

**LIMITACIONES DEL GOBIERNO EN FUNCIONES EN LA
CONSTITUCIÓN Y EN LA REGULACIÓN ESTATAL.
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. REGULACIÓN
AUTONÓMICA.**

Fernando Luque Regueiro (Letrado de la Comunidad de Madrid)¹

¹ En la actualidad ocupa el puesto de Subdirector General de lo Consultivo en la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

Resumen

El presente trabajo pretende ofrecer una visión global de la regulación del Gobierno en funciones, desde sus bases constitucionales, su regulación en el ámbito estatal con un análisis de su interpretación jurisprudencial, y su enfoque en los ordenamientos autonómicos.

Abstract

The present work aims to offer a global vision of the regulation of the acting Government, from its constitutional bases, its regulation at the State level with an analysis of its jurisprudential interpretation, and its focus on the autonomous laws.

I. Limitaciones del Gobierno en funciones en la Constitución y en la regulación estatal.

La expresión “*en funciones*” alude inevitablemente a una idea de interinidad o provisionalidad. Entronca con un periodo temporal extraordinario y preferiblemente breve, que comienza con la finalización de un determinado estadio que se extingue y termina con el comienzo de otro.

En el ámbito estatal, el Gobierno principia en funciones con su cese que, según el artículo 101.1 de la Constitución Española, se produce tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de la confianza parlamentaria previstos en la Constitución, o por dimisión o fallecimiento de su Presidente.

En los ordenamientos autonómicos se añaden otras causas de cese, como el supuesto de incapacidad del Presidente. Y algunos mencionan también otros supuestos derivados de condena penal, inhabilitación, incompatibilidad o pérdida de la condición de diputado por parte del Presidente².

En la Comunidad de Madrid³ se señalan las previstas en el artículo 101.1 más la incapacidad del Presidente, matizando su Ley de Gobierno que esa incapacidad ha de ser permanente⁴.

El artículo 101.2 de la Constitución se cuida de imponer al Gobierno cesante el deber de continuar en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno. Nos situamos “*ante una exigencia constitucional bien explícita: el Gobierno cesante debe*

² Así se expone en “La permanencia en funciones del Gobierno en los ordenamientos autonómicos”. Fernando Reviriego Picón y Jorge Alguacil González-Aurioles. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid. Nº 22. 2010.

³ En este sentido el artículo 24.1 del Estatuto de la Comunidad de Madrid, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero.

⁴ La Ley 1/1983, de 13 de diciembre, del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, señala en su artículo 20 que “*el Consejo de Gobierno cesa tras la celebración de elecciones a la Asamblea, en los casos de pérdida de la cuestión de confianza, aprobación de moción de censura, dimisión, incapacidad permanente y fallecimiento del Presidente. El Consejo de Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Consejo de Gobierno*”.

seguir gobernando hasta que sea sustituido efectivamente por el nuevo. La Constitución es tajante, ordena al Gobierno que continúe ejerciendo sus funciones tras su cese y no excluye expresamente ninguna de entre las que quiere que sigan siendo ejercidas. Se comprende sin dificultad que España no puede quedarse sin Gobierno ni siquiera unas horas”⁵.

A nadie se le escapa que la razón de ser de dicho mandato es la intención evidente de evitar un vacío de poder⁶ asegurando “*en todo momento la continuidad del funcionamiento de la Administración y de la acción de gobierno*”⁷.

Sin embargo, la Constitución omite cualquier referencia a las posibles limitaciones reductoras de las prerrogativas del Gobierno en funciones.

Tanto el artículo 101 como el artículo 97 son silentes al respecto. En el segundo precepto se justifica tal omisión porque ha de sobreentenderse que su objeto se ciñe a describir los poderes del Gobierno en un periodo ordinario, y por tanto, plenipotenciario⁸.

Estas ausencias constitucionales fueron solventadas por la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que regula por primera vez en el ámbito estatal⁹ ciertas normas referidas a esa figura en su artículo 21.

⁵ Como dice la Sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 2 de diciembre de 2005 (Fundamento Jurídico Quinto).

⁶ “*El Gobierno cesante, agrega el artículo 101.2 CE, continuará en funciones (prorrogatio del Gobierno) hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno, en una clara intención de evitar el llamado vacío de poder (horror vacui)*”. “El control parlamentario del Gobierno en funciones”. Juan Manuel Herreros López. La Ley 7182/2019.

⁷ Lo asevera la Sentencia 124/2008, de 14 de noviembre, del Tribunal Constitucional (Fundamento Jurídico 8).

