

FUNCIONAMIENTO ELECTRÓNICO DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS (*)

MATILDE CARLÓN RUIZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL RÉGIMEN DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS INCORPORADO A LA LEY 40/2015: SUS DISTINTOS ÁMBITOS DE APLICACIÓN EN CLAVE COMPETENCIAL, CON EXCLUSIÓN DE LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO.– III. EL FUNCIONAMIENTO ELECTRÓNICO DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS: 1. Antecedentes, referentes, sentido y alcance de la posibilidad —que no deber— de funcionamiento «a distancia» de los órganos colegiados. 2. La convocatoria electrónica como regla y las excepciones a la rigidez del orden del día: las sesiones espontáneas como —relativa— novedad. 3. La celebración de sesiones —total o parcialmente— electrónicas: constitución, debate y adopción de acuerdos. 4. La utilización de medios electrónicos en la formalización de lo actuado: actas y certificados.– IV. ALGUNA REFLEXIÓN FINAL.– BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La situación de confinamiento impuesta por la declaración del estado de alarma ha llamado la atención sobre las previsiones de la Ley 40/2015 posibilitadoras del funcionamiento electrónico de los órganos colegiados. A su análisis, en el contexto de sus antecedentes, referentes y consecuentes, se dedica este estudio, bajo la premisa de que el uso de medios electrónicos no debe reducir las garantías que para cada miembro en particular y para la colegialidad misma caracterizan a estos peculiares órganos.

Palabras clave: órganos colegiados; administración electrónica.

ABSTRACT: Confinement measures which have been taken under the «state of alarm» have invited to pay attention to those regulations in 40/2015 Act which allow collegiate bodies to act by electronic means. This study aims to analyse these regulations in the context of their background, referents and consequences with the assumption that the use of electronic means should not reduce those guarantees for every member and the very principle of collegiality which are on the root of this peculiar bodies.

Key words: collegiate bodies, e-government.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 26 de mayo de 2020 y evaluado favorablemente para su publicación el 23 de junio de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que la declaración del estado de alarma ha suscitado múltiples cuestiones jurídicas: la primera, la que supone la propia activación con enorme intensidad de un mecanismo constitucional excepcional que solo había sido aplicado una vez, y en términos bien limitados, durante los más de cuarenta años de vigencia de nuestro texto de 1978 (1). Con ello se ha desencadenado un proceso de creación *in fieri* de todo un régimen jurídico excepcional que el BOE ya ha tenido la eficacia de integrar en un «Código electrónico de la Crisis sanitaria Covid-19» que engorda cada día.

Con todo, la prolongada situación de confinamiento impuesta por tal declaración ha servido por sí misma para sacar a la luz o llamar la atención sobre previsiones que, estando ya presentes en nuestro ordenamiento, eran de muy relativa eficacia práctica. Este es, sin duda, el caso de las previsiones contenidas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRSJP), sobre el funcionamiento electrónico de los órganos colegiados, que en algunos de sus extremos venían siendo de aplicación *virtualmente* anecdótica en el grueso de la actuación de las Administraciones Públicas, pero que en este peculiar momento se han reconocido como una tabla de salvación para permitir mantener la actividad, siquiera en términos de mínimos, de amplios ámbitos de la organización administrativa. Para evitar el marasmo administrativo, si se nos permite la expresión (2).

De hecho, estas previsiones contenidas en la LRJSP han inspirado, sin duda, algunas medidas de urgencia adoptadas en relación con otros órganos colegiados excluidos del ámbito de aplicación de la ley. En concreto, este es el caso de las que mediante Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, han introducido una nueva Disposición adicional tercera en la Ley del Gobierno para posibilitar, por vía excepcional, el funcionamiento electrónico del Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas del Gobierno y la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios, por más que no se trate —esto es clave— de órganos administrativos colegiados sometidos a las normas de la Ley 40/2015, como bien pone de manifiesto su Disposición adicional vigesimoprimera en relación con los órganos de *gobierno* de los distintos niveles territoriales, tal y como tendremos ocasión de destacar. Así como de las que, apenas veinte días después,

(1) Nos estamos refiriendo, evidentemente, a la declaración del estado de alarma que se materializó en el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, que duró un mes (previa autorización de prórroga del Congreso de los Diputados).

(2) La expresión, utilizada a veces con cierta ligereza, parece responder con exactitud a la situación desencadenada por el confinamiento generalizado impuesto por el decreto que declaró el estado de alarma, si nos atenemos a la primera acepción que ofrece el Diccionario de la RAE: «Suspensión total de la actividad de una cosa o de la actividad física o mental de una persona».

mediante el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, han incorporado un nuevo apartado 3 al art. 46 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local para permitir que los órganos colegiados de las entidades locales puedan, también, actuar a distancia en términos de excepcionalidad severamente tasados que tendremos ocasión de comentar (3). Bajo estas premisas de excepcionalidad se superan los recelos de inconstitucionalidad que, de otro modo, generaría la jurisprudencia sentada en las SSTC 19 y 45/2019, sobre las que volveremos.

La utilización de medios electrónicos en el funcionamiento de los órganos administrativos colegiados plantea un reto sencillo y complejo a la vez. Y ello por la elementalísima razón de que el uso de tales medios no debe reducir, sino mantener —y, en su caso, ampliar—, las garantías intrínsecas al funcionamiento de los órganos colegiados que hagan posible la adopción de acuerdos en ejercicio de sus competencias sin merma del derecho de todos y cada uno de sus miembros a participar, en plenitud de derechos, en la toma de decisiones. La especial naturaleza de los órganos colegiados, caracterizados por que son varios los sujetos que, en su consideración de miembros —en su caso, representativos de determinadas Administraciones, órganos o colectivos—, confluyen en la fijación de la voluntad del órgano, impone especiales reglas de funcionamiento que requieren su pleno respeto en el «entorno electrónico», lo que exige las necesarias adaptaciones y cautelas.

A comentar estas previsiones se dedicarán las páginas que siguen, con una vocación eminentemente práctica.

II. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL RÉGIMEN DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS INCORPORADO A LA LEY 40/2015: SUS DISTINTOS ÁMBITOS DE APLICACIÓN EN CLAVE COMPETENCIAL, CON EXCLUSIÓN DE LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO

El régimen de los órganos colegiados contenido en la Ley 40/2015 se presenta en línea de continuidad con la legislación anterior y, en particular, con las previsiones contenidas en la Ley 30/1992, a salvo dos apreciaciones. Una, de orden competencial, por cuanto el legislador de 2015 pretende superar —con muy relativo acierto— las censuras que recibiera la legislación de 1992

(3) Esta novedad, introducida en la LRBRL por la disposición final segunda del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, es mucho más correcta técnicamente que la que, con la misma intención, daba contenido a una proposición de Ley presentada en pleno estado de alarma por el Grupo Parlamentario Popular para modificar la disposición adicional vigesimoprimera de la LRJSP con la intención de posibilitar, precisamente, la aplicación de las previsiones del art. 17, que ocupará buena parte de nuestras reflexiones, a los órganos colegiados de gobierno de las Entidades locales (la proposición se puede consultar en BOCD, serie B, núm 77-1 de 6/04/2020). Y viene a colmar la imprescindible exigencia de cobertura legal específica de unas medidas de contingencia ante la necesidad ineludible de continuidad del gobierno local que reclamaran I. ALAMILLO DOMINGO y J. VALERO TORRIJOS (2020).

en la STC 50/1999, de 6 de abril. Y otra, la que se refiere precisamente a la ampliación de las posibilidades de uso de los medios electrónicos en la gestión de los órganos colegiados que ya se apuntara, durante la vigencia de la Ley 30/1992, en la Disposición adicional primera de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

La STC 50/1999 declaró, en efecto, la inconstitucionalidad de varios preceptos del Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992 —en la redacción dada por la Ley 4/1999—, relativos a los órganos colegiados, por considerar que excedían de lo básico por resultar demasiado detallados y minuciosos al regular las figuras del presidente (art. 23 en sus dos apartados), del secretario (art. 25, apartados 2 y 3) y de los miembros de los órganos colegiados (art. 24 en sus tres apartados), así como al determinar el contenido de las actas (art. 27, apartados 2, 3 y 5). No así las previsiones del art. 22, que determinaba el régimen jurídico aplicable a los órganos colegiados, y las del art. 26, en relación con las convocatorias y sesiones, en este último caso por cuanto no habían sido objeto de los recursos interpuestos por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña y la Junta de Castilla y León.

El Tribunal asume que al aprobar tales preceptos el Estado habría ejercido la competencia relativa al establecimiento de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas ex art. 149.1.18^ª CE, en función de la cual a él corresponde establecer «los elementos esenciales que garanticen un régimen jurídico unitario aplicable a todas las Administraciones Públicas». La virtualidad de este título queda condicionada —en el FJ 3— por la consideración de que el alcance de estas bases será menor «en aquellas cuestiones que se refieren primordialmente a la organización y al funcionamiento interno de los órganos de las Administraciones públicas» frente a las que inciden más directamente en su actividad externa, por cuanto el objetivo fundamental, que no único, de estas bases es garantizar «a los administrados un tratamiento común ante ellas». Pero, sobre todo, por la apelación —con cita de la STC 147/1991— a la doctrina conforme a la cual la fijación por el Estado del común denominador normativo que encierran las bases no puede materializarse «con un grado tal de detalle y de forma tan acabada o completa que prácticamente impida la adopción por parte de las Comunidades Autónomas de políticas propias en la materia mediante el ejercicio de sus competencias de desarrollo legislativo». Este es el argumento que, sin más razonamiento que apelar a la simple lectura de los preceptos, sirve en el FJ 7 para justificar la inconstitucionalidad de los arts. 23.1 y 2, 24.1 y 3, 25.2 y 3, por más que se afirme que las normas básicas puedan prever la existencia de las figuras del presidente y del secretario (4). En los términos del

(4) La sentencia afirma expresamente que «las Comunidades Autónomas recurrentes admiten que las normas básicas pueden prever la existencia de las figuras del presidente y

FJ 8, por lo que hace a los apartados 2, 3 y 5 del art. 27, relativos a las actas de las sesiones, la censura de exceso en extensión y detalle se concreta en la «regulación acabada del contenido de las actas o incluso en el procedimiento de elaboración de las mismas, señalando incluso plazos concretos (...) o la sesión en la que deben aprobarse las actas», así como en la consagración del derecho de los miembros a hacer constar en las actas sus votos contrarios a los acuerdos, sus abstenciones, el sentido de sus votos favorables o de los particulares.

No dejando de ser discutibles las conclusiones alcanzadas por el Tribunal (5), por cuanto —particularmente en su FJ 6— declara de plano la inconstitucionalidad de los preceptos recurridos sin ofrecer orientación sobre el posible núcleo de lo básico, el modo en que el legislador de 2015 pretendió enmendar estos vicios depara sorpresas llamativas, por cuanto restringe la aplicación de algunas de sus reglas imprescindibles a la Administración General del Estado, yendo más allá que la propia sentencia.

