiendo a Max Weber, explica las razones que motivaron esta organización de consejos, polisinodial o sinodárquica, términos todos usados para designarla: en primer lugar, la permanencia en cierta medida de una idea medieval del viejo y buen derecho que debe ser continuamente aplicado e interpretado por un consejo, incluso en un senado de ancianos; en segundo lugar, el interés del monarca en mantener su poder frente al prestigio de los expertos o letrados, que, reducidos a un órgano colectivo al que asiste el propio soberano, pierden buena parte de su peligro potencial; en tercer lugar, al hecho de que la colegialidad facilitaba el pleno desarrollo del concepto de magistratura, porque «siempre estuvo unida a la separación entre la oficina y el hogar (de sus titulares)»¹⁰.

A estas razones podemos añadir otras dos: por una parte, el régimen de Consejos se adaptaba mejor a un principio firmemente asentado en el Antiguo Régimen, cual era el de que el asesoramiento al rey formaba parte del deber de *consilium*, propio del *status* feudal y, por tanto, integrante del privilegio personal de los grandes señores del reino, personalmente vinculados al monarca. Ciertamente, a lo largo del desarrollo del absolutismo se intentó eliminar esta noción. Tal es la función de las Juntas creadas por Olivares, de composición más reducida que la de los Consejos y, sobre todo, cuyos miembros lo eran en virtud no de un derecho propio, sino de la confianza del valido; asimismo, los ministros de Luis XIV (los Colbert, Vauban, Lionne o Le Tellier), hombres procedentes de la burguesía, ajenos a la nobleza de espada que seguía monopolizando los Consejos. Sin embargo, nunca se logró desplazarla definitivamente del poder, por cuanto su posición arrancaba de los cimientos mismos del sistema político al que servían. Así, en España, las Juntas desaparecieron con su creador y los Consejos sobrevivirían incluso a la llegada de las Secretarías de despacho¹¹, iniciándose su supresión con la Constitución de Cádiz de 1812. Del mismo modo, en Francia, el sistema de ministros hubo de coexistir con órganos colegiados como el *Conseil d'en Haut* o el *Conseil royal des finances*¹².

De otro lado, la colegialidad facilitaba la supervivencia de ciertas instituciones participativas heredadas de la Edad Media y que sobrevivieron con mayor o menor fortuna a lo largo del absolutismo, sobre todo en el

⁹ J. Huizinga, *El otoño de la Edad Media*, Alianza Editorial, Madrid, 2001.

¹⁰ E. García de Enterría, *La Administración española*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, p. 107.

¹¹ Sobre el significado político de las Juntas de Olivares, véase J. H. Elliot, *El Conde-Duque de Olivares*, Crítica, Barcelona, 1991, pp. 301 y 302; sobre su abolición, ídem, pp. 601 y ss.

¹² H. Duchhardt, *La época del absolutismo*, Ediciones Altaya, Barcelona, 1997, pp. 72 y ss.

ámbito local. En este sentido, pueden recordarse los municipios castellanos, que mantuvieron el régimen de concejos, bien que en ocasiones desvirtuado (sobre todo en las grandes ciudades) por la generalización del concejo cerrado y por la intervención regia a través de los corregidores¹³ y la organización en Francia de los llamados *pays d'état* (Bretaña o Provenza), donde los estamentos lograron mantener una importante presencia, sobre todo en el ámbito fiscal, a través de las asambleas provinciales¹⁴.

El principio de colegialidad se va a ver, pues, sistemáticamente enfrentado con el de titular único de un órgano administrativo, al que se asocia con las tendencias monocráticas de los príncipes. Es, desde luego, Tocqueville quien subraya el carácter excluyente de estas dos formas de organización administrativa, en un pasaje bien conocido de su obra *El Antiguo Régimen y la Revolución*, hasta el punto de considerar que la novedad introducida por Napoleón de distinguir entre órganos activos, confiados a un agente individual sometido a una escala jerárquica, y órganos consultivos o deliberantes, que asumen una composición colegiada y que se sitúan al lado de la línea activa, asistiéndola pero nunca suplantando sus funciones, como «el único descubrimiento de importancia en materia de administración pública» propio de la época contemporánea¹⁵.

A partir de este momento, por tanto, la actuación de los órganos colegiados queda reducida al ámbito meramente interno de la Administración, con funciones exclusivamente consultivas y normativas, estas últimas de notable relevancia en el ámbito local (sobre todo, por lo que a España respecta, desde que la jurisdicción contencioso-administrativa se configuró como un auténtico orden jurisdiccional y el Consejo de Estado perdió sus facultades de enjuiciamiento). Al margen de estas facultades, la estructura administrativa se fundamenta en una férrea cadena jerárquica de órganos unipersonales, de la que es buen ejemplo la estructura clásica de nuestros Ministerios, integrados, entre sus órganos centrales, por los Ministros, los Subsecretarios y los Directores Generales y, en sus órganos periféricos, por los Delegados Provinciales, en los Ministerios particulares, los Gobernadores Civiles, de manera general.

¹³ J. A. Escudero, *Curso de historia del Derecho*, Madrid, 1988, pp. 780 y ss.

¹⁴ H. Duchhardt, *op. cit.*, p. 83.

¹⁵ «Bajo la antigua monarquía no se había conocido nunca más que dos maneras de administrar: en los lugares en que la Administración estaba confiada a una sola persona, ésta obraba sin el concurso de ninguna asamblea; allá donde existían asambleas, como en los países de estados o en las ciudades, el poder ejecutivo no se confiaba a ninguna persona en particular; la asamblea no sólo gobernaba y vigilaba la Administración, sino que administraba por sí misma o a través de comisiones temporales nombradas por ella.

Puesto que sólo se conocían estas dos formas de obrar, cuando se abandonó una se adoptó la otra. Resulta extraño que no se hubiera pensado nunca, en el seno de una sociedad tan ilustrada y en la que la Administración pública desempeñaba desde hacía tiempo un papel tan importante, en reunir los dos sistemas y en distinguir, sin separarlos, el poder ejecutivo del poder que debe vigilar y legislar. Esta idea, que parece tan sencilla, no se les ocurrió; y no apareció hasta este siglo. Puede decirse que constituye el único descubrimiento de importancia en materia de Administración pública que nos pertenece por entero.» A. de Tocqueville, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, I, Alianza, Madrid, 1994, pp. 196 y 197. Las cursivas son nuestras.

1.3. Los órganos colegiados en la Administración Pública actual

Con el tiempo, esta Administración decimonónica va a conocer algunas alteraciones que vendrán a redundar en beneficio de los colegios. Básicamente son tres las razones de este aumento de competencias: la extensión de fórmulas de participación de los administrados en la toma de decisiones de las Administraciones Públicas; el auge de las llamadas Administraciones independientes, que incorporan, entre otros, un principio de pluralidad en la composición de sus órganos, y la necesidad de coordinar las actuaciones diversas Administraciones territoriales competentes en un sector material determinado.

La primera de las razones expuestas tiene íntima conexión con el aumento de la intensidad de la actuación administrativa que se produce a lo largo del siglo XX con el asentamiento del Estado social, sobre todo, como es sabido, durante los años posteriores a la II Guerra Mundial. Al ampliarse las zonas de intervención estatal resultan afectados ámbitos crecientes de interés de los ciudadanos, lo que, de un lado, exige mayores requisitos de legitimación para la actuación del poder público y, de otro, lleva a los particulares a asociarse para defender sus intereses particulares.

Ambas circunstancias encuentran reflejo en el desarrollo del principio de participación de los interesados en la toma de las decisiones administrativas que les afecten, recogido, entre nosotros, en el art. 105.a) de la Constitución de 1978, conforme al cual la ley ha de regular «la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten». Asimismo, el art. 105.c) remite a la ley la regulación del «... procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado». Precisa nuestro Tribunal Constitucional el contenido de estas previsiones matizando que no es un derecho fundamental, y no sitúa a los ciudadanos como parte del procedimiento, sino que regula una participación funcional de los mismos en aras a tener en cuenta los distintos intereses en juego (SSTC 61/1985, de 8 de mayo, y 102/1995).