⁸ Cuando el artículo 97 atribuye al Gobierno la dirección de la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado, así como el ejercicio de la función ejecutiva y la potestad reglamentaria, se está refiriendo indudablemente al desenvolvimiento del Gobierno en un periodo ordinario. Sistemáticamente el artículo 97 principia el Título IV de nuestra Carta Magna, por lo que no resulta extraño que se describan las funciones que corresponden a un Gobierno en situación de normalidad, sin necesidad de reseñar las particularidades del Gobierno en funciones (que empañaría, por otro lado, la claridad del precepto).

⁹ Después veremos que algunas leyes autonómicas ya habían acometido esta tarea en sus respectivos ordenamientos.

La existencia misma de una regulación legal limitativa del Gobierno en funciones fue cuestionada desde la perspectiva de su constitucionalidad. Recordemos en este sentido el voto particular¹⁰ concurrente a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de diciembre de 2005, donde se afirma¹¹ que ningún precepto constitucional contempla limitación expresa, ni cabe extraer tampoco limitaciones implícitas, ni se prevé habilitación para que éstas se regulen por ley¹².

En el lado opuesto se halla la posición mayoritaria de la Sala Tercera cuando argumenta que *“el hecho de que no se establezcan constitucionalmente límites explícitos a la actuación del Gobierno en funciones no quiere decir que no existan pues la propia*

¹⁰ El voto particular formulado por el magistrado Excmo Sr. D. Eduardo Espín Templado, se expresa en los siguientes términos: *“En particular y en lo que al Gobierno cesante respecta, el preámbulo de la Ley 50/1997 ya avanza que la regulación supone una novedad. El problema es que el Gobierno cesante se encuentra expresamente regulado en el artículo 101 de la Constitución y que ni allí ni en ningún otro precepto constitucional se contempla limitación expresa alguna de sus facultades, sino tan sólo la obligación positiva de continuar «en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno» y sin remisión alguna a la ley. Y resulta difícil extraer una limitación implícita al ejercicio genérico de sus potestades al Gobierno en funciones del resto de preceptos constitucionales.*

Las razones de este silencio constitucional son, a mi juicio, bastante claras, y la Sentencia del Pleno menciona dos de ellas aunque sin extraer las debidas consecuencias: por un lado, la imposibilidad de que el Estado se encuentre en ningún momento con un Gobierno «limitado»; por otro, la enorme diversidad de situaciones constitucionales comprendidas bajo el concepto de un Gobierno en funciones según el artículo 101.1 de la Constitución (elecciones generales --con o sin cambio de mayoría parlamentaria--, dimisión --que puede ser por enfermedad y no por dificultades políticas o parlamentarias-- o fallecimiento del Presidente, y pérdida de la confianza parlamentaria). A lo cual hay que añadir una tercera y decisiva razón, que es la opción de la Constitución de reservar a la dinámica de las relaciones entre los poderes constitucionales un ámbito, esencial en un régimen parlamentario, que el legislador no puede reducir ni reconducir a una decisión judicial. Es decir, que en caso de adoptar un Gobierno en funciones decisiones que la corrección política y parlamentaria aconsejaba dejar al futuro Gobierno, en defecto de previsión constitucional expresa deben ser el control parlamentario y la apelación al electorado los medios a emplear para denunciar semejante comportamiento”.

La reducción de ese ámbito constitucionalmente reservado al juego político y parlamentario implicaría, llevado al límite, una renuncia de la política que socava los fundamentos del régimen constitucional democrático”.

¹¹ Reza literalmente lo siguiente: *“el Gobierno cesante se encuentra expresamente regulado en el artículo 101 de la Constitución y que ni allí ni en ningún otro precepto constitucional se contempla limitación expresa alguna de sus facultades, sino tan sólo la obligación positiva de continuar «en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno» y sin remisión alguna a la ley. Y resulta difícil extraer una limitación implícita al ejercicio genérico de sus potestades al Gobierno en funciones del resto de preceptos constitucionales”.*

¹² El referido voto particular continua explicando las razones de dicho silencio constitucional: la imposibilidad de que el Estado se encuentre en ningún momento con un Gobierno «limitado»; diversidad de situaciones constitucionales comprendidas bajo el concepto de un Gobierno en funciones según el artículo 101.1 de la Constitución; y una tercera, decisiva, en opinión del magistrado, y es que es la opción de la Constitución de reservar a la dinámica de las relaciones entre los poderes constitucionales un ámbito, esencial en un régimen parlamentario, que el legislador no puede reducir, de modo que dicho de juego de poderes tan solo reclama que las decisiones del Gobierno en funciones estén sujetas al correspondiente control parlamentario. Concluye finalmente la necesidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad del artículo 21.3.