En rigor, tal y como establece el propio art. 15.1 LRJSP, en términos idénticos al precedente art. 22.1 de la Ley 30/1992 —cuya constitucionalidad, como advertíamos, fue confirmada por la STC 55/1999—, las reglas de la Sección en la que se incardina determinarán el régimen jurídico de los «órganos colegiados de las distintas Administraciones Públicas» —según reza el propio título de la Sección, 3º del Capítulo I del Título Preliminar— «sin perjuicio de las peculiaridades organizativas de las Administraciones Públicas en las que se integran» (6). Con todo, este artículo inicia la Subsección primera que,

del secretario y, por ello, no impugnan el art. 25». Extremo este inexacto, dado que el único apartado del art. 25 que no impugnan, el primero, solo se refiere al secretario, pero no al presidente del órgano colegiado, regulado en el art. 23, cuyos dos apartados son impugnados y declarados inconstitucionales.

(5) Sobre la sentencia, F. GONZÁLEZ NAVARRO (1999: *in totum*) y J. VALERO TORRIJOS (2002: *in totum*).

(6) En efecto, tanto este apartado como el siguiente —referido a los órganos colegiados en que participen organizaciones representativas de intereses sociales o los que estén compuestos de representaciones de distintas Administraciones Públicas, en cuyo caso podrán establecer o completar sus propias normas de funcionamiento— son idénticos a los correlativos apartados 1 y 2 del art. 22 de la Ley 30/1992, cuya constitucionalidad confirmó la STC 50/1999. El apartado 3 del art. 15 de la Ley 40/2015 —sin correlato en la Ley 30/1992— exige la publicación en el Boletín Oficial que corresponda del acuerdo de creación y las normas de funcionamiento de los órganos colegiados que dicten resoluciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros. Esta exigencia no sería aplicable, pues, en el caso de órganos colegiados cuya actuación tenga carácter preceptivo, parafraseando el criterio alternativo que, conforme al art. 5.1 de la misma LRJSP, cualifica como órgano administrativo una unidad administrativa del art. 56. E. CARBONELL PORRAS (2016: 240-242) pone de manifiesto las incoherencias que demuestra esta interpretación literal, acertando al sugerir que probablemente lo que descarte —con buena lógica— el precepto es la publicación de la creación de grupos de trabajo u otras unidades de composición plural que no respondan, propiamente, a la condición de órganos.

bajo el título «Funcionamiento» (arts. 15 a 20), se aplica sin duda a todos los órganos colegiados de cualesquiera Administraciones Públicas —sin perjuicio de la salvedad recién transcrita—, mientras que la Subsección 2ª, integrada por los arts. 19 al 21, se refiere estrictamente a los órganos colegiados de la AGE —incluyendo la Administración institucional estatal- (7), tal y como confirma el apartado 2.a) de la disposición final decimocuarta. El reparto de preceptos entre una y otra Subsecciones no encuentra, sin embargo, explicación en todos sus extremos ni siquiera en la más escrupulosa de las lecturas de la sentencia constitucional.

La Subsección 1ª integra, en efecto, junto con el citado art. 15, que determina el régimen jurídico de los órganos colegiados en los términos que han quedado descritos; el 16, referido al secretario —en punto a su obligada existencia en condición de miembro o no del órgano (ap. 1), a sus funciones básicas (ap. 2) y, de forma indirecta y fragmentaria, a la suplencia (ap. 3) (8)—; el 17, relativo a la convocatoria y sesiones de los órganos colegiados, y el 18, relativo a las actas (en cuanto a su obligada elaboración, su contenido, y elementos para su aprobación). Nada se incorpora en esta Subsección que es de aplicación general a los órganos colegiados de todas las Administraciones Públicas acerca del presidente —sobre cuyo carácter básico, recordemos, se pronunció expresamente la STC 50/1999 (9)— y de los miembros de los órganos colegiados, respecto de los que sí se contienen previsiones en la Subsección 2ª, de aplicación específica a la AGE: arts. 19.2 (funciones y suplencias) y 19.3 (derechos y suplencias), respectivamente. Mientras que los preceptos contenidos en esta misma Subsección 2ª respecto de la figura

(7) Este reparto en dos Subsecciones dentro de una Sección incardinada en la Ley 40/2015 es, con todo, un avance respecto del planteamiento original de los Anteproyectos de las Leyes 39 y 40, pues entre ellos se escindían los contenidos de lo que ahora se integra, respectivamente, en una y otra Subsecciones. Seguramente esta integración completa en la Ley 40/2015 del régimen de organización y funcionamiento de los órganos colegidos se deba a las acertadas críticas vertidas por el Consejo de Estado en su dictamen al Anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (Dictamen 274/2005, de 24 de abril de 2015, ap. 1.3.a). No obstante, ni este dictamen, ni el que se pronunció sobre el Anteproyecto de Ley de Procedimiento Administrativo Común (Dictamen 275/2015, de 29 de abril de 2015) hacen crítica alguna, desde el punto de vista del alcance de las bases, respecto del contenido de las previsiones trasvasadas a la Subsección 2ª.

(8) Obsérvese que el propio apartado 1 y, correlativamente, el apartado 3 —que dice literalmente que, «en caso de que el secretario no miembro sea suplido por un miembro del órgano colegiado, éste conservará todos sus derechos como tal»— asumen implícitamente —como no podía ser de otro modo— que la condición de miembro del órgano lleva consigo una serie de derechos que, sin embargo, no quedan fijados en la Ley con carácter básico para los miembros de órganos colegiados de cualesquiera Administraciones distintas a la AGE.

(9) G. FERNÁNDEZ FARRERES (2018: 138), destaca la mala técnica legislativa en este punto, calificando de incomprensible esta omisión, que también imputa a una lectura errónea de la STC 50/1999.

del secretario (art. 19.4, determinante, por remisión, del régimen general de suplencias, y de la pormenorización de sus funciones) y del contenido de las actas (art. 19.5, en punto al reflejo de la posición exacta de un miembro, en términos de voto o intervención, así como el modo y tiempos de aprobación de aquellas) completan el contenido de los correlativos de la Subsección 1ª sin que se llegue a apreciar con claridad hasta qué punto los extremos que se integran en la Subsección 2ª exceden de lo básico, lo que justificaría la exclusión de su aplicación directa a los órganos colegiados de cualesquiera Administraciones Públicas (10).

Queda así confirmado que el legislador estatal, dada la experiencia con la Ley 30/1992 en este punto, se ha embridado severamente —excesivamente, diríamos— en la fijación de las bases del régimen de los órganos colegiados (11). Con ello, es de advertir, no se deja de plantear un problema toda vez que algunas previsiones contenidas en la Subsección 2ª de carácter imprescindible para la configuración y funcionamiento de los órganos colegiados, como las relativas a presidente y miembros, en rigor no vinculan a las Comunidades Autónomas, a las que solo se les aplicarán de forma supletoria. Supletoriedad que es, por otra parte, la única vía de aplicación de ambas Subsecciones para organizaciones peculiares como son las Universidades públicas, a las que —como es bien sabido— la Ley 40/2015 ha negado —sin razón alguna— la condición de Administraciones Públicas (12).

(10) La Subsección 2ª incorpora también previsiones, exclusivamente para los órganos colegiados de la AGE, acerca de los requisitos para constituirlos (art. 20, cuyo apartado 1 incorpora un concepto de órgano colegiado); de su clasificación y composición (art. 21), y de su creación, modificación y supresión (art. 22) que son equivalentes a los que al respecto se contenían en la LOFAGE (arts. 38 a 40).

(11) Al respecto es elocuente que de los recursos interpuestos contra la Ley por Comunidades Autónomas —la de Cataluña, en recurso resuelto por la STC 132/2018, de 13 de diciembre, y la de Canarias, cuyo recurso resolvió la STC 33/2019, de 14 de marzo—, ninguno haya planteado duda de constitucionalidad alguna al respecto.

(12) En las Universidades Públicas actúan múltiples órganos colegiados, que no pueden sino ser calificados de administrativos por más que las leyes 39 y 40/2015 hayan optado —sin explicación— por la originalidad de negar su carácter de Administraciones Públicas. En algunos casos, se trata de órganos de «gobierno y representación» —en los términos del art. 13.e) LOU, Consejo Social, Consejo de Gobierno, Claustro Universitario, Juntas de Escuela y Facultad y Consejos de Departamento, que pueden actuar en Pleno o Comisiones. En otros, meramente burocráticos, como las comisiones de acreditación (art. 57.2) o las juzgadoras para el acceso a las plazas de los cuerpos universitarios (art. 62.3), o la Comisión de Reclamaciones (art. 66.2). Tal heterogeneidad no permite ofrecer una respuesta uniforme a las cuestiones que desgranaremos en las páginas que siguen, pues no se puede plantear en los mismos términos una sesión —parcialmente, menos aún, totalmente— a distancia del Claustro (compuesto por 300 miembros representativos, a los que se suman como miembros natos rector, secretario general y gerente), que la de una Comisión de un Departamento, por poner un ejemplo.

La condición de Administraciones Públicas se ha restringido, en efecto, en la LRJSP, según prescribe su art. 2.3, a la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público «vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas», en los términos literales del apartado 2.a) del mismo art. 2, al que se remite aquel, lo que solo puede ser entendido propiamente por referencia a las Administraciones Públicas *territoriales*, pues lo contrario supone introducir lo definido en la definición. Bajo estos parámetros, queda descartada la aplicabilidad de las reglas que nos interesan a los órganos de composición plural de las corporaciones de Derecho Público, como los colegios profesionales, como han hecho expreso recientemente, con buena lógica —para el de abogados— varias SSTSJ del País Vasco de septiembre de 2019 (13).

Por otra parte, tal y como advierte la disposición adicional vigesimoprimera de la Ley, a la que tuvimos ocasión de referirnos en la Introducción, las disposiciones que nos ocupan —las relativas a los órganos colegiados— no serán de aplicación a los órganos colegiados del Gobierno de la Nación, los de las Comunidades autónomas y los de gobierno de las Entidades Locales. Y ello por la razón bien evidente de que se trata de órganos que, aun siendo por su composición colegiados, responden más propiamente a una vis política, más que burocrática, que justifica que estén sometidos a reglas específicas —la Ley del Gobierno, en el caso del de la Nación; las correspondientes leyes de gobierno autonómicas y los arts. 46 y 47 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local en el caso de las entidades locales—, lo que encuentra reflejo, precisamente, en la excepcionalidad con la que —como veremos, frente a los órganos colegiados propiamente administrativos— las modificaciones normativas de urgencia aprobadas en el contexto del estado de alarma para el Gobierno de la Nación y los órganos de gobierno locales han posibilitado la celebración de sesiones a distancia a través de medios electrónicos. Bajo estos estrictos parámetros quedó enmarcada, de hecho, la constitucionalidad de la posible celebración telemática de sesiones de los órganos colegiados de gobierno en la STC 45/2019, de 17 de marzo, con cita de la previa 19/2019, de 12 de febrero (14), al censurar las previsiones que en la Ley catalana 13/2003, de 5 de noviembre, de la Presidencia de la Generalitat y del Gobierno, introdujo la Ley 2/2018 en claro mimetismo precisamente

(13) De 5 de septiembre (Roj: STSJ PV 2624/2019) y 13 de septiembre (Roj: STSJ PV 2659/2019, FJ 3) de 2019, en relación con la Junta General del colegio.