El desarrollo de ambas previsiones se contiene respectivamente en los arts. 24.1.c) de la Ley del Gobierno 50/1997, de 27 de noviembre (audiencia a los ciudadanos cuyos derechos o intereses legítimos puedan quedar afectados por un reglamento), y 84 a 86 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (participación de los interesados en el procedimiento a través de los trámites de audiencia y/o información pública). En ambos casos se regulan intervenciones singulares, no prolongadas en el tiempo, pero no faltan supuestos en que se prefiere una participación continuada y se crean órganos colegiados integrados por representantes de la Administración y de los interesados. El ejemplo más relevante quizá sea el del Consejo Económico y Social, previsto en el art. 131.2 CE y regulado por Ley de 17 de julio de 1991, pero hay otros varios, como el Consejo de

Universidades del art. 24 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria (LRU); los Claustros y Juntas de Gobierno en el gobierno interno de las propias universidades (art. 12 de la LRU); la Junta de Explotación prevista en cada Confederación Hidrográfica por el art. 30 de la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985, modificada por Ley 46/1999, de 13 de diciembre; en fin, y sin ánimo de exhaustividad, el Consejo Superior de la Función Pública, previsto por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. De manera general, la Exposición de Motivos (párrafo segundo de la Sección VII) y el art. 22 de la Ley 30/1992, así como el art. 39 de la LOFAGE, reconocen la especificidad de estos órganos y les otorgan una mayor autonomía organizativa.

La segunda de las razones apunta al auge de las llamadas Administraciones independientes en el seno de la Administración Pública. Sin detenernos en las razones de principio que sirven para justificar estas instituciones, lo cierto es que en los últimos años han proliferado organismos que, aun dotados de funciones claramente administrativas que inciden en la esfera de intereses de los administrados, se sustraen a la cadena jerárquica ordinaria y se dotan de una cierta independencia frente a los órganos ordinarios de la Administración, bien con el fin de garantizar una gestión estrictamente técnica, bien con el de sustraer el ámbito material concreto de sus competencias al juego de las mayorías parlamentarias, garantizando, así, una intervención de las minorías de las Cámaras.

No parece que sea ajeno a este fenómeno el proceso de desregulación y de privatización de empresas públicas vivido desde hace años por la economía española; en efecto, la apertura de mercados sometidos hasta hace poco a régimen de monopolio, y aun actualmente a regímenes de competencia incipiente, ha hecho sentir la necesidad de crear organismos reguladores de marcado perfil técnico que actúen como árbitros del mercado. Es el caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, regulada por la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones de 24 de abril de 1997; la Comisión Nacional de la Energía, establecida por la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, o la Comisión Nacional del Mercado de Valores (art. 13 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, modificada por Ley 37/1998, de 16 de noviembre).

Por último, los órganos colegiados han recibido un impulso difícil de exagerar por las necesidades de coordinación, tanto de la actuación de las distintas Administraciones territoriales en aquellos campos en que sus respectivas competencias son concurrentes, como de los diversos órganos de una misma Administración. Respecto del primer supuesto, encontramos las conferencias sectoriales previstas en el art. 4 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico, y el art. 5 de la Ley 30/1992, algunas de tal importancia que han alcanzado regulación específica, como el Consejo de Política Financiera y Fiscal del art. 3 de la LOFCA, de 22 de septiembre de 1980, o la Conferencia para Asuntos relacionados con las Comunidades Europeas de la Ley 2/1997, de 13 de marzo. Respecto del segundo, no faltan ejemplos, de los que, por no salir del ámbito de la LOFAGE, podemos

citar la Comisión Territorial de Asistencia al Delegado del Gobierno, prevista en su art. 28.

1.4. Contenido del precepto

Todo ello ha motivado que la LOFAGE, frente a sus inmediatos precedentes, la LRJAE de 26 de julio de 1957 y la LOACE 10/1983, de 16 de agosto, que sólo se referían a órganos concretos como el Consejo de Ministros, las Comisiones delegadas del Gobierno o las Comisiones de Subsecretarios, contenga una regulación general de los órganos colegiados en el seno de la Administración General del Estado. El precepto que estamos comentando es aplicable, al igual que los arts. 39 y 40, con los que integra el Capítulo IV («Órganos colegiados») del Título II («Administración General del Estado») de la Ley, tanto a la Administración General del Estado como a sus Organismos Públicos; ello nos permite plantear una pequeña objeción sistemática a la colocación de estos preceptos en el contexto de la Ley, por cuanto, al sobrepasar el ámbito estricto de la Administración General del Estado, deberían haber constituido un Título propio, a continuación del dedicado a los Organismos Públicos.

Centrándonos en su contenido, el art. 38 de la LOFAGE establece el concepto de órgano colegiado a efectos de la ley, enumera los requisitos materiales de la norma o convenio de creación del órgano, y se refiere a su régimen jurídico y normas de funcionamiento para remitir su regulación a lo dispuesto en la Ley 30/1992.

Define el art. 38.1 de la LOFAGE los órganos colegiados como «... aquéllos que se creen formalmente y estén integrados por tres o más personas, a los que se atribuyan funciones administrativas de decisión, propuesta, asesoramiento, seguimiento o control, y que actúen integrados en la Administración General del Estado o alguno de sus Organismos Públicos». Al margen del apuntado ámbito de aplicación, que deja fuera los órganos pertenecientes a otras Administraciones territoriales, sobre cuyas competencias autoorganizativas en la materia nos ocuparemos más adelante, esta definición incluye tres requisitos básicos para crear un órgano colegiado:

1. Creación formal, que requerirá de alguna de las modalidades previstas en el art. 40 de la Ley, cuyo estudio debe remitirse al comentario correspondiente a este artículo.
2. Fijación de un número mínimo para su creación de tres miembros; se trata de una aplicación del principio tradicional *tria facent collegium*, ya previsto en el art. 11.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA), de 17 de julio de 1958, como *quorum* mínimo de constitución de una sesión del órgano colegiado y que, sin embargo, no aparece en la regulación de los arts. 22 y siguientes de la Ley 30/1992, con el fin de respetar el carácter básico que, en principio, se atribuía a esta regulación.

3. Previsión de que puedan ejercer funciones administrativas no sólo de propuesta, asesoramiento, seguimiento o control, propias, como se ha visto, de los órganos colegiados desde la organización administrativa napoleónica, sino también funciones de decisión; la LOFAGE recoge, así, el aumento de competencias de los órganos colegiados que se ha explicado anteriormente y que rompe el viejo aserto de juzgar y deliberar es cosa de muchos; decidir, de uno.

El órgano colegiado debe constituirse mediante norma o convenio entre varias Administraciones Públicas que debe tener un contenido mínimo fijado por el art. 38.2 y que recuerda notablemente lo dispuesto en el art.11 de la Ley 30/1992, sobre creación de órganos en general. Concretamente, se deben regular los siguientes extremos: fines y objetivos, integración administrativa o dependencia jerárquica del órgano, composición y criterios para la designación de su presidente y de los restantes miembros, facultades de decisión, propuesta, informe, seguimiento o control, así como cualquier otra que se le atribuya y dotación de los créditos necesarios, en su caso, para su funcionamiento.