*naturaleza de esta figura, cesante y transitoria, conlleva su falta de aptitud para ejercer la plenitud de las atribuciones gubernamentales”*¹³.

Dejando a un lado las dudas sobre su constitucionalidad¹⁴, el Gobierno en funciones se contempla, como decíamos, en el artículo 21 de la Ley del Gobierno. Comienza reiterando las mismas causas de cese del Gobierno previstas en el artículo 101.1 añadiendo, en su apartado segundo, que el periodo de cesantía se extiende hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno, y ordena al Gobierno interino continuar en funciones hasta dicha fecha, si bien subyugado por las limitaciones establecidas en la ley (las referidas en los apartados posteriores).

Así, el apartado tercero manda al Gobierno en funciones facilitar el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes al mismo, para, a continuación, prescribir que en dicho periodo deberá limitar su gestión al “*despacho ordinario de los asuntos públicos*”. Esa norma cobra excepción en casos de urgencia o por razones de interés general¹⁵ (cuya concurrencia debe estar debidamente acreditada y justificada), conceptos que deben interpretarse de manera restrictiva¹⁶. En

¹³ Se era consciente, no obstante, de las dificultades derivadas del apuntado silencio constitucional, y por eso se señala que “*el silencio del artículo 101 del texto fundamental sobre las eventuales restricciones del cometido del Gobierno en funciones después de haber impuesto su existencia e, incluso, el hecho de que no se remita a tal efecto a la Ley, a diferencia de lo que hace en otras hipótesis, nos han de advertir sobre el sumo cuidado con el que ha de afrontarse la tarea de definir qué es lo que no puede hacer*”.

¹⁴ Aunque debe reconocerse que la Sentencia del Tribunal Constitucional 124/2018, de 14 de noviembre, que trata colateralmente la figura del Gobierno en funciones y alude a su regulación estatal, no siembra sospecha alguna sobre su posible inconstitucionalidad.

¹⁵ “*Sobre este particular, la opción que ha previsto la LG, con la incorporación de la causa habilitante «por razones de interés general», supone la introducción de un concepto jurídico indeterminado que podría permitir una interpretación muy amplia de las atribuciones del Gobierno en funciones. Este riesgo ha sido advertido por la doctrina hasta el punto de considerar que el inciso podría consentir una interpretación constitucional por la que el Gobierno no habría de ver restringido su ámbito su ámbito de actuación*”, en “Las atribuciones del Gobierno en funciones”. Marc Carrillo. Revista Española de Derecho Constitucional. 109, págs.121-154.

¹⁶ “*La posibilidad de que el Gobierno en funciones invoque razones de urgencia o de interés general para adoptar medidas que impliquen nueva orientación política es excepcional y, por tanto, de interpretación restrictiva, lo que le obliga a justificar y explicitar suficiente y adecuadamente las razones de urgencia o interés general que pueda esgrimir. El criterio de ponderación debiera ser en estos casos el perjuicio grave e irremediable que se ocasionaría de no actuar el Gobierno en funciones*”. “El Gobierno en funciones: límites y control parlamentario”. Juan Manuel Herreros López. La Ley 5426/2017. También critica el mismo autor en dicho trabajo la alternativa empleada en el precepto: “*esta excepcionalidad que venimos subrayando contrasta, no obstante, con el carácter alternativo con el que aparecen la urgencia y el interés general en la dicción literal del art. 23.1 de la Ley del Gobierno, por la que el Gobierno en funciones podría adoptar medidas que impliquen nueva orientación política, bien concurriendo razones de urgencia, bien concurriendo razones de interés general. Creemos que lo más correcto hubiera sido exigir acumulativamente la concurrencia de razones de urgencia y de interés general*”.

tales circunstancias se podrán adoptar, por tanto, otras cualesquiera medidas, aunque excedan del “*despacho ordinario de asuntos públicos*”.

Asimismo, se establecen unas prohibiciones absolutas, inamovibles incluso si mediara urgencia o concurrieran razones de interés general (art. 21.4), vetando al Presidente ciertas facultades atinentes a la relación fiduciaria entre el Gobierno y las Cámaras o con la ciudadanía. No podrá, en este sentido, proponer al Rey la disolución de alguna de las Cámaras, o de las Cortes Generales; ni plantear la cuestión de confianza; ni proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo (todos ellos instrumentos tendentes a recuperar una confianza parlamentaria ya mermada o a confirmar la confianza ciudadana).