(14) La STC 19/2019, de 12 de febrero, declaró la inconstitucionalidad de las resoluciones del presidente del Parlamento de Cataluña de 22 y 30 de enero de 2018 que posibilitaban que el acto de investidura del presidente de la Generalitat se celebrara con la participación telemática del candidato.

con las novedades introducidas por la LRJSP para facilitar el funcionamiento electrónico de los órganos *administrativos* colegiados.

En las palabras de su FJ 6,

«De cuanto acabamos de exponer se infiere la singularidad del Gobierno como órgano colegiado, lo que excluye que se le puedan trasladar, sin más, las reglas generales sobre uso de medios telemáticos previstas para los órganos colegiados “administrativos”, como hace la norma impugnada. Habrá actuaciones, como la remisión de la documentación preparatoria, las convocatorias o las actas, en las que el uso de medios telemáticos por el Gobierno no plantee ninguna objeción desde la óptica constitucional (15). En cambio, para aquellas otras que constituyen el núcleo de su función, como es la forma de celebrar las sesiones, deliberar y adoptar acuerdos, la conclusión no puede ser la misma.»

Y ello apoyándose en un criterio, en definitiva, gradual, que partiendo de la importancia del principio deliberativo en todo órgano colegiado, cualifica a tales efectos los órganos de gobierno por la naturaleza e importancia de sus funciones:

«En efecto, si el ejercicio de determinadas competencias se confía a un órgano colegiado es para que sean varias personas quienes se corresponsabilicen de la decisión y que, antes de ser adoptada esta, se haga por los miembros un previo turno de exposición de los diversos puntos de vista, mediante el intercambio de opiniones, pareceres y enfoques. Si el debate previo no fuera esencial para la adopción de decisiones colectivas, las sesiones del órgano colegiado se podrían sustituir por la comunicación al presidente del criterio individual de cada miembro sobre cada asunto del orden del día, computándose luego el resultado final.

El debate y deliberación previa, ínsitos a toda decisión colegiada, y la forma en que se desenvuelve, es tanto más relevante cuanto mayor importancia revisten las funciones del órgano en cuestión. En un sistema democrático de Estado de Derecho, junto a las del órgano parlamentario, son las decisiones que se adopten por el Ejecutivo, las que mayor repercusión tienen en la vida cotidiana de los ciudadanos. La Constitución, en referencia al Gobierno de la Nación, dispone que “[e]jerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria” (art. 97 CE) y en el ámbito constitucional de sus competencias, también cualquier Gobierno autonómico ejerce las funciones ejecutivas y la potestad reglamentaria que les son propias, tomando decisiones colegiadas para cuyo recto desempeño no es indiferente que el debate sea presencial o a distancia» (FJ 6.A.a) (16).

(15) De hecho, la propia LRJSP, mediante el apartado Sexto de su DF 3º, modificó el art. 9 de la Ley del Gobierno, relativo al Secretariado del Gobierno, para contemplar el uso de medios electrónicos en la preparación de las sesiones de los órganos colegiados del Gobierno.

(16) Este planteamiento del Tribunal Constitucional no ha de ocultar, sin embargo, que precisamente en el caso del Gobierno de la Nación o los autonómicos, el principio presidencialista no deja de modular la condición de miembros en sentido pleno de los ministros o consejeros —lo que tiene como criterio correlativo la inexistencia de votaciones en sentido

Frente a ello, las previsiones de la LRJSP acerca del funcionamiento electrónico de los órganos colegiados —contenidas como están en la Subsección 1ª de previa referencia— son de aplicación generalizada, con carácter básico, a todos los órganos *administrativos* de cualesquiera Administraciones Públicas, sin perjuicio de las salvaguardas de los apartados 1 y 2 del art. 15. Tanto las que se contienen en el art. 17, relativo a las convocatorias y desarrollo de las sesiones (17), como las que incorpora el art. 18 respecto de la elaboración y aprobación de las actas de las sesiones. A unas y otras, que constituyen el objeto propio de este estudio, dedicaremos los apartados siguientes, sin perjuicio de poner de manifiesto algunas peculiaridades o matices que se aplicarían exclusivamente, de forma directa, a los órganos de la AGE por estar contenidos en la Subsección 2ª, y de llamar la atención sobre ciertas reglas puntualmente contenidas en la LRJSP respecto de órganos de cooperación administrativa, como son las Conferencias Sectoriales y las Comisiones Bilaterales de Cooperación.

III. EL FUNCIONAMIENTO ELECTRÓNICO DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS

1. Antecedentes, referentes, sentido y alcance de la posibilidad —que no deber— de funcionamiento «a distancia» de los órganos colegiados

Tal y como hemos tenido ocasión de adelantar, la utilización de medios electrónicos en el funcionamiento de los órganos colegiados no es una novedad radical de la Ley 40/2015.

El art. 17, que plantea con carácter general la posibilidad de que los órganos colegiados de las Administraciones Públicas *actúen* a través de medios

propio—. Algo en lo que estos órganos colegiados de gobierno se distinguen de los locales, en los que el carácter plenamente representativo de sus miembros, en los términos puros del art. 23.2 CE, cualifica su posición individual. Y ello sin perjuicio de que unos y otros, cuyas diferencias apunta J. VALERO TORRIJOS (2017: 2718-2719), respondan al criterio común de ejercer funciones políticas cualificadas frente a los órganos colegiados meramente administrativos.

(17) De ahí que resulte de muy dudoso acierto técnico la proposición de Ley a la que hicimos mención en la nota 3, presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Popular con la intención de facilitar el funcionamiento electrónico de los órganos colegiados de las Entidades locales, por la vía de modificar la Disposición adicional vigesimoprimeras de la LRJSP en los siguientes términos: «Las disposiciones previstas en esta Ley relativas a los órganos colegiados no serán de aplicación a los órganos colegiados del Gobierno de la Nación, los órganos colegiados de gobierno de las Comunidades Autónomas y los órganos colegiados de gobierno de las Entidades Locales excepto en aquellos casos en los que concurran circunstancias excepcionales que impidan a la mayoría de sus miembros acudir presencialmente a los órganos colegiados».

electrónicos (18), encuentra su antecedente inmediato en la Disposición adicional primera de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, que durante la vigencia de la Ley 30/1992 incorporó tímidamente —pero de forma hábil— previsiones dirigidas a facilitar el uso de medios electrónicos en la gestión de los órganos colegiados.

Conforme a esta Disposición, particularmente en lo previsto en su apartado primero, los órganos colegiados podrían «constituirse y adoptar acuerdos» utilizando medios electrónicos, con respeto a los «trámites esenciales» —en expresión que recuerda a la de «reglas esenciales» contenida en el entonces vigente art. 62.1.e) de la Ley 30/1992, hoy 47.1.e) de la Ley 39/2015, sobre la que volveremos— establecidos en los arts. 26 (relativo a las convocatorias y sesiones) y 27.1 (relativo al contenido de las actas) de la Ley 30/1992. A la vista de la delimitación del ámbito de aplicación subjetivo de la Ley 11/2007 determinado en su art. 2.1.b), hay que entender que estas previsiones se aplicaban a los órganos colegiados de todas las Administraciones Públicas, entendidas en los mismos términos con que —como vimos— se delimitan en el vigente art. 2.3 de la Ley 40/2015 —si bien incluyendo entonces también a las Universidades públicas, de las que no se descartaba su consideración como Administraciones Públicas—.

El apartado 2, por su parte, introducía lo que calificaba de «especialidades» para los órganos colegiados de la AGE. «Especialidades» que no venían, sino, a introducir algunas precisiones sobre cuestiones claves como la convocatoria, acceso a la información y comunicación del orden del día (ap. a) (19), el régimen de constitución y adopción de acuerdos (ap. b) (20) y las actas (ap. c) (21).

A pesar de la falta de precisión de esta Disposición, en su voluntad de facilitar el uso de medios electrónicos en el funcionamiento de órganos colegia-

(18) Se trata de plantear el funcionamiento electrónico de los órganos colegiados, no de plantear una suerte de transfiguración del órgano colegiado por el uso de medios electrónicos en su actuación, como postulara tempranamente, antes incluso de la aprobación de la Ley 11/2007, A. CERRILLO I MARTÍNEZ (2006).

(19) En cuyos términos literales, después de afirmar —de una forma un tanto retórica— que «deberá garantizarse la realización efectiva de los principios que la legislación establece respecto de la convocatoria, acceso a la información y comunicación del orden del día», precisaba por referencia —se entiende— al orden del día, que en él se especificarían «los tiempos en los que se organizarán los debates, la formulación y conocimiento de las propuestas y la adopción de acuerdos».

(20) Precizando que debería garantizar «la participación de los miembros de acuerdo con las disposiciones propias del órgano».

(21) Conforme al cual las actas deberían garantizar «la constancia de las comunicaciones producidas» así como «el acceso de los miembros al contenido de los acuerdos adoptados» (sic).

dos acertó a identificar los extremos en los que el uso de estos medios puede resultar delicado o plantear recelos, particularmente en punto a la plena garantía de la posición de todos y cada uno de los miembros del órgano. Tengamos en cuenta, a estos efectos, que son tres los momentos que pueden resultar críticos: el de la convocatoria, con especial atención al orden del día; el del desarrollo de las sesiones, integrando la debida constitución del órgano, en términos de cumplimiento del *quorum* exigido sobre la base de la constatación de la presencia de miembros, presidente y secretario, y la adopción de acuerdos, precedida de la debida deliberación, y, finalmente, el debido reflejo a través del acta de lo acaecido en la sesión y, en particular, en punto a la adopción de acuerdos.

Que en esos tres momentos se garantice la posición de cada uno de los miembros del órgano colegiado es crucial. De hecho, la propia validez de lo acordado depende del cumplimiento de estos extremos, como se extrae —hoy— del vigente art. 47.1.e) de la Ley 39/2015, como antes del ya mencionado art. 62.1.e) de la Ley 30/1992, por referencia a los actos que «prescindan —eso sí— total y absolutamente (...) de las normas que contienen las *reglas esenciales* para la formación de la voluntad de los órganos colegiados», en la interpretación que ofrece jurisprudencia consolidada (22).

Identificados estos tres momentos clave en el correcto desenvolvimiento de cualquier sesión del órgano, parece oportuno asumirlos como referencia para estudiar en qué términos han quedado regulados por la LRJSP. No sin antes hacer una referencia al planteamiento general de la Ley a este respecto, contenido en su art. 17.1.

Según este artículo, en su primer párrafo, todos los órganos colegiados de las Administraciones Públicas, en los términos en los que hemos dejado delimitada esta referencia subjetiva, «se podrán constituir, convocar, celebrar sus sesiones, adoptar acuerdos y remitir actas tanto de forma presencial como a *distancia*, salvo que su reglamento interno recoja expresa y excepcionalmente lo contrario».