Quizá sea la posibilidad de someter a dependencia jerárquica a los órganos colegiados el aspecto más significativo de esta enumeración; esta decisión no deja de ser coherente con la posibilidad de atribuir a los órganos colegiados funciones decisorias y contribuye a garantizar la observancia del principio de jerarquía establecido en el art. 103.1 CE; sin embargo, parece conveniente que dicha sumisión jerárquica se limite a aquellos órganos que efectivamente tengan competencias activas y se mantenga para los demás el sistema clásico de mera adscripción. Ello resulta, también, del último párrafo del art. 22.2 de la Ley 30/1992, que prevé su integración en la Administración Pública que corresponda, aunque sin participar en la estructura jerárquica de ésta, salvo que así lo establezcan sus normas de creación, se desprenda de sus funciones o de la propia naturaleza del órgano colegiado.

El art. 38 concluye, en su apartado tercero, remitiendo la regulación del régimen jurídico de estos órganos colegiados a lo dispuesto en el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992 (arts. 22 a 27), sin perjuicio de las peculiaridades organizativas contenidas en la LOFAGE o en su norma o convenio de creación. Estos artículos, respecto de los que no procede referirse con detenimiento, contienen las normas relativas a su régimen jurídico —art. 22—; elementos subjetivos (presidente, miembros y secretario) —arts. 23 a 25—; de actividad (convocatoria y sesiones) —art. 26— y elementos objetivos, que se reducen al acta, regulada en el art. 27 de la Ley¹⁶.

Sobre los mismos pesa la Sentencia del Tribunal Constitucional 50/1999, de 6 de abril, que ha estimado parcialmente sendos recursos de incons-

¹⁶ En concreto, los citados preceptos disponen lo siguiente:

«Art. 22.—*Régimen.*

1. *El régimen jurídico de los órganos colegiados se ajustará a las normas contenidas en el presente capítulo, sin perjuicio de las peculiaridades organizativas de las Administraciones Públicas en que se integran.*

2. *Los órganos colegiados de las distintas Administraciones Públicas en que participen organizaciones representativas de intereses sociales, así como aquéllos compuestos por representantes de distintas Administraciones*

titucionalidad acumulados interpuestos por la Junta de Consejeros de Castilla

Públicas, cuenten o no con participación de organizaciones representativas de intereses sociales, podrán establecer o completar sus propias normas de funcionamiento.

Los órganos colegiados a que se refiere este apartado quedarán integrados en la Administración Pública que corresponda, aunque sin participar en la estructura jerárquica de ésta, salvo que así lo establezcan sus normas de creación, se desprenda de sus funciones o de la propia naturaleza del órgano colegiado.

Art. 23.—Presidente.

1. *En cada órgano colegiado corresponde al Presidente:*

- a) *Ostentar la representación del órgano.*
- b) *Acordar la convocatoria de las sesiones ordinarias y extraordinarias y la fijación del orden del día, teniendo en cuenta, en su caso, las peticiones de los demás miembros formuladas con la suficiente antelación.*
- c) *Presidir las sesiones, moderar el desarrollo de los debates y suspenderlos por causas justificadas.*
- d) *Dirimir con su voto los empates, a efectos de adoptar acuerdos, excepto si se trata de los órganos colegiados a que se refiere el número 2 del artículo 22, en que el voto será dirimente si así lo establecen sus propias normas.*
- e) *Asegurar el cumplimiento de las leyes.*
- f) *Visar las actas y certificaciones de los acuerdos del órgano.*
- g) *Ejercer cuantas otras funciones sean inherentes a su condición de Presidente del órgano.*

2. *En casos de vacante, ausencia, enfermedad, u otra causa legal, el Presidente será sustituido por el Vicepresidente que corresponda y, en su defecto, por el miembro del órgano colegiado de mayor jerarquía, antigüedad y edad, por este orden, de entre sus componentes.*

Esta norma no será de aplicación a los órganos colegiados previstos en el número 2 del artículo 22 en que el régimen de sustitución del Presidente debe estar específicamente regulado en cada caso, o establecido expresamente por acuerdo del Pleno del órgano colegiado.

Art. 24.—Miembros.

1. *En cada órgano colegiado corresponde a sus miembros:*

- a) *Recibir, con una antelación mínima de cuarenta y ocho horas, la convocatoria conteniendo el orden del día de las reuniones. La información sobre los temas que figuren en el orden del día estará a disposición de los miembros en igual plazo.*
- b) *Participar en los debates de las sesiones.*
- c) *Ejercer su derecho al voto y formular su voto particular, así como expresar el sentido de su voto y los motivos que lo justifican.*

No podrán abstenerse en las votaciones quienes, por su cualidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones Públicas, tengan la condición de miembros de órganos colegiados.

- d) *Formular ruegos y preguntas.*
- e) *Obtener la información precisa para cumplir las funciones asignadas.*
- f) *Cuantas otras funciones sean inherentes a su condición.*

2. *Los miembros de un órgano colegiado no podrán atribuirse las funciones de representación reconocidas a éste, salvo que expresamente se les hayan otorgado por una norma o por acuerdo válidamente adoptado, para cada caso concreto, por el propio órgano.*

3. *En casos de ausencia o de enfermedad y, en general, cuando concurra alguna causa justificada, los miembros titulares del órgano colegiado serán sustituidos por sus suplentes, si los hubiera.*

Cuando se trate de órganos colegiados a los que se refiere el número 2 del artículo 22, las organizaciones representativas de intereses sociales podrán sustituir a sus miembros titulares por otros, acreditándolo ante la Secretaría del órgano colegiado, con respeto a las reservas y limitaciones que establezcan sus normas de organización.

Art. 25.—Secretario.

1. *Los órganos colegiados tendrán un Secretario que podrá ser un miembro del propio órgano o una persona al servicio de la Administración Pública correspondiente.*

2. *La designación y el cese, así como la sustitución temporal del Secretario en supuestos de vacante, ausencia o enfermedad se realizarán según lo dispuesto en las normas específicas de cada órgano y. En su defecto, por acuerdo del mismo.*

3. *Corresponde al Secretario del órgano colegiado:*

- a) *Asistir a las reuniones con voz pero sin voto si es un funcionario, y con voz y voto si la Secretaría del órgano la ostenta un miembro del mismo.*

y León y la Generalidad de Cataluña, al declarar que el art. 23.1 y 2; el art. 24.1, 2 y 3; el art. 25.2 y 3, y el art. 27.2, 3 y 5, no tienen carácter básico y son contrarios al orden constitucional de competencias. Argumenta el Tribunal que tales preceptos se incluyen dentro de la materia correspondiente al régimen jurídico de las Administraciones Públicas, respecto de la que el Estado ostenta competencias de legislación básica (art. 149.1.18.^a CE), si bien es cierto que, por afectar a la competencia relativa a la libre organización de la Administración autonómica, el concepto de ley básica debe ser más restringido en aquellos ámbitos referidos al funcionamiento estrictamente interno de la Administración autonómica (en este sentido se invoca la STC 227/1988). En el caso concreto, no resulta contrario al orden de competencias que la ley estatal determine que en todo órgano colegiado

- b) *Efectuar la convocatoria de las sesiones del órgano por orden de su Presidente, así como las citaciones a los miembros del mismo.*
- c) *Recibir los actos de comunicación de los miembros con el órgano y, por tanto, las notificaciones, peticiones de datos, rectificaciones o cualquiera otra clase de escritos de los que deba tener conocimiento.*
- d) *Preparar el despacho de los asuntos, redactar y autorizar las actas de las sesiones.*
- e) *Expedir certificaciones de las consultas, dictámenes y acuerdos aprobados.*
- f) *Cuantas otras funciones sean inherentes a su condición de Secretario.*

Art. 26.—Convocatorias y sesiones.