Se priva igualmente al Gobierno (art. 21.5) de determinadas facultades de clara dirección política, como aprobar el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, o la iniciativa legislativa en general.

Finalmente se impone, en su apartado sexto, la suspensión de las delegaciones legislativas otorgadas al Gobierno por las Cortes Generales, aunque sólo si causa del cese es “*consecuencia de la celebración de elecciones generales*”.

Se ha criticado el empleo excesivo de conceptos jurídicos indeterminados (*despacho ordinario, urgencia, interés general*) que desatienden la seguridad jurídica pero que, no ha de olvidarse, favorecen una aplicación no encorsetada del precepto, pudiendo acomodarse a las circunstancias concurrentes en cada supuesto¹⁷.

¹⁷ “García Herrera apuntaba que el establecimiento de estos lindes mediante conceptos jurídicos indeterminados presenta dificultades interpretativas y ello redundaría en una cierta «dosis de inseguridad conceptual y aleja toda pretensión de disponer parámetros seguros que consientan una respuesta certera». Pero a su vez representan «criterios flexibles susceptibles de abarcar situaciones diversas». El reto consiste en «obtener parámetros interpretativos racionales que permitan alcanzar una cierta previsibilidad en la aplicación de unos límites jurídicos que no por ser difusos deben dejarse de aplicar». Cita apuntada en “La permanencia en funciones del Gobierno en los ordenamientos autonómicos”. Fernando Reviriego Picón y Jorge Alguacil González-Auriolas. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid. Nº 22. 2010. Pág. 332.

II. Doctrina del Tribunal Supremo sobre el concepto “*despacho ordinario de los asuntos públicos*”. Sentencia de 2 de diciembre de 2005 *versus* Sentencia de 20 de septiembre de 2005.

En la evolución de la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 21 de la Ley del Gobierno se presentan dos posiciones: la primera vierte una interpretación restrictiva de lo que puede acometer un Gobierno en *prorrogatio* (Sentencia de la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 20 de septiembre de 2005); la segunda corrige ese criterio, propugnando una interpretación más flexible, ampliando el ámbito de actuación permitido (Sentencia del Pleno de esa misma Sala Tercera, de 2 de diciembre de 2005 y las posteriores).

La primera vez que el Tribunal Supremo se pronuncia sobre el alcance del concepto “*despacho ordinario de los asuntos públicos*” lo hace con ocasión de la impugnación de un acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado en funciones, que resolvió conceder una extradición pasiva (ya considerada procedente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional).

La argumentación de la Sentencia de 20 de septiembre de 2005 es doble, pero en lo que aquí concierne¹⁸ se apuesta por una interpretación restrictiva del artículo 21, entendiendo por “*despacho ordinario de los asuntos públicos*” la “*gestión administrativa ordinaria ausente de valoraciones y decisiones en las que entren criterios políticos salvo que se motive debidamente la urgencia o las razones de interés general que justifiquen la adopción de medidas de otra naturaleza*”¹⁹.

El sustrato de esta interpretación no se desarrolla ciertamente en la sentencia de referencia, pero puede inferirse de la lectura de uno de los votos particulares formulados a la posterior Sentencia de 2 de diciembre de 2005²⁰ (en el que participó quien fue ponente

¹⁸ Dejamos a un lado el argumento relacionado con la normativa rectora de la extradición pasiva.

¹⁹ Como en el acuerdo impugnado no mediaba urgencia ni se apreciaban razones de interés general, se concluyó que el Gobierno se extralimitó al resolver sobre la extradición pasiva.

²⁰ Voto particular formulado por los magistrados Excmos. Sres. D. José Manuel Sieria Míguez, D. Enrique Lecumberri Martí, y la magistrada Excmo. Sra. Dña. Margarita Robles Fernández, al que se adhieren los magistrados Excmos. Sres. D. Jesús Ernesto Peces Morate y D. Emilio Frías Ponte.

en la Sentencia de 20 de septiembre). Se fundamenta en la clásica distinción entre actos políticos y actos administrativos del Gobierno, y dentro de éstos, en la diferenciación entre actos administrativos ordinarios (sin contenido o valor político) y actos administrativos no ordinarios, en cuanto implican una opción con contenido o valor político. Cabe presumir que el acto allí enjuiciado (la concesión de extradición pasiva) se consideró subsumido en estos actos administrativos no ordinarios, que son, junto con los políticos, los que en definitiva, según el criterio de la sentencia, no puede adoptar el Gobierno en funciones, salvo en caso de urgencia o por razones de interés general²¹.