Resulta así que se asume con carácter general que los órganos administrativos colegiados pueden funcionar —en todos sus extremos y con carácter alternativo a su funcionamiento presencial— «a *distancia*», en expresión que requiere, por concepto, el uso de medios electrónicos —según hace expresa la

(22) De esta jurisprudencia se hace eco R.O. BUSTILLO BOLADO (2019), sistematizándola por referencia a la elaboración y comunicación a los miembros de la convocatoria, al *quorum* de asistencia, al *quorum* de votación —siguiendo la doble acepción contemplada por la RAE— y a la combinación entre aspectos que afectan al desarrollo de la sesión y a su posterior plasmación formal en el acta. J. VALERO TORRIJOS (2017: 2733-2734) menciona también, de forma específica, el orden del día y la propia deliberación como elemento consustancial a la colegialidad, no sin llamar la atención sobre el principio de conservación de los actos que contrapesa, en la práctica jurisprudencial, el alcance real de estos distintos supuestos de incumplimiento de las *reglas esenciales* en función de la verosimilitud de un contenido distinto del acto impugnado de no haberse producido tales incumplimientos.

Exposición de Motivos de la Ley (23)—, y que no se acomoda por igual a todas las acciones que se identifican en el precepto (24). La llamada al reglamento interno del correspondiente órgano para excluir esta regla, de forma expresa y excepcional —lo que exigirá una precisa justificación— debe reconocerse, precisamente por este rasgo de excepcionalidad, de forma flexible, permitiendo modular el alcance de este posible funcionamiento electrónico según en qué fases y con qué condicionantes (25).

El papel de este reglamento interno —que pudiera llegar a ser suplido por un acuerdo del órgano colegiado y, en último término, y para cada sesión, por el criterio del presidente— puede, en efecto, resultar fundamental para acotar el alcance de esta previsión en relación con cada órgano colegiado, que, entendida en sus justos términos, parece claro que permite, que no obliga, que estos órganos actúen a través de medios electrónicos. Total o parcialmente, hay que entender, como de hecho ha especificado alguna ley autonómica aprobada en el marco de la Ley 11/2007 (26). Y sin que ello suponga reconocer necesariamente un derecho subjetivo de sus miembros a concurrir a distancia a las sesiones del órgano colegiado: esto es clave. No es esta, en absoluto, la fórmula que maneja la LRJSP: ni así se desprende del 17.1, ni así se extrae del estatuto del miembro del órgano colegiado que el art. 19.3 contempla para los órganos de la AGE, a diferencia de lo que ocurre —como veremos— en otros ámbitos.

Este planteamiento del legislador *pro* funcionamiento electrónico de los órganos colegiados, siquiera sea en términos de posibilidad, se enmarca, sin duda, en la vocación general del legislador de 2015 por dar pasos definitivos hacia la materialización de la Administración electrónica. Esa Administración «sin papel» que invoca la Exposición de Motivos de la Ley siamesa 39/2015 integraría con naturalidad el funcionamiento electrónico de los órganos colegiados.

(23) Párrafo antepenúltimo del apartado II de la Exposición de Motivos.

(24) En puridad, el término «a distancia» —a los efectos que se pretende— solo es predicable respecto de las acciones de «constituir», «celebrar sus sesiones» y «adoptar acuerdos», dado que «convocar» y «remitir actas» por definición se producen a distancia. Lo determinante es pues, en todos los casos, el uso de medios electrónicos. En rigor, solo en las primeras, como dejó apuntado la STC 45/2019, es delicado el uso de medios electrónicos. Sobre ello volveremos.

(25) De hecho, que esta llamada al reglamento para excepcionar el uso extensivo de medios electrónicos en el funcionamiento de los órganos colegiados implica que, en vía de principio, podrán funcionar empleando estos medios es el argumento principal sobre el que la STC 45/2019 basa la inconstitucionalidad de la ley catalana del gobierno pues, al transcribir miméticamente el art. 17 LRJSP, estaría pretendiendo que el Gobierno de la Generalitat pudiera actuar, con carácter general y ordinario, a distancia, algo que el Tribunal considera intolerable tratándose de órganos de gobierno, y no meramente administrativos.

(26) Este es, de hecho, el caso de la Ley catalana 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones públicas de Cataluña, según se extrae de sus arts. 13.2 y 18.2.

En rigor, no se puede negar que el uso generalizado de las comunicaciones electrónicas en la vida cotidiana extensa hace inevitable su expansión hacia la actuación administrativa. Expansión inevitable y deseable, en la medida en que eso suponga añadir elementos de eficacia —y eficiencia— a la acción de la Administración (27). La cuestión es si el uso de medios electrónicos debe superar el ámbito de la *comunicación* de la Administración para integrarse en su *actuación* misma. Algo que la propia ley 40/2015 concibe en términos plenos en la «actuación administrativa automatizada», si bien limitado —tal y como se desprende de su art. 41— a actuaciones automatizables, mecánicas, en definitiva, como puedan ser las que supongan el ejercicio de potestad certificante. Frente a ello, el funcionamiento electrónico de los órganos colegiados plantea el reto de garantizar que la voluntad del órgano —como suma de la voluntad de sus miembros configurada a través del imprescindible debate— se produce en un entorno —total o parcialmente— virtual en términos idénticos a los que se producirían en el entorno presencial. Y ello con el horizonte último del vicio de invalidez en que incurriría un acto emitido por órgano colegiado cuya actuación prescindiera —eso sí— *total y absolutamente* de las reglas *esenciales* para la formación de su voluntad.

La generalizada implantación de los medios electrónicos ha supuesto que en otros ámbitos en los que actúan órganos de composición plural se hayan planteado cuestiones parecidas, que no idénticas. Así, en el caso de las Juntas de las sociedades mercantiles, que pueden celebrarse virtualmente, bajo garantías de identidad: en el caso de las anónimas cuando así lo hubieran previsto sus Estatutos (art. 182 del Real Decreto 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital); más limitadamente en el caso de las de responsabilidad limitada, para las que ha sido la Dirección General de los Registros y el Notariado la que, a través de resoluciones, ha dotado de cierta expansividad a la limitada opción del voto emitido mediante correo electrónico que contempla, para todas las sociedades de capital, el art. 189.2 del mismo Texto (28). Y ello en el bien entendido de

(27) La reducción de costes por desplazamiento es un argumento que se ha venido aportando, no sin razón, para apoyar el uso de medios electrónicos en el funcionamiento de órganos colegiados: J.M. TRAYTER JIMÉNEZ (2011). Y ello en el bien entendido de que los criterios de eficiencia pueden conducir, lisa y llanamente, a la eliminación de órganos colegiados que pudieran considerarse superfluos, como de hecho consideró necesario el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 2010, sobre racionalización de estructuras en la Administración General del Estado, lo que dio pie a la aprobación del Real Decreto 776/2011, de 3 de junio, por el que se suprimen determinados órganos colegiados y se establecen criterios para la normalización en la creación de órganos colegiados en la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos.

(28) Así, la Resolución de 25 de abril de 2017 (BOE de 16 de mayo, disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-5421) y de 19 de julio de 2019 (BOE de 7 de agosto, disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-11616).

que en el contexto del estado de alarma se posibilitó de forma generalizada la celebración mediante videoconferencia de reuniones de los órganos colegiados de gobierno y representación de sociedades civiles y mercantiles, asociaciones y sociedades cooperativas y patronatos de fundaciones en los términos de los apartados 1 y 2 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, a los que dio nueva redacción la Disposición final cuarta del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, ampliando hasta el 30 de diciembre de 2020 estas medidas excepcionales.

La cuestión responde a la misma lógica íntima, aun con obvios matices, cuando se plantea la posibilidad de participar mediante medios electrónicos en los órganos parlamentarios. En el caso del Congreso de los Diputados, en julio de 2011 se introdujo una modificación en los arts. 79 y 82 de su Reglamento para posibilitar el voto telemático de los Diputados, si bien en supuestos tasados verdaderamente impeditivos del desempeño de la función parlamentaria y con la debida autorización de la Mesa de la Cámara, en coherencia con el dato de que la presencia en las sesiones de la Cámara es un deber del parlamentario (29). La Resolución de la Mesa del Congreso de 21 de mayo de 2012 precisa, en términos minuciosos, las estrictas limitaciones temporales y los requisitos de identificación que revisten de garantías lo que se concibe como supuesto excepcional (30). Excepcional porque se plantea, en este caso, en toda su dimensión el valor del debate —el debate parlamentario— como instrumento de la conformación de las posiciones y, en definitiva, del voto del que se hizo eco la ya citada STC 19/2019. Extremo este que responde más propiamente a caracteres convencionales y *representativos*, dada la dinámica de las disciplinas de partido, pero que en todo caso pone de manifiesto la importancia de la propia presencia de los representantes del pueblo en las deliberaciones que conducen a la aprobación de las leyes y de otras mociones y actos de aprobación parlamentaria. Así se demostró dramáticamente durante el estado de alarma, cuando la imagen del hemiciclo prácticamente vacío —en este caso de forma forzosa, y no por el burdo absentismo al que según en

(29) En los términos del art. 82.2, en los casos de embarazo, maternidad, paternidad o enfermedad grave en que, «atendidas las especiales circunstancias se considere suficientemente justificado». Es de observar, con todo, que ninguno de los supuestos contemplados en el reglamento daría propiamente cobertura a la justificación de ausencia, justificativa del voto telemático, durante el estado de alarma.

(30) Resolución de la Mesa del Congreso de los Diputados, de 21 de mayo de 2012, para el desarrollo del procedimiento de votación telemática, disponible en http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/Norm/NormRes/21052012vototelem

qué ocasiones se entregan los diputados— da cuenta de lo poco edificante que resulta la escenificación de un órgano parlamentario de cuyas sesiones formales poco cabría esperar a salvo el automatismo de la emisión del voto.

Coherentemente, no es de extrañar la excepcionalidad con la que conciben la posibilidad de mantener sesiones a distancia de los órganos del Gobierno de la Nación y de los órganos de gobierno de las entidades locales las muy recientes —y de aprobación urgente— previsiones que enunciamos en la introducción y sobre las que volveremos puntualmente. La naturaleza eminentemente política de unos y otros órganos —siendo así que, en rigor, en el primer caso, no hay siquiera ejercicio de voto, sino mera deliberación: además, secreta— hace evidente que en su actuación debe primar la presencialidad. Como así lo ha confirmado la STC 45/2019, en los términos más arriba transcritos, para justificar la inconstitucionalidad de las previsiones de la ley catalana que pretendió aplicar al Gobierno de la Generalitat idénticas previsiones que las contenidas en el art. 17 LRJSP, haciéndose eco —al refutar las alegaciones de la Abogada de la Generalitat— de otras leyes autonómicas que incorporaron previsiones favorables al uso de medios electrónicos en las sesiones de los correspondientes consejos de gobierno. Así, el art. 33 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y los arts. 15 y 18 de la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y el Gobierno de Aragón, que al postular con carácter general la posibilidad de funcionamiento a distancia de los correspondientes consejos, incurren en una más que dudosa constitucionalidad a la luz de la STC 45/2019, que la ciñe —como sabemos— a «casos justificados, excepcionales y con las oportunas garantías», en los términos del FJ 6.B) (31).