1. *Para la válida constitución del órgano, a efectos de la celebración de sesiones, deliberaciones y toma de acuerdos, se requerirá la presencia del Presidente y Secretario o, en su caso, de quienes les sustituyan, y la de la mitad, al menos, de sus miembros, salvo lo dispuesto en el punto 2 de este artículo.*

Cuando se trate de los órganos colegiados a que se refiere el número 2 del artículo 22, el Presidente podrá considerar válidamente constituido el órgano, a efectos de celebración de sesión, si están presentes los representantes de las Administraciones Públicas y de las organizaciones representativas de intereses sociales miembros del órgano a los que se haya atribuido la condición de portavoces.

2. *Los órganos colegiados podrán establecer el régimen propio de convocatorias, si éste no está previsto por sus normas de funcionamiento. Tal régimen podrá prever una segunda convocatoria y especificar para ésta el número de miembros necesarios para constituir válidamente el órgano.*

3. *No podrá ser objeto de deliberación o acuerdo ningún asunto que no figure incluido en el orden del día, salvo que estén presentes todos los miembros del órgano colegiado y sea declarada la urgencia del asunto por el voto favorable de la mayoría.*

Los acuerdos serán adoptados por mayoría de votos.

Quienes acrediten la titularidad de un interés legítimo podrán dirigirse al Secretario de un órgano colegiado para que les sea expedida certificación de sus acuerdos.

Art. 27.—Actas.

1. *De cada sesión que celebre el órgano colegiado se levantará acta por el Secretario, que especificará necesariamente los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados.*

2. *En el acta figurará, a solicitud de los respectivos miembros del órgano, el voto contrario al acuerdo adoptado, su abstención y los motivos que la justifiquen o el sentido de su voto favorable. Asimismo, cualquier miembro tiene derecho a solicitar la transcripción íntegra de su intervención o propuesta, siempre que aporte en el acto, o en el plazo que señale el Presidente, el texto que se corresponda fielmente con su intervención, haciéndose así constar en el acta o uniéndose copia a la misma.*

3. *Los miembros que discrepen del acuerdo mayoritario podrán formular voto particular por escrito en el plazo de cuarenta y ocho horas, que se incorporará al texto aprobado. 4. Cuando los miembros del órgano voten en contra o se abstengan, quedarán exentos de la responsabilidad que, en su caso, pueda derivarse de los acuerdos.*

5. *Las actas se aprobarán en la misma o en la siguiente sesión, pudiendo no obstante emitir el Secretario certificación sobre los acuerdos específicos que se hayan adoptado, sin perjuicio de la ulterior aprobación del acta.*

En las certificaciones de acuerdos adoptados emitidas con anterioridad a la aprobación del acta se hará constar expresamente tal circunstancia.»

deba haber un Presidente y un Secretario, o que de las sesiones se levante acta en la que los miembros puedan hacer constar sus votos particulares, pero sí lo es el detalle con el que se establecen las funciones de aquéllos o el contenido del acta.

En cuanto a la consecuencia de la infracción del orden constitucional de competencias, el Tribunal se limita a declarar que los preceptos citados no tienen carácter básico. Se trata de un fallo, otro más, en el que el Tribunal Constitucional al declarar la inconstitucionalidad de una ley no la expulsa directamente del ordenamiento, sino que le atribuye otra consecuencia, como otorgarle mero carácter supletorio (STC 61/1997), deferir su nulidad hasta que el legislador apruebe una nueva normativa (STC 195/1998) o simplemente declarar la inconstitucionalidad de la ley sin anularla e instando al legislador a reformar la norma correspondiente (SSTC 45/1989, 96/1996 y 235/1999)¹⁷. No nos corresponde, en este momento, centrarnos en la excesiva proliferación de este tipo de decisiones en nuestra jurisprudencia constitucional en los últimos tiempos, reflejo, quizá en ocasiones, de la búsqueda de consensos imposibles, y justificada, en otras, por los ocasionales perjuicios que la nulidad de plano pudiese acarrear. Simplemente podemos recordar la extrema prudencia que debe guiar la ruptura de la correlación entre la declaración de inconstitucionalidad y la expulsión de la norma del ordenamiento en aras al mantenimiento del Tribunal en su ámbito de competencias, como supremo intérprete de la Constitución sin entrar en colisión con las potestades legislativas que corresponden en exclusiva a las Cortes Generales.

Por último, en cuanto a los efectos que acarrea el pronunciamiento del Tribunal, no hay mayor problema en admitir la aplicación de los párrafos inconstitucionales a los órganos colegiados constituidos en el seno de la Administración General del Estado, toda vez que no hay vicios materiales en la regulación y que la inconstitucionalidad sólo obedece a la incompetencia del órgano que dictó la norma, incompetencia que no se da en el caso anterior. Mayores objeciones plantea su aplicación a las Entidades que integran la Administración local. Nada dice al respecto la Sentencia, que en todo momento se refiere al supuesto de las Administraciones autonómicas, a pesar de que en el recurso interpuesto por la Generalidad de Cataluña se invocaba expresamente la autonomía local. Ante todo, cabe, a mi juicio, rechazar competencia normativa alguna de las Comunidades Autónomas respecto de los órganos colegiados de los Entes locales. Es cierto que éstas ostentan competencias en materia de régimen local que exige que la legislación estatal y la propia autonomía organizativa de éstos dejen un espacio suficiente para la legislación autonómica (STC 214/1989, de 21 de diciembre, relativa a diversos preceptos de la Ley Básica del Régimen Local

¹⁷ Un comentario reciente sobre los problemas que plantea esta variada tipología de fallos en las Sentencias del Tribunal Constitucional, así como sobre sus causas justificativas, puede encontrarse en P. Biglino Campos, «Principio de competencia, inconstitucionalidad y nulidad a la luz de la STC 208/1999, sobre la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 59, mayo-agosto de 2000, pp. 321 y ss.

de 2 de agosto de 1985) pero, a tenor de lo dispuesto por el propio Tribunal en la STC 50/1999, la materia relativa a órganos colegiados corresponde a la competencia de régimen jurídico de las Administraciones Públicas, materia respecto de la que las Comunidades Autónomas carecen de facultades respecto de los Entes locales.

Sin embargo, la respuesta ha de ser distinta respecto de la potestad organizatoria de los propios Entes locales. Ésta es directamente reconducible a su régimen de autonomía, protegido por una garantía institucional de acuerdo con el art. 137 CE (SSTC 28/1981, de 14 de julio, y 109/1998). Dicha garantía les otorga, indudablemente, competencias respecto de su propia organización y régimen jurídico, ejercitables a través de su potestad reglamentaria (STC 214/1989). Ciertamente, la amplitud de estas facultades es menor que las que corresponden a las Comunidades Autónomas, debido al menor margen y la distinta naturaleza de los respectivos ámbitos de autonomía (SSTC 19/1987 y 233/1999, en el ámbito financiero). Pero, de un lado, el apuntado menor margen que corresponde en esta materia a una legislación básica que, conforme a lo dispuesto en el art. 149.1.18 CE, está dirigida a garantizar a los administrados un tratamiento común ante las diversas administraciones, y, de otro, el agotamiento de la regulación por el legislador estatal que resulta evidente de la simple lectura de los artículos antes transcritos, permiten excluir también en el ámbito local la plena aplicación de la Ley 30/1992, respecto a los órganos colegiados. No cabe, en fin, olvidar, que, según lo dispuesto en la propia ley (Disposición adicional primera), la regulación relativa a órganos colegiados no es aplicable al Pleno y, en su caso, Comisión de Gobierno de los Entes locales.