Poco tiempo después, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 2 de diciembre de 2005, resolvió otro asunto de la misma índole (en este caso, se conoce de la denegación de una petición de indulto por el entonces Gobierno en funciones). Se cambia radicalmente el criterio interpretativo que acabamos de exponer²², no sin gran debate interno, como lo demuestran los cinco votos particulares formulados²³ y la preocupación de la mayoría de la Sala por justificar el giro jurisprudencial que se realizaba²⁴.

El cambio de postulado se resume de forma muy ilustrativa en el Fundamento de Derecho Duodécimo, cuando apunta que *“no es la presencia de una motivación o juicio políticos lo que excede a la gestión ordinaria de los asuntos públicos a la que se refiere*

²¹ En sentido muy parecido el voto particular formulado por el magistrado Excmo. Sr. D. Manuel Garzón Herrero. Lo expone en los siguientes términos: *“en definitiva, el gobierno en funciones tiene vedados, en todo caso, los actos que el artículo 21 de la Ley 50/97 prohíbe y los de dirección política; una segunda categoría serían los actos ordinarios constitutivos de la función administrativa cuya realización le está permitida, y, finalmente, los actos de esta naturaleza administrativa de especial relevancia, también serían de su competencia, por razones de urgencia e interés público debidamente justificadas”*.

²² La Sentencia de 20 de septiembre de 2005 *“vino a ser objeto de un claro overruling (más o menos disimulado, pero no por ello menos contundente)”*. “La Actuación del Gobierno en funciones y su control jurisdiccional y político: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de noviembre de 2018”. Alejandro Torres Gutiérrez. Civitas Europa 2019/1 (nº42). Ireee/Université de Lorraine.

²³ En total, expresaron su desacuerdo con la argumentación de la sentencia nueve de los veintisiete magistrados que conformaban el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

²⁴ En efecto, se entendió necesario justificar este viraje interpretativo en su Fundamento de Derecho Duodécimo: *“es preciso explicar la relación que guarda esta Sentencia con la que dictó la Sección Sexta de esta Sala el 20 de septiembre de 2005”*, y se señala eufemísticamente que *“de este modo, damos un nuevo paso en el proceso de definición, a partir de las previsiones constitucionales y legales, del estatuto del Gobierno en funciones. La Sentencia de 20 de septiembre de 2005 abrió el camino para precisarlo, afrontando cuestiones antes no resueltas por la jurisprudencia, pues las ha planteado una Ley reciente que utiliza conceptos necesitados de interpretación. Precisamente, por eso, podemos ahora, tras un examen detenido de los problemas y argumentos puestos de manifiesto entonces, así como de los que ahora se han suscitado y de las normas y los principios constitucionales aplicables, avanzar en esa tarea para llegar a las conclusiones que se han explicado”*.

ese precepto (el artículo 21.3), sino la adopción de decisiones que, por su contenido en las circunstancias concretas en las que se toman, impliquen una nueva orientación política o condicionen, comprometan o impidan la que deba adoptar el nuevo Gobierno”.

La sentencia comienza su argumentación con el análisis de la función constitucional del Gobierno (Fundamento de Derecho Octavo). Se afirma que la función que le corresponde *“no es otra que la dirección de la política interior y exterior y, en estrecha relación con ella, la defensa del Estado. Esos son los cometidos con los que el artículo 97 de la Constitución singulariza la función gubernamental y para cuya realización atribuye al órgano Gobierno la dirección de la Administración Civil y Militar y le encomienda la función ejecutiva y la potestad reglamentaria”.*

No comparten esta premisa dos de los votos particulares formulados²⁵, al considerar que no hay subordinación ni instrumentalidad entre las funciones enumeradas en el artículo 97, sino que todas se hallan en un mismo plano de igualdad.

La sentencia sigue argumentando que *“la dirección de la política general, que es la misión principal del Gobierno, trae causa del programa que el candidato a su*

²⁵ Por un lado, el voto formulado por el magistrado Excmo. Sr. D. Agustín Puente Prieto apunta al efecto que *“en la configuración del Gobierno en la Constitución no es que, como se afirma en la sentencia, al Gobierno se le atribuya por ésta como misión exclusiva, o al menos primaria, la dirección de la política interior y exterior y en estrecha relación con ella la defensa del Estado, puesto que con ello no se singulariza la función gubernamental, ya que al mismo corresponde también la dirección de la Administración civil y militar, sin que esta segunda función pueda entenderse --como parece hacerlo la sentencia--, como un mero instrumento para la realización de la primera, puesto que la redacción del artículo 97 en sus términos literales no responde a esa interpretación y en él se sitúan ambas funciones en plano de igualdad sin subordinación instrumental de la segunda a la primera”.*