Frente a estos supuestos, la posibilidad de utilizar medios electrónicos en la actuación de los órganos *administrativos* colegiados se plantea en términos distintos. La presencialidad, según respecto de qué órganos y en función de qué asuntos, no ha de resultar siempre y en todo caso imprescindible, lo cual no niega las dificultades que se plantean en la aplicación de medios electrónicos a su funcionamiento. No ya a los efectos de la *comunicación* previa —en la convocatoria— o posterior —para la remisión de las actas de cada sesión— con los miembros del órgano: lo contrario iría en contra de los tiempos. Sino a los del desarrollo mismo de las sesiones, asumiendo que todos o parte de

(31) Teniendo en cuenta que el art. 33.1 de la ley andaluza prescribe que «el Consejo de Gobierno podrá utilizar redes de comunicación a distancia o medios telemáticos para su funcionamiento» y el art. 15.3 de la aragonesa afirma taxativamente que «el Gobierno podrá constituirse y adoptar acuerdos mediante el uso de medios telemáticos», a los efectos de lo cual los respectivos arts. 33.2 y 18.3 colocan al secretario del órgano en el papel de garante de la validez de los procedimientos, resulta más que dudosa su constitucionalidad a la luz de la STC 45/2019, por cuanto contemplan la opción telemática con carácter general.

los miembros del órgano colegiado concurren a través de medios electrónicos para, previo el imprescindible debate, configurar a través de la suma de los votos individuales —si es que la votación formal fuera precisa— la voluntad del órgano que se expresa en un verdadero acto administrativo, en su caso definitivo. En este punto nuclear se plantean las verdaderas dificultades del *funcionamiento* electrónico de los órganos colegiados, tal y como apuntara el FJ 6 de la STC 45/2019, más arriba transcrito, para abundar, seguidamente (FJ 6.A.a), por referencia a la previa STC 19/2019,

«en la importancia que reviste la interrelación directa e inmediata en los procesos deliberativos, “pues solo de este modo se garantiza que puedan ser tomados en consideración aspectos que únicamente pueden percibirse a través del contacto personal” [FJ 4 A) b)]. En particular, hemos advertido que el contraste de opiniones y argumentos entre personas que se hallan en lugares distintos no permite percibir las intervenciones espontáneas, los gestos o reacciones —la denominada comunicación no verbal— de la misma forma que en una reunión presencial. La separación física no permite conocer todo lo que está sucediendo en el otro lugar, por lo que el debate puede no discurrir de la misma manera y cabe que la decisión no se decante en el mismo sentido. Por avanzados que sean los medios técnicos que se empleen, una comparecencia telemática no puede considerarse equivalente a una comparecencia presencial [FJ 4 B) b)]».

Todo ello para concluir que “[l]a actuación de forma presencial es, por tanto, necesaria para que los órganos colegiados, en general, puedan formar debidamente su voluntad” [FJ 4 A) b) de la STC 19/2019, transcrito por el FJ 6.A.a de la STC 45/2019].

Superando la rotundidad de esta última afirmación —que los propios términos, ya comentados, de la STC 45/2019 contradicen—, de sus antecedentes se extraen las claves para la interpretación y aplicación de los preceptos que nos ocupan en este estudio. Para el funcionamiento de los órganos colegiados el legislador básico parte de la regla de que sea posible *a distancia*, lo cual debe asumirse como un instrumento de eficacia, sin que la tecnología se convierta en un fin es sí mismo, cuya tiranía pueda imponer más rigideces que ventajas, siendo así que la propia colegialidad y los derechos de todos los miembros del órgano deben quedar asegurados en todo caso, lo que exige arbitrar las garantías técnicas, organizativas y jurídicas imprescindibles que aseguren la identidad e integridad de la expresión de la posición de los miembros que actúen a distancia, posibilitando su pleno intercambio en el debido debate y deliberación. Así debe quedar perfectamente perfilado en las normas que regulen específicamente cada órgano o, en su defecto, a través de un acuerdo del mismo en que se precisen sus reglas de funcionamiento en el marco de lo previsto en la propia LRJSP, asumiendo —en cada sesión— el papel capital que le corresponde cumplir al secretario —al que el art. 16.2 LRJSP, de carácter

básico, impone el deber de «garantizar que los procedimientos y reglas de constitución y adopción de acuerdos son respetadas»— y, en último término, al presidente del órgano.

Bajo estas premisas es posible ya abordar los términos concretos en los que la Ley 40/2015 ha concebido el posible funcionamiento electrónico de los órganos de todas las Administraciones públicas en los distintos momentos ya descritos.

2. La convocatoria electrónica como regla y las excepciones a la rigidez del orden del día: las sesiones *espontáneas* como —relativa— *novedad*

La convocatoria del órgano colegiado no es en absoluto trivial. Instada por el presidente del órgano y formalizada por el secretario, integra el orden del día fijado por aquél, lo que determina, en vía de principio, los asuntos que serán objeto de conocimiento, deliberación y, en su caso, acuerdo, en la correspondiente sesión. Su debida comunicación a los miembros —acompañada, en su caso, de documentación— es, pues, crucial, para que aquellos concurran —o no— oportunamente a la correspondiente sesión, siendo conocedores de los asuntos a tratar y debidamente informados de los extremos necesarios para formarse una posición previa a la necesaria deliberación colegiada y sucesiva adopción de acuerdos.

Según dispone el apartado 3 del art. 17 LRJSP —como antes el 26.2 de la Ley 30/1992—, los órganos colegiados podrán establecer el régimen propio de convocatorias en el caso de que este no estuviera previsto en sus normas de funcionamiento, advirtiendo que tal régimen podrá prever una segunda convocatoria especificando el *quorum* preciso en tal caso. Sobre ello volveremos. Conviene ahora precisar, con todo, que tal advertencia implica, aunque no lo haga expreso el precepto, que la convocatoria debe especificar el lugar, fecha y hora en la que se celebrará la sesión —incluyendo, en su caso, una referencia horaria para la mencionada segunda convocatoria—, siendo así que el plazo mínimo —ahora— de dos días —y no de 48 horas— para su comunicación ya solo se predica para los órganos de la AGE ex art. 19.3.a) LRJSP (32). En ella se integrará, en todo caso, tal y como sí hace expreso el segundo apartado del mismo art. 17.3, el orden del día —cuya fijación es

(32) J. VALERO TORRIJOS (2017: 2737) llama la atención sobre el cambio de las 48 horas especificadas en la Ley 30/1992 a los días que ahora contiene el art. 19.3.a) LRJSP para la AGE, advirtiendo de la relevancia del cambio toda vez que el art. 30.2 de la Ley 39/2015 declara inhábiles los sábados, pero tampoco se debe perder de vista que el propio apartado 1 del mismo art. 30, en su segundo párrafo, precisa que no podrán computarse en horas los plazos que excedan las 24.

competencia del presidente, según hace expreso el art. 19.2.b) para la AGE, a salvo la toma en consideración de las peticiones de los miembros (33)—, al que se acompañará la documentación necesaria para su deliberación «cuando sea posible» —en expresión un tanto laxa—. La convocatoria deberá especificar también «las condiciones en las que se va a celebrar la sesión, el sistema de conexión y, en su caso, los lugares en los que estén disponibles los medios técnicos necesarios para asistir y participar en la reunión», extremos todos estos que solo cobran sentido en relación con las sesiones virtuales o que permitan la participación a distancia, y para las que serán cruciales, tal y como tendremos ocasión de precisar.

Lo que interesa en este momento es destacar que según este mismo párrafo del art. 17.3 —en este caso como novedad frente a la Ley 30/1992— las convocatorias serán remitidas a los miembros del órgano colegiado a través de medios electrónicos «salvo que no resulte posible» —o lo hubiera excepcionado de forma motivada el reglamento del órgano, ex apartado 1 del mismo art. 17—. Como fiel reflejo de los tiempos, el envío electrónico es, pues, la regla, y ello con independencia de que la sesión vaya a ser presencial o —total o parcialmente— a distancia. El precepto de referencia no introduce, con todo, más precisiones, lo que supone que, más allá de que —evidentemente— debe garantizarse y constatarse la debida recepción por todos los miembros, en tiempo y forma, de la convocatoria y la documentación que la acompañe, no se aplican —con toda lógica— a estas comunicaciones las exigencias de las notificaciones electrónicas impuestas por el art. 41 de la Ley 39/2015 (34). Es responsabilidad del secretario, como especifica el art. 19.4.b) respecto de los órganos de la AGE, garantizar esta comunicación, que podrá producirse, en su caso, a través de una Intranet o mediante el correo electrónico, supuesto en el que resultará sin duda especialmente favorable la utilización de las direcciones institucionales de correo de los distintos miembros del órgano, de las que dispondrán en la gran mayoría de los casos. La documentación

(33) A tales efectos, habrá que tomar en consideración las normas específicas que puedan haberse establecido al respecto para cada concreto órgano, lo que no es en absoluto infrecuente, como recuerda J. VALERO TORRIJOS (2017: 2736-2737).

(34) J. VALERO TORRIJOS (2017: 2738-2739) suscita, a este respecto, la cuestión de que, si bien el art. 14 LPAC daría cobertura para imponer el uso de medios electrónicos para comunicarse con la Administración a los miembros de los órganos colegiados que fueran empleados públicos, obligaría a matizar tal conclusión cuando no fuera el caso. No hay que olvidar, en todo caso, que la obligatoriedad para los empleados públicos contenida en el apartado 2.e) remite a una norma reglamentaria, y que el propio apartado 3 permite extender por esa vía la obligatoriedad del uso de tales medios a sujetos entre los que sin duda estarán los miembros no empleados públicos de los órganos colegiados, con lo que no parece que tal precepto pueda impedir que la propia LRJSP adopte un criterio que se le permite adoptar a un mero reglamento.

misma puede hacerse accesible en una Intranet, con las debidas exigencias de accesibilidad y seguridad, lo que cumple con el objetivo previsto sin exigir propiamente su envío (35).

De la importancia del orden del día como elemento vinculante para el desarrollo de la sesión —en defensa de la posición de los miembros del órgano— da cuenta la regla que ahora contiene el apartado 4 del art. 17 LRJSP —como antes el 26.3 de la Ley 30/1992—, según la cual no podrá ser objeto de deliberación y acuerdo —sí de informe, en su caso— ningún asunto que no figure en el orden del día. Y ello con la salvedad de que, estando presentes todos los miembros, y declarada la urgencia de un asunto por el voto favorable de la mayoría, se pueda incluir de forma sobrevenida algún punto en la misma sesión. Se dota, con ello, de una razonable flexibilidad a la vinculatoriedad del orden del día, sin merma de los derechos de ninguno de los miembros del órgano por exigirse la presencia de todos en la sesión.

Esta posibilidad de completar en la propia sesión, y por razones de urgencia, el orden del día, que ya se encontraba en el art. 26 de la Ley 30/1992, es superada radicalmente por la novedosa opción de sesiones *espontáneas* que contempla la LRJSP. El último párrafo del art. 17.2 asume, en efecto, que «cuando estuvieran reunidos, de manera presencial o a distancia, el secretario y todos los miembros del órgano colegiado, o en su caso las personas que les suplan, éstos podrán constituirse válidamente como órgano colegiado para la celebración de sesiones, deliberaciones y adopción de acuerdos sin necesidad de convocatoria previa cuando así lo decidan todos sus miembros».