II. CLASIFICACIÓN Y COMPOSICIÓN DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS

2.1. Introducción

Definido el concepto de órgano colegiado y los requisitos para su constitución en el art. 38, y habiendo remitido la regulación de su régimen jurídico a los arts. 22 a 27 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que sustituyeron la normativa antes contenida en los arts. 9 a 15 de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA), de 17 de julio de 1958, corresponde al art. 39 de la LOFAGE determinar la clasificación y composición de tales órganos. No obstante, debe tenerse en cuenta que este precepto, como se deduce tanto de su inclusión en una ley dirigida a regular la organización de la Administración General del Estado, como de su propio tenor literal (el apartado 1 se refiere a los órganos colegiados de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos), no agota la tipología legal de órganos colegiados, que sí conviene en este momento detallar. Para ello es necesario acudir al art. 22 de la Ley 30/1992,

que, conscientemente (véase Exposición de Motivos VII de la Ley), recoge algunas de las tendencias que en los últimos decenios han contribuido a reforzar la posición de los órganos colegiados en una estructura administrativa tradicionalmente dominada por la unipersonalidad, al menos por lo que a los órganos activos se refiere, como son el principio de participación de los administrados, la proliferación de Administraciones dotadas de una cierta independencia funcional (las conocidas como Administraciones independientes) o las necesidades de coordinación entre las diversas administraciones territoriales.

2.2. Clasificación de los órganos colegiados del conjunto de las Administraciones Públicas

No vamos a repetir unas reflexiones sobre las que nos hemos detenido al comentar el artículo precedente. Procede, por tanto, exponer la que constituye la clasificación más general de los órganos colegiados en el seno de todas las Administraciones Públicas, toda vez que la STC 50/1999, de 6 de mayo, que ha privado del carácter básico a buena parte de la regulación de la Ley 30/1992 en esta materia, no ha afectado a su art. 22. A partir de su contenido podemos distinguir entre órganos colegiados ordinarios, órganos colegiados interadministrativos y órganos de participación. Los primeros son aquellos que se constituyen en el seno de una única Administración, cuyos miembros son exclusivamente autoridades o funcionarios de ésta. Los segundos son aquellos órganos colegiados compuestos por representaciones de distintas Administraciones Públicas, mientras que son órganos de participación los que cuentan entre sus miembros con organizaciones representativas de intereses sociales, desarrollando en esta faceta lo dispuesto en el art. 105 CE. La segunda y tercera categorías constituyeron la mayor novedad de la regulación de la Ley 30/1992 en materia de órganos colegiados frente a la normativa de la Ley de Procedimiento Administrativo, dictada en un contexto obviamente distinto. Desde un punto de vista práctico, el reconocimiento explícito de ambas supone la introducción de algunas particularidades organizativas. La más importante la constituye la posibilidad de que ambos tipos de órganos colegiados puedan establecer o completar sus propias normas de funcionamiento (art. 22.2), así como su no integración, salvo excepciones, en la estructura jerárquica de la Administración Pública a la que estén adscritos. Junto a ella debe situarse la adscripción de los órganos interadministrativos que, lógicamente, deberá atender a la Administración que resulte preponderante atendiendo a la importancia de los intereses afectados; en caso de duda, deberá optarse por la Administración de ámbito territorial superior¹⁸. Otras particularidades resultan sólo de aplicación a los órganos colegiados de participación que se constituyan en la

¹⁸ En el mismo sentido, R. Parada Vázquez, *Derecho Administrativo*, II, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 25.

Administración General del Estado, como consecuencia de la STC 50/1999, por lo que nos referiremos a ellas más adelante.

2.3. Clasificación de los órganos colegiados de la Administración General del Estado

Pasando, pues, a la clasificación de órganos colegiados de la LOFAGE, válida sólo para la Administración General del Estado y de sus organismos públicos, ésta requiere la utilización de dos criterios, uno subjetivo y otro material, que aparecen, respectivamente, en sus arts. 39 y 40. El criterio subjetivo, esto es, aquel que se basa en la composición del órgano colegiado, determina, a su vez, dos clasificaciones complementarias: en primer lugar, se distinguen los órganos colegiados interministeriales de los ministeriales, según si sus miembros proceden de varios o un solo Ministerio (art. 39.1). Al margen de la forma que deba adoptar su norma de creación, sobre la que nos detendremos en el comentario al art. 40 de la Ley, las consecuencias prácticas que plantea esta clasificación tienen que ver fundamentalmente con la adscripción de los órganos interministeriales, que seguirá un criterio similar al expuesto para los órganos interadministrativos, así como la resolución de ciertas cuestiones de procedimiento. Así, para resolver los conflictos intraministeriales que puedan surgir es de aplicación la Disposición adicional decimocuarta de la Ley y será competente el superior jerárquico común; en el caso de los conflictos interministeriales, la resolución compete al Presidente del Gobierno (art. 2 de la Ley del Gobierno 50/1997, de 27 de noviembre). En cuanto a la revisión de oficio de actos nulos o anulables, los órganos ministeriales siguen el régimen general que atribuye la competencia al Ministro o Secretario de Estado correspondiente (Disposición adicional decimosexta), mientras que respecto de los órganos interministeriales parece competente el Consejo de Ministros, según la propia disposición adicional citada, el cual podrá delegar esta competencia en las Comisiones delegadas del Gobierno (art. 20.2 de la Ley del Gobierno).

En segundo lugar, el criterio subjetivo permite distinguir entre órganos colegiados ordinarios, integrados por autoridades y funcionarios de la Administración General del Estado o de sus Organismos Públicos; órganos en los que participen representantes de otras Administraciones Públicas, y órganos de participación de los administrados. No plantean mayores cuestiones los primeros.

Respecto de los órganos en los que participen representantes de otras Administraciones Públicas, ante todo debe destacarse que no se identifican con los que antes hemos llamado órganos colegiados interadministrativos, a pesar de que en muchas ocasiones puedan aproximárselos, en especial en los casos en que éstos se adscriban a la Administración General del Estado. Sin embargo, conceptualmente la diferencia es clara, puesto que, frente al carácter mixto de los órganos interadministrativos, los órganos aludidos en el art. 39.2 de la LOFAGE son plenamente órganos de la Administración

General del Estado, siéndoles de aplicación, por ejemplo, las normas de funcionamiento de los arts. 22 y siguientes de la Ley 30/1992. Un supuesto de órganos interadministrativo son, sin duda, las conferencias sectoriales del art. 5 de la Ley 30/1992, el cual niega la condición de tal a «aquellos órganos colegiados creados en la Administración General del Estado para el ejercicio de sus competencias en cuya composición se prevea que participen representantes de la Administración de las Comunidades Autónomas con la finalidad de consulta» (segundo párrafo del art. 5.1). Por el contrario, son órganos de la Administración General del Estado en los que participan representantes de otras Administraciones, en este caso de las Comunidades Autónomas, los Consejos Consultivos de Electricidad y de Hidrocarburos previstos en el seno de la Comisión Nacional de la Energía por la Disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos; asimismo, con participación autonómica y local, se configuran el Consejo Escolar del Estado (art. 31 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, del Derecho a la Educación, modificada por LO 10/1999, de 21 de abril) o los Consejos del Agua de las Confederaciones Hidrográficas (arts. 17, 25 y 30 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, modificados por Leyes 11/1999, de 21 de abril, y 46/1999, de 13 de diciembre).

Otra cuestión relevante es el tipo de competencias que pueden ejercer estos órganos administrativos. El citado art. 5.1 de la Ley 30/1992 limita estas funciones a las meramente consultivas, previsión que también se contenía en el Proyecto de Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado presentado ante el Congreso de los Diputados a fines de la V Legislatura (BOCG, de 21 de noviembre de 1995, art. 37.2) y en la redacción inicial del Proyecto que dio lugar a la ley actual (art. 40.2), pero que, sin embargo, ha desaparecido en la redacción definitiva, lo que, *prima facie*, parece permitir la intervención de estos representantes en el ejercicio de potestades decisorias.