En el mismo sentido, el voto particular formulado por los magistrados Excmos. Sres. D. José Manuel Sieria Míguez, D. Enrique Lecumberri Martí, y la magistrada Excma. Sra. Dña. Margarita Robles Fernández, al que se adhieren los magistrados Excmos. Sres. D. Jesús Ernesto Peces Morate y D. Emilio Frías Ponte, cuando señala que *“no compartimos la tesis mayoritaria de que la función de Dirección de la Administración es un instrumento al servicio de la Dirección Política y la Defensa del Estado. Las tres funciones dirección de la política interior y exterior, dirección de la Administración y defensa del Estado son situadas en la Constitución como funciones del Gobierno sin subordinación de una a otra, por tanto es función del Gobierno tanto la dirección de la política interior y exterior como la dirección de la Administración y la defensa del Estado. Las tres son funciones esenciales e interrelacionadas entre sí, de tal manera que las dos primeras deben responder a la finalidad de defensa del Estado. El funcionamiento de la Administración, sin perjuicio de los principios de objetividad al servicio de los intereses generales y sometimiento a la Ley y al Derecho que proclama el artículo 103, ha de servir para la obtención de los objetivos establecidos por la política interior y exterior. La dirección política debe facilitar el cumplimiento por la Administración de los principios establecidos en el artículo 103 de la Constitución. No creemos en consecuencia que pueda sostenerse que las funciones del Gobierno se concretan solo en la dirección de la política y la defensa del Estado prescindiendo de la dirección de la Administración que le encomienda así mismo el artículo 97 de la Constitución”.*

Presidencia defendió ante el Congreso de los Diputados y mereció el apoyo de su mayoría". Pero esa dirección política para la que inicialmente se obtuvo la confianza de la Cámara puede variar durante el ejercicio de su mandato²⁶, porque la relación de confianza se puede seguir renovando. Ahora bien, cuando se extingue esa relación fiduciaria (con el cese del Gobierno) finaliza correlativamente la posibilidad de reorientar esa dirección política, ya que en ese mismo momento se limita el contrapeso personificado en el haz de controles parlamentarios²⁷.

Sobre tales presupuestos la Sentencia concluye que *"el Gobierno en funciones ha de continuar ejerciendo sus tareas sin introducir nuevas directrices políticas ni, desde luego, condicionar, comprometer o impedir las que deba trazar el que lo sustituya"* (Fundamento de Derecho Octavo). Se añade finalmente la necesidad de examinar caso por caso, ateniendo a las circunstancias concurrentes y a las eventuales consecuencias de la decisión que se pretende adoptar²⁸.

Como corolario, el Fundamento de Derecho Noveno precisa que la expresión *"el despacho ordinario de los asuntos públicos (...) no es el que no comporta valoraciones políticas o no implica ejercicio de la discrecionalidad. Tampoco el que versa sobre decisiones no legislativas, sino el que no se traduce en actos de orientación política"* –en verdad debería haber dicho *de nueva* orientación política, para así guardar coherencia con la argumentación previa y con la subsiguiente- apostillando que *"el Gobierno en funciones ha de continuar ejerciendo sus tareas sin introducir nuevas directrices*

²⁶ *"Naturalmente, ese marco político de actuación no queda definitivamente fijado en ese momento y puede suceder que, por distintas razones, el Gobierno llegue a apartarse en diversa medida de la línea aprobada en el momento de la investidura. El sistema parlamentario permite una actualización permanente de la relación de confianza a través de su normal desenvolvimiento o con el recurso a algunas instituciones previstas en la Constitución como el referéndum consultivo (artículo 92) o la cuestión de confianza (artículo 112). En cualquier caso, mientras persista la relación de confianza entre el Congreso de los Diputados y, a través de su Presidente, el Gobierno, a éste corresponde la dirección política de España"*.

²⁷ *"gobernar para la Constitución, es dirigir el país a partir de las orientaciones definidas por el Presidente del Gobierno (artículo 98.2 de la Constitución) con el apoyo de la mayoría parlamentaria formada democráticamente por los españoles"*, por lo que *sensu contrario*, *"si esto es lo que debe hacer el Gobierno que se forma, es, al mismo tiempo, lo que no puede hacer el Gobierno en funciones porque el cese ha interrumpido la relación de confianza que le habilita para ejercer tal dirección"*.