Esta fórmula reverdece, sin duda, las que se vinieron a calificar como «sesiones universales» previstas en el artículo Diez.Tres de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 —y contempladas en algunas normas autonómicas (36)—, si bien con la —al menos, aparente— novedad de obviar las reglas elementales del *quorum* que el propio art. 17.4 LRJSP especifica en su primer párrafo —obsérvese que, por lo que solo puede ser un error, no se menciona al presidente, como sí hace el párrafo que analizaremos en el epígrafe siguiente (37)—, amén de la posibilidad de que a la misma concurren, total o parcialmente, miembros a distancia. La fórmula, sea como fuere, dinamita la exigencia misma de orden del día, que se supone quedaría fijado de la misma forma espontánea, en todo caso —como corresponde— por el presidente, si bien con el respaldo —en este caso— unánime de los miembros del órgano.

(35) Así lo contempla expresamente, de hecho, la Ley catalana 26/2010 (art. 17.2).

(36) Este es el caso del art. 17.3 de la Ley catalana 26/2010, lo cual suponía, en el marco de la derogada Ley 30/1992, una extralimitación de las bases.

(37) Téngase en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo califica de «ineludible» la participación del presidente —y secretario— en las sesiones a la hora de interpretar la causa de nulidad del actual art. 47.1.e) LRJSP.

Aun no habiendo apelación alguna a la urgencia del caso, y a pesar de la señalada regla de la unanimidad, todo llama a manejar esta opción —que, en todo caso, solo parece factible respecto de órganos colegiados de pequeño tamaño— con suma prudencia, sobre todo si la presencia de todos los miembros se logra con la incorporación a distancia de uno o varios miembros no presentes, cuya identidad y plena participación debe quedar particularmente constatada.

3. La celebración de sesiones —total o parcialmente— electrónicas: constitución, debate y adopción de acuerdos

La posibilidad abierta por el art. 17.1 LRJSP para la celebración por los órganos colegiados de sesiones a distancia se concreta en su segundo párrafo en una serie de garantías en la lógica de asegurar la posición de todos los miembros respecto de sí mismos y de la propia colegialidad, en términos de identidad e integridad.

Efectivamente, para que la sesión a distancia pueda producirse válidamente —sea porque actúen a distancia todos sus miembros, sea porque lo haga alguno de ellos— deben garantizarse «por medios electrónicos, considerándose tales los telefónicos, y audiovisuales»: de una parte, la identidad de los miembros o personas que los suplan, y, de otra, el contenido de sus manifestaciones y el momento en que éstas se producen. Estas exigencias, que resultarían por sí mismas suficientes para responder a la lógica última de lo que se pretende —poder facilitar de forma constatable la plena participación, aun *virtual*, de los distintos miembros y sus posiciones—, se intensifican al requerir el precepto, de forma sucesiva, «la interactividad e intercomunicación entre ellos en tiempo real y la disponibilidad de los medios durante la sesión», especificándose que se considerarán medios electrónicos válidos, a título ejemplificativo, el correo electrónico, las audioconferencias y las videoconferencias.

No cabe duda de que la plena participación, aun *virtual*, de los miembros que concurran a distancia a una sesión de un órgano colegiado exige cumplir con esos criterios de interactividad e intercomunicación *en tiempo real*. Solo esas garantías técnicas responden a una participación en los correspondientes debates pretendidamente equivalente a la presencial, de modo que solo a través de videoconferencias o —en puridad, en menor medida— de audioconferencias pueden cumplirse en plenitud las exigencias del precepto. Dicho lo cual, no debería descartarse una interpretación flexible del mismo que —atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad, tal y como exige el art. 3.1 CC— entienda que, en función de las características del órgano —su propio tamaño y mayor o menor complejidad en su composición— y de los puntos a tratar en el orden del día, dichas exigencias de interactividad e intercomunicación *en tiempo real* pudieran modularse. Piénsese en supuestos en los que se trate de

aprobar asuntos de trámite y/o bien documentados (no exigentes en cuanto a su deliberación) por parte de órganos de tamaño pequeño o moderado y composición homogénea, respecto de los que pudiera considerarse suficiente la comunicación mediante correo electrónico durante un plazo de tiempo limitado y predeterminado, con plena garantía de las exigencias nucleares de identidad e integridad de los comunicantes y sus comunicaciones, intercomunicación e interactividad, aun cuando no sea propiamente en tiempo real (38). No se olvide que la expresa mención en el precepto al correo electrónico como medio hábil resulta bien elocuente, particularmente si se repara en que las recientes normas que, en el contexto del estado de alarma, han contemplado la posibilidad de reuniones virtuales del Gobierno de la Nación y de los órganos de gobierno de las entidades locales, han obviado tal opción, de forma claramente deliberada (39), en clara sintonía con la doctrina sentada

(38) Piénsese que la simple fórmula de «Responder a todos» en el correo electrónico permite cumplir la exigencia de interactividad e intercomunicación, aun cuando no sea en tiempo real. La Ley catalana 26/2010, aprobada en aplicación de la Ley 11/2007, acierta a marcar las claves de la cuestión cuando en su artículo 18.2 prescribe que «con independencia de los medios utilizados, debe garantizarse el derecho de los miembros de los órganos colegiados a participar en las sesiones, así como la posibilidad de defender y contrastar sus respectivas posiciones, la formación de la voluntad colegiada y el mantenimiento del quórum de constitución», para precisar en el apartado siguiente, que «las sesiones a distancia pueden ser en tiempo real o con intervenciones sucesivas en un foro virtual dentro de los límites temporales marcados por el presidente o presidenta». CARBONELL PORRAS, E. (2016: 250-251), se muestra contraria a la posibilidad de uso del correo electrónico como medio para la celebración de sesiones de los órganos colegiados, pero sin contemplar supuestos acotados como los que proponemos en este estudio. J. VALERO TORRIJOS (2017: 2744-2745), por su parte, glosando doctrina previa, no descarta esta opción «asíncrona», si bien en términos excepcionales.

(39) A este respecto resulta elocuente la ya mencionada Disposición adicional tercera introducida en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno por el Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19 cuando introduce una nueva Disposición adicional tercera en la Ley del Gobierno para regular la posibilidad excepcional «y cuando la naturaleza de la crisis lo exija» (sic) de que el presidente del Gobierno decida motivadamente que el Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas del Gobierno y la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios puedan «celebrar sesiones, adoptar acuerdos y aprobar actas a distancia por medios electrónicos, siempre que los miembros participantes se encuentren en territorio español y quede acreditada su identidad», especificándose que se deberá asegurar la comunicación entre ellos en tiempo real durante la sesión, disponiéndose los medios necesarios para garantizar el carácter secreto o reservado de sus deliberaciones; siendo así que el apartado 2 del mismo artículo solo considera como medios electrónicos válidos «las audioconferencias y videoconferencias», sin mención alguna al correo electrónico. La naturaleza de los órganos de gobierno mencionados y de las funciones que despliegan impide, a la luz de la STC 45/2019, concebir otra opción que no sea la de la interactividad y la intercomunicación en tiempo real, como es también el caso cuando se celebren a distancia sesiones de los órganos de gobierno de las Entidades locales en aplicación del nuevo apartado 3 del art. 46 de la LRRL introducido por el Real Decreto-ley 11/2020, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en

por la STC 45/2019. La clave está en garantizar la «unidad de acto», como elocuentemente exigen los arts. 149.3 y 152.1 LRJSP al contemplar el posible uso de medios electrónicos para el funcionamiento de Conferencias Sectoriales y sus comisiones y grupos de trabajo, incluyendo, en su caso, el uso del correo electrónico, mientras que el art. 153.2 no es muy específico para el caso de las Comisiones Bilaterales de Cooperación.

A este respecto cobra de nuevo la mayor importancia el reglamento interno del órgano o, en su defecto, un acuerdo suscrito por el mismo, que adapte a las especiales características de cada órgano y a sus reales disponibilidades técnicas, de forma flexible y ponderada, las posibilidades de utilización, total o parcial, de medios electrónicos para el desarrollo de sus sesiones. Siendo razonable que se reserve al presidente, en todo caso, un margen de apreciación para la fijación de las condiciones de cada sesión, particularmente en función del contenido del orden del día, lo que en todo caso debe ser precisado con detalle en la correspondiente convocatoria, tal y como vimos exige el art. 17.3.

La constatación de la presencia a distancia de los miembros del órgano es crucial para poder considerar válidamente constituido el órgano, para el inicio de la sesión y, sucesivamente, la adopción de acuerdos, conforme a las reglas que establece el propio art. 17 LRJSP —en este caso en su apartado 2—, en los mismos términos del antecedente art. 26.1 de la Ley 30/1992 (40), exigiendo la presencia del presidente y el secretario, o quienes les suplan, en todo caso, hasta alcanzar la mitad, al menos, de sus miembros, según ha aclarado la jurisprudencia (41). Y ello sin perjuicio de que, como vimos, la

el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, «cuando concurren situaciones excepcionales de fuerza mayor, de grave riesgo colectivo, o catástrofes públicas que impidan o dificulten de manera desproporcionada el normal funcionamiento del régimen presencial de las sesiones» de estos órganos. En tales sesiones, sometidas a las mismas exigencias que las de los órganos del Gobierno de la Nación, «se consideran medios electrónicos válidos las audioconferencias, videoconferencias, u otros sistemas tecnológicos o audiovisuales que garanticen adecuadamente la seguridad tecnológica, la efectiva participación política de sus miembros, la validez del debate y votación de los acuerdos que se adopten».

(40) La redacción de ambos preceptos es idéntica, a salvo la precisión en el vigente 17.2 de que la asistencia pueda ser «presencial o a distancia». Hablamos en todo caso de miembros en sentido propio, no de invitados, cuya participación en las sesiones pudiera estar contemplada en las reglas específicas de cada órgano, necesariamente en términos bien excepcionales —la deliberación es conformadora de la posición del órgano, como bien recuerda la STC 45/2019, y como tal debe estar restringida a los miembros—, sin que —evidentemente— computen en el *quorum* ni puedan votar. Su participación indebida en las sesiones puede incluso determinar la anulación de lo acordado, tal y como se ha producido en algún caso referido por R.O. BUSTILLO BOLADO (2019).

(41) A pesar de la dicción literal del precepto, y su antecedente, esta es la interpretación que ya se puede considerar consolidada en la jurisprudencia, que ha zanjado las dudas judiciales y doctrinales previas, hasta el punto de considerar válida una sesión con

norma de funcionamiento del órgano o, en su defecto, el propio órgano hayan establecido unas reglas de convocatoria en las que contemplen una segunda convocatoria con *quorum* reducido. O de que se trate de una sesión espontánea de las previstas en el último párrafo del mismo art. 17.2, en las que —como vimos— se exige la presencia de todos los miembros.