Esta conclusión es, cuanto menos, discutible, toda vez que estamos hablando de órganos de la Administración General del Estado, creados por ésta para el ejercicio de las competencias que le son propias. Atribuir a representantes de las Comunidades Autónomas o de los Entes locales la posibilidad de exceder las funciones de mera consulta y concurrir a la toma de decisiones del órgano colegiado altera el régimen constitucional de competencias, ya que, o bien nos encontramos ante materias de competencia compartida, en cuyo caso nos encontraríamos más bien con órganos interadministrativos de cooperación o coordinación, o bien, si se trata de competencias exclusivamente estatales, se está produciendo una dejación de las mismas, siquiera parcial, en manos de otras Administraciones territoriales. Por ello, y teniendo en cuenta la plena vigencia del art. 5.1 de la Ley 30/1992, debe defenderse la limitación de los representantes de las demás Administraciones territoriales a meras funciones de consulta.

Existe, a pesar de ello, algún caso en que, a partir de la legislación específica vigente, resulta difícil aplicar plenamente esta limitación. Es el caso de las Confederaciones Hidrográficas, a las que se atribuye naturaleza jurídica

de «... organismos autónomos de los previstos en el artículo 43.1.a) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, (...) adscritos a efectos administrativos al Ministerio de Medio Ambiente» (art. 20.1 de la Ley de Aguas), respecto de los que prevé una posible colaboración mutua en el ejercicio de sus respectivas competencias con las Comunidades Autónomas, especialmente mediante la incorporación de éstas a la Junta de Gobierno de dichas Confederaciones (art. 23.1). Basta una lectura del art. 26 de la Ley para llegar a la conclusión de que, a pesar de que es el Presidente el principal órgano de ejecución de las competencias de los Organismos de Cuenca, corresponden a la Junta de Gobierno auténticas potestades decisorias, sobre todo respecto de la planificación, enajenación de bienes y adopción de medidas de protección del demanio hídrico. La justificación de la inclusión de representantes de las Comunidades Autónomas en este órgano se basa, no obstante, en una circunstancia puramente excepcional, cual es la peculiaridad de la competencia en materia de aguas y de medio ambiente en general, que impiden una distribución precisa de la misma entre las distintas Administraciones, haciéndose preciso un régimen específico. Concretamente, en materia de aguas, a pesar del tenor literal de los arts. 148.1.10 y 149.1.22 CE y de los diversos Estatutos de autonomía, que sitúan en el discurso íntegro de las aguas por territorio de la Comunidad Autónoma la *summa divisio* entre competencia estatal y autonómica, el Tribunal Constitucional en Sentencias 227/1988 y, sobre todo, 161/1996, ha apuntado que el carácter integral de la política del agua, que sobrepasa las demarcaciones territoriales autonómicas, exige que sólo en el caso de que los respectivos Estatutos hayan recogido expresamente tal competencia y respecto de las aguas que efectivamente discurren íntegramente por el territorio de cada Comunidad, podrá ésta asumir competencias en materia de agua que habrán de ejercerse preferentemente —y esto es lo esencial— mediante la incorporación de representantes autonómicos a los Organismos de Cuenca. Es un caso realmente interesante que pone de manifiesto las dificultades que viene entrañando la noción de competencia a la hora de delimitar el respectivo ámbito de actuación de cada Administración territorial, que está siendo subrayado por alguna doctrina partidaria de sustituirlo por el de «políticas» propio del Derecho comunitario, donde ha conseguido mantener los conflictos competenciales en niveles bastante reducidos¹⁹. Por de pronto, a nosotros nos interesa subrayar que ésta es la única razón justificativa de la atribución a los representantes de otras Administraciones Públicas de facultades de decisión en órganos de la Administración General del Estado.

El régimen de estos órganos puede terminarse recordando que para que se dé esta participación de representantes de otras Administraciones territoriales en órganos colegiados de la Administración General del Estado y de su Organismos Públicos se requiere que éstas la acepten voluntariamente, que un convenio así lo establezca o que lo determine una norma aplicable a las Administraciones afectadas; no creo que pueda suscitarse problema

¹⁹ En este sentido, P. Biglino Campos, *op. cit.*, pp. 303 y ss.

alguno respecto de esta última vía a pesar de que no mantiene la nota de voluntariedad que se encuentra en las demás. Se trata de una aplicación del principio de supremacía estatal propia de la misma noción de autonomía y recogido en la STC 4/1981, de 2 de febrero, que otorga una mayor cualidad, en caso de conflicto, a la normativa estatal²⁰ en razón de la especial posición del Estado.

El tercer tipo de órgano colegiado al que hemos aludido es el de órganos de participación. El art. 39.3 de la LOFAGE distingue dos modalidades de los mismos: una impropia, en la que, cuando así se determine, participen en los órganos colegiados miembros que se designen por las especiales condiciones de experiencia o conocimientos que concurren en ellos, que pertenece más bien a ese auge de las Administraciones independientes (una de cuyas justificaciones es precisamente la especial competencia de los expertos que las integran) a que se ha aludido anteriormente; la segunda corresponde propiamente al modelo participativo de los administrados, al preverse la integración en los órganos colegiados de organizaciones representativas de intereses sociales. Como se apuntó en el comentario al art. 38 de la LOFAGE, la generalización de estas fórmulas participativas, que además manifiestan una especial preferencia por las representaciones de intereses colectivos, es una consecuencia de la intervención creciente del Estado a lo largo del siglo xx, que lleva a una mayor movilización de los administrados en defensa de unos intereses claramente perceptibles. No es, por otro lado, ajena a este fenómeno una cierta recuperación de una concepción corporativa del Estado en la que la relación entre Poder Público e individuos se encuentra mediatizada por «cuerpos intermedios» que presionan a favor de *status* privilegiados para sus miembros que ponen en cuestión la generalidad de la ley buscada por los revolucionarios liberales como elemento diferenciador frente al Antiguo Régimen²¹. Por lo que interesa a efectos del precepto comentado, es a estos órganos a los que resultan de aplicación las especialidades previstas en los arts. 23 y siguientes de la Ley 30/1992, a saber: ostentan la capacidad para establecer o completar sus propias normas de funcionamiento (art. 22.2); se suprime el voto dirimente de su Presidente en caso de empate, salvo que se disponga lo contrario en sus normas de funcionamiento, las cuales regularán un régimen específico de suplencia de éste [arts. 23.1.d) y 23.2]; se establece un régimen especial de sustitución de sus representantes por parte de las organizaciones representativas de intereses sociales, que requiere acreditación ante la Secretaría del órgano y que

²⁰ E. García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Civitas, Madrid, 1995, pp. 332 y ss. Asimismo, J. A. Santamaría Pastor, *op. cit.*, p. 416. Una noción diversa de la prevalencia estatal en I. de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1995, pp. 281 y ss.

²¹ No puedo resistirme a transcribir, en este sentido, la expresiva y plenamente vigente redacción del artículo sexto de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa de 1789: «La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente, o por sus representantes, en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga. Siendo los ciudadanos iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos.»

está sujeto a las reservas y limitaciones que prevean sus normas de organización (art. 24.3); finalmente se permite al Presidente tener por válidamente constituido el órgano, a efectos de celebración de sesiones, cuando estén presentes los representantes de la Administración y de las organizaciones representativas de intereses sociales miembros del órgano a los que se haya atribuido la condición de portavoces (último párrafo del art. 26.1).

Para concluir debemos apuntar y remitir su estudio al comentario correspondiente, la clasificación material o funcional que contiene el art. 40 de la LOFAGE, el cual distingue entre órganos colegiados en sentido propio o estricto, que serán aquellos a los que se les atribuyan competencias decisorias, de propuesta o emisión de informes preceptivos que deban servir de base a decisiones de otros órganos administrativos o competencias de seguimiento o control de las actuaciones de otros órganos de la Administración General del Estado; y los grupos o comisiones de trabajo en los demás supuestos. La consecuencia práctica de la distinción radica en los distintos requisitos formales de la norma o acto de creación del órganos correspondiente.