²⁸ *"El cese priva a este Gobierno de la capacidad de dirección de la política interior y exterior a través de cualquiera de los actos válidos a ese fin, de manera que será preciso examinar, caso por caso, cuando surja controversia al respecto, si el discutido tiene o no esa idoneidad en función de la decisión de que se trate, de sus consecuencias y de las circunstancias en que se deba tomar"*.

políticas ni, desde luego, condicionar, comprometer o impedir las que deba trazar el que lo sustituya”.

Para reforzar la interpretación sostenida, la sentencia busca un segundo apoyo en la intencionalidad del propio legislador manifestada en el artículo 21, que contiene proscricciones referidas a actuaciones en las que subyace una clara idea de orientación política, siendo ésta precisamente la causa de la prohibición.

Se alude concretamente al artículo 21.5, que impide al Gobierno en funciones lo que la sentencia califica como *“principales instrumentos de orientación política”*, como aprobar el anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado y la iniciativa legislativa en general²⁹.

También se apoya en el artículo 21.6, que, como sabemos, deja en suspenso las delegaciones legislativas mientras el Gobierno esté en funciones, pero sólo en el caso de haberse celebrado elecciones generales. Al introducir el precepto una diferencia de régimen jurídico en atención a la causa determinante de la entrada en funciones del Gobierno, se refuerza, según la sentencia, la consideración antes realizada *“sobre la necesidad de examinar caso por caso y asunto por asunto los que han de considerarse incluidos en el despacho ordinario (...)”*.

Finalmente, anuda la referida orientación política a las facultades referidas en el artículo 21.4 en cuanto veda al Presidente en funciones instar los instrumentos referidos a las relaciones fiduciarias ya apuntados anteriormente.

Después de exponer estos argumentos, se reitera la conclusión ya señalada, y se enfatiza de nuevo la importancia de la valoración casuística, de modo que *“esa cualidad que excluye a un asunto del despacho ordinario ha de apreciarse, caso por caso,*

²⁹ Así lo explica: *“los Presupuestos Generales del Estado no son sino la traducción en términos de ingresos y gastos de la dirección política que el Gobierno quiere llevar a la práctica en el ejercicio de que se trate. Y las leyes que, según el Preámbulo de la Constitución, son la expresión de la voluntad popular y proceden casi exclusivamente de la iniciativa gubernamental, introducen en el ordenamiento jurídico las normas que responden a las orientaciones que prevalecen en el electorado y, por tanto, en las Cortes Generales. Por eso, son uno de los cauces típicos de expresión de la orientación política decidida por el Gobierno y asumida por las Cortes Generales”*.

atendiendo a su naturaleza, a las consecuencias de la decisión a adoptar y al concreto contexto en que deba producirse” (Fundamento de Derecho Décimo in fine).

Se termina justificando su cambio de posición interpretativa al considerar que un criterio más restrictivo (habla del sostenido por el recurrente, pero también, sin mencionarlo, al sostenido por la Sentencia de 20 de septiembre de 2005), “*supondría situar al Gobierno de España en una posición de precariedad tal que podría impedir o dificultar que ejerciera los cometidos que la Constitución le ordena realizar, pues en pocos actos gubernamentales están ausentes las motivaciones políticas o un margen de apreciación” (Fundamento de Derecho Undécimo in fine).*

Sentado lo anterior, una vez resumida la argumentación esgrimida, y vistas sus conclusiones, no podemos dejar de reseñar ciertos puntos débiles (no anotados por los votos particulares) desde el prisma de la certeza o seguridad jurídica.

Si bien es irrefutable que el criterio novedoso de la sentencia propugna restringir durante el periodo de cesantía gubernamental sólo las actuaciones de nueva orientación política, quedan, sin embargo, dos incógnitas sin resolver.

La primera se refiere a si esas actuaciones de nueva orientación política sólo estarían prohibidas si simultáneamente “*condicionan, comprometen o impiden*” las políticas o actuaciones que deba trazar el Gobierno que lo sustituya, o por el contrario, si se trata de dos cualidades independientes de modo que sería suficiente que se diera una sola de ellas para entender prohibida la actuación.

La segunda interrogante nos hace dudar sobre si sería legal realizar esas actuaciones de nueva orientación política cuando concurren especiales circunstancias o bien atendiendo a la naturaleza misma de la actuación o a sus consecuencias, porque si bien sabemos que la Sentencia en distintos pasajes otorga especial relevancia a la valoración casuística, no se llega a afirmar ni negar que las mismas puedan llegar a predeterminar la viabilidad de la actuación de nueva orientación política en esos casos. Tampoco se concreta un marco absolutamente aquilatado que permita discernir con seguridad cuáles puedan ser esas circunstancias.