Llegados al momento de adopción de acuerdos, el art. 17.5 LRJSP asume que los mismos serán adoptados por mayoría de votos, lo que no descarta que las normas específicas de cada órgano exijan, según para qué asuntos, mayorías reforzadas, e incluso unanimidad (42). Con todo, la LRJSP nada precisa, desde el punto de vista procedimental, sobre la emisión de voto a distancia, a salvo la advertencia —no exenta de imprecisiones— de que «cuando se asista a distancia (sic), los acuerdos se entenderán adoptados en el lugar donde tenga la sede el órgano colegiado y, en su defecto, donde esté ubicada la presidencia». Regla esta que, en puridad, solo tiene sentido si todos los miembros concurren a distancia —en el caso de reuniones virtuales, en definitiva—, no en los supuestos en los que algunos miembros asistan a distancia (incluso en el caso de que sean presidente y/o secretario), siempre y cuando la reunión presencial se haya convocado en la sede del órgano.

No es nada infrecuente en la práctica de los órganos colegiados que los acuerdos no lleguen a someterse a votación, quedando aprobados por asentimiento (43). El propio desarrollo del debate pondrá de manifiesto hasta qué punto un asunto, después del debate, requiere o no ser sometido a votación, siendo facultad del presidente plantear esta opción —como la formulación

dos miembros (que habrán de ser, evidentemente, presidente y secretario), si el órgano está compuesto por tres miembros: así, SSTs de 22 de noviembre y 18 de diciembre de 2017 (Roj 4432 y 4564/2017, respectivamente), citadas con valoración acertadamente crítica por R.O. BUSTILLO BOLADO (2019), cuando J. VALERO TORRIJOS (2017: 2742) había calificado de absurda tal conclusión. El mismo apartado incluye un segundo párrafo, equivalente al segundo párrafo del derogado art. 26.1 de la Ley 30/1992, que incorpora una regla específica para los órganos colegiados en los que existan miembros representativos: sobre este llamado *quorum* de portavoces, introducido para facilitar el funcionamiento de los órganos colegiados constituidos en clave representativa y participativa, vid. E. CARBONELL PORRAS (2016: nota 18).

(42) A este respecto, es recomendable la mayor precisión posible en la norma específica, precisando si las mayorías se computan sobre los votos emitidos (lo que viene condicionado por el *quorum* existente en el momento de la votación) o sobre los posibles. La propia expresión legal, en su literalidad, plantea dudas al respecto —al no precisar que se trata de votos *emitidos*—, si bien parece que se refiere al caso de más votos a favor (aunque sea solo uno) que en contra de la propuesta de acuerdo, lo que impone excluir del cómputo las abstenciones.

(43) Asentimiento, y no unanimidad, como se llega a formular erróneamente en ocasiones. La unanimidad presume la formalización de votación. El asentimiento, como pretende reflejarse gráficamente, supone la muestra colectiva de aquiescencia con la propuesta, sin formalización de votación alguna. Según acredita R. O. BUSTILLO BOLADO (2019), la jurisprudencia ha confirmado la validez de la fórmula más allá de la referencia formal a votaciones contenida en la dicción legal.

misma del acuerdo sometido a votación, siempre que respete los términos de lo identificado en el orden del día—, nunca imponer el asentimiento en el caso de que un solo miembro del órgano requiera la votación formal. En el caso de la participación total o parcial a distancia, los medios puestos a disposición deben ofrecer ocasión a todos los miembros de exponer su posición, durante el debate y a los efectos de mostrar, en su caso, el apoyo a una propuesta de aprobación por asentimiento.

Para el caso de que sea necesaria una votación en sentido propio, pudiera plantearse la necesidad de exigir formalidades específicas para la emisión a distancia del voto del miembro no presente. Y ello no solo para permitir un recuento fidedigno que permita confirmar —o no— que el acuerdo ha sido adoptado, como exigencia de su validez formal, sino también —desde el punto de vista individual de cada miembro—, en tanto en cuanto —tal y como hace expreso el apartado 6 del mismo art. 17 LRJSP, como antes el 27.4 de la Ley 30/1992— los miembros que voten en contra o se abstengan «quedarán exentos de la responsabilidad que, en su caso, pueda derivarse de los acuerdos».

No lo hace así, sin embargo, la LRJSP, ni directamente ni por remisión a las normas que regulen cada concreto órgano o a un acuerdo por él adoptado. Y ello por cuanto el planteamiento de la LRJSP no pasa —tal y como ha quedado destacado— por concebir un derecho de los miembros del órgano colegiado a emitir a distancia —electrónicamente— su voto. A diferencia de lo que, como hemos visto, ocurre, aun sometido a severas restricciones materiales y procedimentales, en el caso de la posición de los Diputados en Cortes, en la regulación contenida en la LRJSP para los órganos administrativos colegiados se asume que la emisión del voto es en sí misma una manifestación de la participación a distancia en la sesión, de modo que no hay razón para revestirla de formalidades y garantías suplementarias a las que, en términos de identidad, integridad, interactividad e intercomunicación —en tiempo real, si se asume con rigor—, se exigen para la participación en la sesión entendida como un todo. De este modo se favorece el más pleno cumplimiento del deber de asistencia a las sesiones —en las que la participación en el debate es la esencia misma de la colegialidad—, sin facilitar un mecanismo que en el seno de los órganos políticos de carácter representativo, aún muy limitado, responde a la lógica de partidos de no *distráer* un voto, lo que se demuestra aún más sensible en la actual situación de fragmentación parlamentaria.

Coherentemente con lo anterior, la forma de emisión del voto a distancia en los órganos colegiados dependerá de la forma misma en que la votación se formalice en combinación con la tecnología empleada para la sesión total o parcialmente *virtual*. Esto supone que, siendo en principio el voto público, a mano alzada o por llamamiento, el voto electrónico se producirá, en el primer caso, en sus propios términos en la medida en que la sesión se celebre

mediante videoconferencia; siendo posible, en el segundo, también en el caso de audioconferencia. Cabe también su emisión mediante llamada telefónica, SMS o mensajería electrónica, a cuyos efectos cobra especial intensidad la responsabilidad del secretario para la garantía de la legalidad formal de la actuación del órgano (44). En el caso excepcional del voto secreto, salvo que se cuente con un método tecnológico *ad hoc*, no parece fácil encontrar opciones más garantistas que las que —como ocurre en el Congreso— pasan por imprimir el voto emitido telemáticamente con omisión del votante para introducirlo por la Presidencia en la urna, lo que exige del secretario un deber de sigilo reforzado.

4. La utilización de medios electrónicos en la formalización de lo actuado: actas y certificados

El acta, como reflejo de lo acontecido y, particularmente, lo acordado en cada sesión de un órgano colegiado, es regulada en el art. 18 LRJSP incorporando novedades en clave tecnológica. Y no ya solo en el plano de la comunicación misma del acta —que, como la convocatoria, se remitirá por medios electrónicos—, sino también en su propio contenido.

El art. 18.1 LRJSP —en términos idénticos al previo 27.1 de la Ley 30/1992, no sometido a censura ante el TC— precisa que de cada sesión que celebre el órgano colegiado el secretario levantará acta —con el visto bueno del presidente, según se precisa en el apartado 2 del mismo artículo—, especificando asistentes, orden del día, circunstancias de lugar y tiempo, los «puntos principales» de las deliberaciones y, finalmente, el contenido de los acuerdos adoptados. Aunque no lo haga expreso el precepto, el acta deberá hacer mención, en su caso, a la celebración total o parcialmente electrónica, especificando en tal caso los medios técnicos utilizados, así como los detalles que puedan ser relevantes al respecto, particularmente en lo que pueda ser determinante en la emisión del voto. Y ello en cuanto que el acta debe ser, bajo la responsabilidad del secretario, fiel reflejo de lo sucedido en la sesión, en los extremos relevantes para dejar constancia de la validez formal de lo acordado, quedando refrendada por la aprobación de los propios miembros del órgano en los términos que veremos.

(44) En rigor, el art. 16.2 LRJSP impone a los secretarios, con carácter básico, el deber de velar por la legalidad no solo formal, sino también material de lo acordado, lo que puede resultar excesivo, tal y como ha venido también a señalar R.O. BUSTILLO BOLAÑO (2019: nota 11). En estos términos, parece que sobre el secretario pesan en exclusiva responsabilidades que no en todos los casos podrá llegar a asumir —máxime cuando no se exige taxativamente que sea funcionario, ni aunque lo fuera—, sin coherencia plena con el dato de que al presidente —que la misma LRJSP regula, como sabemos, de forma insólita, solo respecto de los órganos colegiados de la AGE— le impone la obligación de «velar por el cumplimiento de las leyes» (art. 19.2.e).

Esta fidelidad con lo ocurrido en la sesión se logra plenamente a través de la novedad contemplada en el párrafo segundo del mismo art. 18.1 LRJSP, que —partiendo de la posibilidad de grabar las sesiones— permite que el fichero resultante «y cuantos documentos en soporte electrónico se utilizasen como documentos de la sesión» —lo que solo encuentra explicación si se trata de documentos especialmente relevantes (45)— acompañen al acta «sin necesidad de hacer constar en ella los puntos principales de las deliberaciones». Cualquiera que haya actuado, de forma circunstancial o sostenida, como secretario de un órgano colegiado, habrá comprobado cuán tedioso y delicado puede llegar a ser dar cumplimiento a esa exigencia del contenido del acta, que queda suplida con plena fidelidad por la grabación, cuya «autenticidad e integridad» debe certificar el secretario, lo que solo podrá hacer por refrendo de los certificados técnicos que se le presenten por los responsables de aquella, salvo que sea fruto de un proceso técnico que el propio secretario haya podido manejar (46). Con todo, una referencia a los intervinientes en cada punto en el acta redactada parece más que conveniente, siquiera sea como guion, para evitar que esta fórmula se presente más como un recorte que como una ampliación de la virtualidad del acta como documento que da fe de lo acontecido en cada sesión.

La ventaja en términos de fidelidad de la grabación a los efectos de su integración en el acta —no si se utiliza como mero elemento auxiliar para su preparación, siendo posteriormente destruida— lleva como contrapeso la carga de la debida garantía del cumplimiento de las normas de protección de datos, ahora recogidas en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo, General de Protección de Datos y, en orden interno, por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de garantía de derechos digitales (47). No lo hace expreso la LRJSP, pero se hace evidente a la vista de la —por otra parte, lógica— precisión de que la grabación deberá «conservarse de forma que se garantice la integridad y autenticidad de los

(45) Téngase en cuenta que, planteando como plantea la ley que la convocatoria se produzca por medios electrónicos como regla, toda la documentación aportada para la sesión será propiamente documentación electrónica. No tiene sentido, pues, asumir que toda esa documentación deba formar —por definición— parte del acta, como no se exigía en la redacción del art. 27.1 de la Ley 30/1992 para la documentación en papel. Y ello con independencia de la debida custodia por el secretario de toda la documentación de las sesiones, sea en formato electrónico o analógico.

(46) Existen, de hecho, soluciones informáticas *ad hoc*, como la que particularmente para las Entidades Locales se ilustra en <http://videoacta.es/>.

(47) R.O. BUSTILLO BOLAÑO (2019) muestra sus recelos frente a las grabaciones a la luz de dicha normativa, por dudar de que el correspondiente tratamiento sea necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento, en los términos de lo que habilita el art. 6.1.e) del Reglamento, y en función de los principios de minimización y proporcionalidad. Este último argumento de crítica es, sin duda, más suscribible que el primero.

ficheros electrónicos correspondientes y el acceso a los mismos por parte de los miembros del órgano colegiado», en exigencia que se extiende igualmente a los «documentos en soporte electrónico» que se hubieran utilizado, lo que obliga a insistir en el matiz previo al respecto.