III. CREACIÓN, MODIFICACIÓN Y SUPRESIÓN DE ÓRGANOS COLEGIADOS

3.1. Introducción

El art. 40 cierra el Capítulo IV («Órganos colegiados») y la totalidad del Título II de la LOFAGE, dedicado a la Administración General del Estado, regulando el ejercicio de la potestad organizatoria respecto de estos órganos, al menos por lo que se refiere a sus aspectos formales, es decir, la naturaleza de las normas o actos de creación, así como de modificación y extinción, ya que deberán tenerse en cuenta otros condicionantes, esos «límites a la potestad organizatoria» enunciados por Santamaría Pastor, quien los divide en sustanciales, procedimentales y financieros²², y que se encuentran previstos a lo largo de toda la ley.

La *summa divisio* de la LOFAGE a estos efectos se basa en una distinción funcional entre lo que podemos denominar órganos colegiados en sentido estricto y lo que la ley califica de grupos o comisiones de trabajo. Son órganos colegiados en sentido estricto aquellos a los que se atribuyan competencias decisorias, de propuesta o emisión de informes preceptivos que deban servir de base a decisiones de otros órganos administrativos, o bien de seguimiento o control de las actuaciones de otros órganos de la Administración General del Estado (art. 40.1). El resto de órganos colegiados pertenecen a la categoría de grupos o comisiones de trabajo.

²² J. A. Santamaría Pastor, *op. cit.*, pp. 390 y 391.

3.2. La creación de órganos colegiados en sentido estricto

Comenzando por la potestad organizatoria respecto de los órganos colegiados *stricto sensu*, aunque la ley establece formas distintas, como veremos, para su creación, atendiendo al rango personal del Presidente del órgano, así como a su carácter de inter o intraministerial, todos ellos coinciden en requerir de norma jurídica específica, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*. Resulta éste un requisito razonable teniendo en cuenta la importancia de las funciones que pueden encomendarse a estos órganos, que pueden llegar a competencias decisorias con efectos jurídicos frente a terceros, en el caso de que el órgano colegiado se sitúe en la línea activa de la Administración.

La forma que debe revestir la norma, de acuerdo con el art. 40.2 de la Ley, es la de Real Decreto en el caso de órganos colegiados interministeriales cuyo Presidente tenga rango superior al de Director General, Orden Ministerial conjunta para los demás órganos colegiados interministeriales, y Orden Ministerial para el resto. Dos comentarios suscita esta regulación, relativos, respectivamente, a la forma de Real Decreto y a la de Orden Ministerial conjunta. Con carácter previo, debe recordarse, no obstante, que este precepto no excluye la eventualidad de la creación de un órgano colegiado en virtud de ley, acto que no plantea problema alguno desde el punto de vista de las fuentes del Derecho ni de la técnica normativa, con la única salvedad lógica de que dicho órgano se vuelve inmune frente a modificaciones reglamentarias, y que puede, por el contrario, ser útil cuando se asista a la constitución de un órgano integrado por cargos especialmente cualificados. Es el caso de la Comisión de Coordinación Financiera de Actuaciones Inmobiliarias y Patrimoniales, creada por la Disposición adicional novena de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, presidida por el Vicepresidente Primero del Gobierno y Ministro de Economía, al que acompañan, en calidad de Vicepresidente, el Ministro de Hacienda; de vocales, el Secretario de Estado de Presupuestos y Gastos, el Secretario de Estado de Defensa, el Secretario de Estado de Seguridad, el Secretario de Estado de Infraestructuras, el Secretario de Estado de la Seguridad Social, el Subsecretario de Asuntos Exteriores, el Subsecretario de Hacienda, el Subsecretario de Administraciones Públicas, el Subsecretario de Economía, el Director General de la Vivienda, la Arquitectura y el Urbanismo, y el Presidente de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales. Por último, como Secretario, el Director General del Patrimonio del Estado. Sus competencias, definidas de modo general en el art. 10.2 de la Ley 33/2003, están especialmente referidas al ámbito urbanístico y comprenden tareas tales como elaborar las líneas directrices de la política inmobiliaria, analizar las implicaciones financieras y presupuestarias de las operaciones inmobiliarias y urbanísticas de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos y, en su caso, efectuar las propuestas que se estimen convenientes, conocer los planes y propuestas de inversión y desinversión de la Administración General del Estado y sus organismos públicos cuando, por sus implicaciones presupuestarias o por

afectar a distintos agentes, sea conveniente establecer compensaciones o imputaciones especiales de ingresos a determinados organismos y promover las medidas necesarias para su concreción, coordinar la actuación de los agentes inmobiliarios vinculados a la Administración General del Estado en operaciones urbanísticas complejas y orientar las actuaciones inmobiliarias públicas al cumplimiento de los objetivos generales de otras políticas en vigor, especialmente las de consolidación presupuestaria, modernización administrativa y vivienda.

La naturaleza jurídica de esta Comisión es interesante, por cuanto, dada su composición, no puede encuadrarse dentro de las Comisiones Delegadas del Gobierno previstas en el art. 6 de la Ley 50/1997, puesto que éstas sólo están abiertas a los miembros de éste y a los Secretarios de Estado —art. 6.2.b)— de modo que el precepto citado se limita a calificarla de órgano colegiado superior para la coordinación en materia patrimonial. Consecuentemente tendremos que hablar de un órgano colegiado interministerial, eso sí, de una especial condición por el alto nivel administrativo de sus integrantes, que obliga, incluso, a prescindir de su adscripción a un departamento ministerial específico.

Pasando ya a las formas normativas previstas en el art. 40.2, ante todo, la Ley no especifica si se trata de Real Decreto del Presidente del Gobierno o del Consejo de Ministros y tampoco resulta fácil inducir un principio general de otras previsiones aisladas: así, el art. 6 de la Ley del Gobierno establece que la creación, modificación y extinción de las Comisiones delegadas del Gobierno se produzca mediante Real Decreto del Consejo de Ministros a propuesta del Presidente del Gobierno; el art. 8.2 de la LOFAGE y el art. 2.2.j) de la Ley del Gobierno exigen Real Decreto del Presidente del Gobierno para la determinación del número, denominación y funciones de los Ministerios y Secretarías de Estado, así como su supresión, en tanto que, conforme a los arts. 9.1 y 67 de la LOFAGE, las Subsecretarías, las Secretarías Generales Técnicas, las Direcciones Generales, las Subdirecciones Generales y órganos similares, se crean, modifican y suprimen por Real Decreto del Consejo de Ministros. A falta de mejor criterio, toda vez que, como veremos a continuación, no cabe equiparar el rango personal del Presidente del órgano con el nivel de éste, de manera que no es válida una aplicación analógica de los preceptos anteriores que eventualmente atribuyera al Presidente del Gobierno la potestad organizatoria respecto de los órganos colegiados cuyo Presidente ostente rango de Ministro o Secretario de Estado, parece razonable que deba optarse por atribuir al Consejo de Ministros mediante Real Decreto la potestad organizatoria en esta materia. Con ello, además de aproximarnos al régimen previsto para las Comisiones delegadas del Gobierno, se respeta mejor el principio de colegialidad y las propias competencias de los Ministros sobre su Departamento, claramente afectadas por la creación de estos órganos colegiados. De hecho, ésta es la práctica que se ha venido siguiendo en las ocasiones en que se ha invocado de manera expresa el art. 40 LOFAGE para crear un órgano colegiado de este tipo.

Es el caso del Real Decreto 1220/2002, de 22 de noviembre²³, por el que se crea la Comisión Interministerial para el seguimiento de los daños ocasionados por el buque *Prestige*, presidida por el Vicepresidente Primero del Gobierno y Ministro de la Presidencia, que podía ser sustituido por la Subsecretaria de su Ministerio, el Secretario de Estado de Presupuestos y Gastos y los Subsecretarios de todos los Ministerios, salvo los de Defensa y de Educación, Cultura y Deporte, a los que se añadía el Delegado del Gobierno en la Comunidad de Galicia.