En coherencia con lo anterior, y siendo lo grabado objeto, por sí mismo, de la protección del derecho a la propia imagen —incluso aunque la grabación fuera solo de audio, tal y como tiene reconocido el Tribunal Constitucional (STC 117/1994, de 5 de abril, FJ 3, recordada recientemente por la 25/2019, de 25 de febrero, FJ 4.b)—, todo aconseja que, a pesar de que la LRJSP habilita por sí misma la posibilidad de grabar, tal opción —incluso si es meramente auxiliar— se concrete en el reglamento del órgano o, en su defecto, en un acuerdo del mismo, en el que quede constancia de los extremos técnicos de las grabaciones y los referentes, en su caso, al archivo y custodia de las mismas, y al modo de ejercicio de los derechos de acceso por parte de los miembros del órgano; sobremanera si se plantea la difusión de las sesiones como pretendido mecanismo de transparencia (48).

En una primera impresión, la incorporación de la grabación al acta debería bastar por sí misma para suplir el derecho a que en ella conste la «transcripción íntegra» de la propia intervención o propuesta que el art. 19.5 LRJSP reconoce a los miembros de los órganos colegiados de la AGE, del mismo modo que se contempla el derecho a que conste el voto contrario, la abstención y los motivos que la justifiquen o el sentido del voto favorable (49). Frente al antecedente art. 26.5 de la Ley 30/1992 —declarado inconstitucional—, el vigente 19.5 LRJSP incluye como única novedad, si bien solo para la AGE, que, existiendo grabación aneja al acta, el miembro requirente no está

(48) E. CARBONELL PORRAS (2016: 252-253), se muestra reacia a la grabación de las sesiones, vinculando sus argumentos con el carácter público o no de la sesión. La grabación de la sesión es, con todo, independiente del carácter público o no de las sesiones y, como advertimos, ni siquiera implica necesariamente su integración en el acta y, consiguientemente su custodia, menos aún la difusión de lo grabado, incluso en tiempo real a través de tecnología *streaming*. Lo que no impide apreciar que el hecho mismo de la grabación y, sobremanera el carácter público de las sesiones, condiciona la *libertad* con la que deben producirse las deliberaciones. En estos términos, una mal entendida transparencia puede animar —incluyendo en ocasiones intenciones nada inocentes— a favorecer la difusión de las sesiones. Algo en lo que el referente de los órganos parlamentarios y, *mutatis mutandi*, de los Plenos municipales, en absoluto es extrapolable automáticamente, faltando como falta en los órganos administrativos colegiados, al menos en vía de principio, el principio representativo.

(49) Solo en estos casos, a petición del propio miembro que solicita que así conste en el acta, la correspondiente «información» es accesible al amparo de la Ley 19/2013, de 19 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, tal y como ha tenido reciente ocasión de aclarar el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de enero de 2020 (ROJ 140/2020), dictada en relación con determinado acuerdo adoptado por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

obligado a aportar 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». De lo que se extrae que se sigue reconociendo el derecho a que conste expresamente en la redacción del acta la transcripción íntegra de la intervención o propuesta de cualesquiera de los miembros que así lo soliciten —así como el sentido del voto o la abstención—, aun cuando exista una grabación y esta se haya incorporado al acta, lo que responde razonablemente a la intención de respetar la inmediatez y claridad con la que de este modo se garantiza la referencia a la posición defendida, sin tener que acudir a la grabación para espigarla. Y ello sin descartar que la propia grabación pueda no ser hábil al respecto (50).

El vigente art. 19.5 LRJSP asume para la exclusiva aplicación a la AGE idéntica previsión a la que contemplaba con carácter básico el derogado 27.3 de la Ley 30/1992 —declarado inconstitucional— acerca del derecho de cualquier miembro que discrepe del acuerdo mayoritario a formular voto particular por escrito en el plazo de dos días, advirtiendo que tal voto «se incorporará al texto aprobado». Expresión ésta equívoca que puede entenderse referida al acta, al acuerdo o —más oportunamente— a ambos, lo que conecta con la emisión de certificados de acuerdos, que puede ser previa o posterior a la aprobación del acta en los términos que pasamos a describir.

Para la aprobación del acta la LRJSP introduce también una novedad basada en la utilización de medios electrónicos. Manteniéndose el criterio, ya contemplado en el art. 27.5 de la Ley 30/1992 —declarado inconstitucional—, de que el acta de cada sesión puede aprobarse en la misma reunión o en la inmediata siguiente, el art. 18.2 concibe para el primer caso lo que llamaríamos una «aprobación en diferido». A tal efecto, el secretario remitirá el acta a los miembros a través de medios electrónicos, y mediante los mismos medios aquéllos podrán manifestar «su conformidad o reparos al texto, a efectos de su aprobación, considerándose, en caso afirmativo, aprobada en la misma reunión». Aunque no sea explícito al respecto, hay que entender que para que este procedimiento sea eficaz, el secretario debe otorgar un plazo a los miembros entendiendo que el silencio implica aquiescencia y los reparos —que no negativas— deben ser trasladados a los demás miembros en la que medida en que vayan más allá de una corrección de errores materiales o aritméticos, siendo así que debe entenderse que una sola negativa impide la aprobación del acta por este procedimiento, debiendo posponerse la misma a

(50) En la grabación de la sesión de un órgano numeroso, en los supuestos de voto a mano alzada, no es en absoluto improbable que la grabación no permita por sí misma documentar la posición adoptada por cada uno de los miembros en el momento de la votación, por lo que no puede entenderse que la grabación, *per se*, haga innecesaria la posibilidad de exigir que se haga constar específicamente en el acta.

la siguiente sesión del órgano. Todo lo cual determina que este será sin duda un procedimiento excepcional.

De forma bien llamativa, el art. 19.5 de la misma Ley, en su penúltimo párrafo, solo para los órganos colegiados de la AGE, parece contemplar una opción *analógica* de esta aprobación en diferido al precisar que «se considerará aprobada en la misma sesión el acta que, con posterioridad a la reunión, sea distribuida entre los miembros y reciba la conformidad de éstos *por cualquier medio* del que el secretario deje expresión y constancia». Un supuesto de desvinculación por el legislador estatal de las propias bases que rompe, además, con la lógica general de generalización del uso de medios electrónicos que, como veremos inmediatamente, se aplica también a la emisión de certificados de acuerdos.

Sobre esta cuestión de las certificaciones de acuerdos la LRJSP incorpora algunas novedades que no se agotan en la regla de su emisión mediante medios electrónicos. El art. 17.7 reconoce expresamente —frente al art. 26.5 de la Ley 30/1992, declarado inconstitucional— que estos certificados pueden ser requeridos por cualquiera que acredite la titularidad de un interés legítimo, e incorpora como única excepción a la regla de su emisión electrónica que el interesado manifieste expresamente lo contrario y no esté obligado a relacionarse con la Administración por vía electrónica, lo que obliga a acudir —en lectura inversa— al art. 14 de la Ley 39/2015. Se plantea así, en vía de principio, como una obligación para el secretario del órgano colegiado *emitir* electrónicamente —no simplemente comunicar— los certificados, lo que le exigirá el empleo de firma electrónica y el cumplimiento de los demás requisitos especificados en el art. 26 de aquélla.

Es de advertir, finalmente, que la precisión que contenía el art. 26.5 de la Ley 30/1992 sobre la posibilidad de emitir certificados de acuerdos adoptados en sesiones cuyas actas no hubieran sido todavía aprobadas, haciéndolo constar así expresamente —y que fue censurada por el TC por exceder de las bases— se contiene ahora en los dos últimos párrafos del art. 19.5 LRJSP limitadamente para los órganos colegiados de la AGE.

IV. ALGUNA REFLEXIÓN FINAL

Quedan así analizadas las novedades que introdujo hace cinco años la LRJSP en punto al posible funcionamiento electrónico de los órganos administrativos colegiados. Novedades que, planteadas —insistimos— como una posibilidad abierta a las Administraciones para la gestión de su órganos de composición plural, apenas habían encontrado aplicación en los cuatro años transcurridos desde la entrada en vigor de la Ley fijada por su disposición final decimoctava, pero se han mostrado en este momento imprescindibles para permitir la con-

tinuación del funcionamiento de múltiples órganos colegiados de las distintas Administraciones Públicas para el necesario ejercicio de sus competencias.

En este momento solo se puede especular acerca de cuánto pueda llegar a consolidarse la práctica total o parcialmente electrónica de los órganos colegiados una vez se vuelva a la nueva o vieja «normalidad» cuando terminen las circunstancias de confinamiento. Quizás el anhelo de *presencialidad* por el que aboga de forma tan elocuente el Tribunal Constitucional en su sentencia 19/2019 abjure de estas fórmulas, sin perjuicio de que puedan resultar nuevamente imprescindibles si razones de salud pública vuelven a exigir periodos de distanciamiento social. O quizás desde un punto de vista gerencial se las reconozca como un hallazgo para la eficiencia. Pero de lo que no cabe duda es de que su aplicación extensiva en estos extraños tiempos que nos ha tocado vivir va a permitir poner de manifiesto las fortalezas y debilidades de una opción que, con todo, no deja de ser una manifestación más de la plena incorporación de la tecnología de la comunicación a nuestras vidas y, por ende, a la vida de las Administraciones Públicas. Algo que nos hace cada vez más dependientes, ahora y en el futuro, a ciudadanos y Administraciones, de la informática y la tecnología y, consecuentemente, de las empresas y técnicos que las gestionan, lo que obliga a redoblar, desde el Derecho —y hasta dónde se pueda— las imprescindibles garantías.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALAMILLO DOMINGO, I. y VALERO TORRIJOS, J. (2020): «La continuidad del gobierno municipal y la administración electrónica como medida de contingencia en la crisis SARS-CoV-2/COVID-19», *Diario La Ley* 3318/2020.
- BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (2019): «Los acuerdos de los órganos colegiados», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 200, pp. 111-146.
- CARBONELL PORRAS, Eloísa (2016): «Regulación de los órganos colegiados», en LÓPEZ MENUDO, F. (Dir.), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Sevilla, Universidad de Sevilla, pp. 235-263.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (2006): *Órganos colegiados electrónicos: el uso de las TIC en el funcionamiento de los órganos colegiados de la Administración*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2006.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2018): *Sistema de Derecho Administrativo*, Vol. I, 4ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco (1999): «Una sentencia constitucional que hace ligeros retoques a la Ley 30/1992», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 102, pp. 259-264.

- TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel (2011): «Los órganos colegiados en el momento presente», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 150, pp. 299-330.
- VALERO TORRUJOS, Julián (2001): «Las bases del régimen jurídico de los órganos administrativos colegiados en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (Comentario a la STC 50/1999, de 6 de abril)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 154, pp. 255-278.
- (2017): «Los órganos administrativos», en GAMERO CASADO, Eduardo (Dir.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 2705-2753.