Por lo demás, no existe, a mi juicio, contradicción entre la exigencia de Real Decreto para la creación, modificación y supresión de órganos de nivel igual o superior al de Subdirección General y la de simple Orden Ministerial para la de órganos colegiados cuyo Presidente tenga rango de Director General, Secretario General Técnico o Subdirector General, ya que no debe confundirse rango personal con órgano administrativo y menos en este caso en que no hablamos de su titular, sino de un miembro más, aunque lo presida, del órgano colegiado.

Por lo que respecta a las Órdenes Ministeriales conjuntas, simplemente conviene apuntar que habría sido más conveniente utilizar la forma de la Orden Ministerial del Ministerio de la Presidencia, dictada a propuesta de los Ministerios interesados, prevista en el art. 25.f) de la Ley del Gobierno para aquellas disposiciones o resoluciones que afecten a varios Departamentos.

Junto a estas precisiones formales, a lo largo de la LOFAGE se contienen disposiciones sobre otros condicionantes o límites de la potestad organizatoria respecto de los órganos colegiados de la Administración General del Estado. Siguiendo la clasificación antes citada, éstos pueden ordenarse en:

- a) Límites sustantivos, como son la necesidad de incluir en la norma de creación el contenido mínimo establecido por el art. 38.2 de la LOFAGE ya explicado en el comentario correspondiente; junto a ello no debe olvidarse el sólo aparentemente obvio art. 11.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual: «No podrán crearse nuevos órganos que supongan duplicación de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de éstos.»
- b) Límites procedimentales: al margen de las normas establecidas en el art. 24 de la Ley del Gobierno para la elaboración de los reglamentos deben tenerse en cuenta las notables competencias que ostenta el Ministro de Administraciones Públicas en materia de organización administrativa, de conformidad con los arts. 10, 66

²³ Este Real Decreto se aprobó a propuesta del Ministerio de la Presidencia, con la aprobación del Ministerio de Administraciones Públicas y previa deliberación en Consejo de Ministros. La invocación expresa a la LOFAGE se contiene en el art. 1, relativo a la naturaleza y fines de la Comisión, con el siguiente tenor: «Se crea, al amparo de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, la Comisión interministerial para el seguimiento de los daños causados por el buque *Prestige*, adscrita al Ministerio de la Presidencia.»

y 67 de la LOFAGE. En este caso, le corresponde proponer o aprobar previamente las normas de creación del órgano colegiado.

- c) Límites financieros que incluyen no sólo la necesidad de previa consignación presupuestaria del aumento de gasto a que pudiera dar lugar el nuevo órgano, sino también la autorización por el Ministro de Hacienda, establecida en el art. 66.2, para «cualquier medida relativa a la organización y al personal que pueda suponer incremento en el gasto o que requiera para su aplicación modificaciones presupuestarias que, según la Ley General Presupuestaria, excedan de la competencia de los titulares de los Departamentos Ministeriales».

3.3. La creación de grupos o comisiones de trabajo

El resto de órganos colegiados que no cumplan las condiciones establecidas en el art. 40.1 reciben la consideración de grupos o comisiones de trabajo y sus acuerdos no pueden tener transcendencia jurídica frente a terceros, de manera que si su intervención en el procedimiento administrativo no es preceptiva no tendrán naturaleza de órganos, sino de meras unidades administrativas (art. 5.2 LOFAGE).

Teniendo en cuenta las funciones que, por exclusión, les reservan los arts. 38.1 y 40.1 de la Ley —asesoramiento no preceptivo—, los grupos o comisiones de trabajo se aproximan a los órganos tipo *staff and line* configurados por los teóricos norteamericanos (Mooney, Bryson o Wheare, entre otros) siguiendo el modelo de los Estados mayores de los ejércitos, es decir, una suerte de colegio asesor del órgano de decisión, integrado por agentes provenientes de la línea activa, que colaboran íntima e informalmente con aquél. Esta técnica, que se ha intentado incorporar repetidamente a nuestra organización administrativa complementando, no suplantando, a nuestra administración consultiva tradicional (recuérdese el caso de los Secretarios Generales Técnicos —art. 17 LOFAGE— o el de los Gabinetes de los cargos políticos —art. 10 de la Ley del Gobierno 50/1997, de 27 de noviembre—), parece recibir un nuevo impulso con esta previsión. En efecto, sin establecer un régimen que les haga perder su imprescindible flexibilidad, les otorga plena carta de naturaleza en el seno de la Administración General del Estado en la que podrán desarrollarse conforme a las necesidades concretas que surjan en uno o varios Ministerios, puesto que nada se opone a que asuman carácter ministerial o interministerial.

Respecto de su régimen jurídico, al margen de la limitación, ya apuntada, de que sus decisiones no tengan efectos jurídicos frente a terceros, la LOFAGE se limita a determinar la forma concreta que debe adoptar el acto de creación formal que el art. 38.1 exige para todos los órganos colegiados de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos. De este modo, el art. 40.3 dispone que «... podrán ser creados por Acuerdo del Consejo de Ministros o por los Ministerios interesados». Nada se dice de los criterios que han de determinar la utilización de una u otra forma,

pero es bastante plausible utilizar el previsto por el art. 40.2 para los órganos colegiados propios, de manera que sólo se utilice la veste jurídica del Acuerdo del Consejo de Ministros [art. 25.d) de la Ley del Gobierno] para la constitución de grupos o comisiones de trabajo de carácter interministerial, cuyo Presidente ostente rango superior a Director General. Para los demás supuestos sólo será necesaria resolución de varios o un solo Ministro²⁴. En fin, son también aplicables los condicionantes a la potestad organizatoria antes aludidos para los órganos colegiados propios.

3.4. Reglas comunes para la modificación y supresión de órganos colegiados

Finalmente, el art. 40.4 dispone que la modificación y supresión de los órganos colegiados, entendidos en sentido amplio, se debe llevar a cabo en la misma forma dispuesta para su creación, salvo que la norma o acto de constitución hubiera fijado un plazo para la extinción del órgano, en cuyo caso ésta se producirá automáticamente en la fecha señalada al efecto. No presenta mayores problemas añadir a esta última otras dos causas de extinción automáticas cuales son el cumplimiento de los fines u objetivos para los que se haya creado el órgano y la asunción de la totalidad de sus competencias por otro órgano administrativo. Se trata de dos causas previstas para los Organismos Públicos en el art. 64 de la LOFAGE, cuya aplicación analógica resulta pertinente al preverse estas formas de extinción para unos organismos cuyos requisitos de creación, modificación y extinción resultan en general más gravosos que para los órganos colegiados, sin olvidar que en los supuestos de órganos colegiados adscritos a organismos públicos, la aplicación del art. 64 será directa.

Por las mismas razones, la extinción del órgano colegiado requerirá que se establezcan medidas similares a las previstas en el art. 64.2 LOFAGE respecto del personal y medios materiales con que contase el órgano, en su caso, con las peculiaridades derivadas de la falta de personalidad jurídica y autonomía financiera del órgano colegiado.

²⁴ Un ejemplo de utilización práctica del marco aportado por el art. 40.3 LOFAGE es la Comisión para la Modernización del Lenguaje Jurídico, regulada por la ORDEN JUS/3126/2003, de 30 de octubre, adscrita a la Dirección General para la Modernización de la Administración de Justicia, cuya misión es la elaboración de un informe técnico acerca de la situación actual y las reformas que estime oportunas en el lenguaje empleado por las diversas instancias relacionadas con la Administración de Justicia española y las profesiones jurídicas, así como formular propuestas sobre acciones a realizar por las Instituciones del Estado y Corporaciones Profesionales para facilitar la accesibilidad de los ciudadanos a la Justicia.