A estas dos cuestiones nos referimos a continuación.

III. Dudas que suscita la Sentencia de 2 de diciembre de 2005.

El primero de los problemas planteados se refiere al tratamiento que la sentencia otorga a las cualidades determinantes de la prohibición: el requisito de “*nueva orientación política*” y la cualidad de que “*condicione, comprometa o impida*” las políticas o actuaciones del nuevo Gobierno.

La cuestión, como decimos, no resulta clara³⁰, ya que del tramo decisorio de la sentencia podría deducirse que esas dos cualidades deben concurrir simultáneamente para que la actuación sea prohibida, mientras que los pasajes argumentativos del pronunciamiento permiten colegir que se trata de dos supuestos distintos e independientes. Es decir, que bastaría con que se apreciara una de las dos cualidades para considerar prohibida la actuación.

En este punto la jurisprudencia posterior es fluctuante. Efectivamente, los pronunciamientos de las secciones tercera y cuarta de la Sala Tercera parecen situarse en la tesis que considera que son dos supuestos distintos e independientes, sin que sea necesario, por tanto, la concurrencia de ambas cualidades, mientras que algún pronunciamiento de la Sección Quinta denota lo contrario, en el sentido de que esas dos cualidades deben concurrir simultáneamente en una actuación para concluir su prohibición.

³⁰ Los fragmentos de la sentencia extractados hasta ahora en el cuerpo del presente escrito predeterminan que se trata de cualidades independientes entre sí. Sin embargo, en la parte decisoria de la sentencia parece optarse, contradiciendo lo argumentado previamente, por el carácter cumulativo de las dos cualidades, en tanto señala que “*no tiene la entidad de los actos de orientación política que la Ley 50/1997 excluye expresamente del concepto de despacho ordinario de asuntos públicos. Si desde estas consideraciones generales pasamos al examen de las características del acuerdo impugnado, forzoso será concluir que a través de él no se produjo ninguna directriz política que condicionara, comprometiera o impidiera las que debiera tomar el nuevo Gobierno*” (el subrayado es nuestro).

La primera tesis puede inferirse de las Sentencias de 28 de mayo de 2013³¹ (Sección Cuarta), y de las Sentencias 304/2018, y 308/2018³², ambas de 27 de febrero (Sección Tercera). En la primera, después de reproducir la doctrina de la Sentencia de 2 de diciembre de 2005, se concluye que el reglamento impugnado ni implica *nueva orientación política*, ni *condicionamiento*, *compromiso* o *impedimento* para el futuro gobierno, configurándolos como parámetros desconectados. En las otras se emplea igualmente la conjunción disyuntiva “o” para separar los dos supuestos impeditivos, confirmándose también la independencia entre las dos cualidades.

La segunda tesis parece sostenerse en la Sentencia 2078/2017, de 27 de diciembre, de la Sección Quinta. En esta ocasión se valora la inexistencia de ambos parámetros de manera conjunta y acumulada³³. Así, se señala que *“si desde las anteriores consideraciones generales pasamos al examen de las características del acuerdo impugnado, forzoso será concluir que a través de él no se produjo ninguna directriz política que condicionara, comprometiera o impidiera las que debiera tomar el nuevo Gobierno surgido de las elecciones generales”*. En la misma sintonía, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (de Sevilla), de 11 de octubre de 2017³⁴. Desde

³¹ Se impugnó en esta ocasión el Real Decreto 1744/2011, de 25 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 641/2009, de 17 de abril, por el que se regulan los procesos de control de dopaje y los laboratorios de análisis autorizados, y por el que se establecen medidas complementarias de prevención del dopaje y de protección de la salud en el deporte. Y se concluye: *“la aprobación del RD se enmarca o cae dentro del ámbito del concepto jurídico indeterminado definido con la expresión “despacho ordinario de los asuntos públicos”, sin necesidad por tanto de que al decidirla concurriera una situación de “urgencia” o una razón de “interés general”, pues no alcanzamos a percibir, ni tampoco lo expone la actora, qué “nuevas orientaciones políticas” son las que estableció aquél, o qué “condicionamiento, compromiso o impedimento” para las que hubiera de fijar el nuevo Gobierno significó su aprobación”* (el subrayado es nuestro).

³² En ambas se enjuicia el Real Decreto 244/2016, de 3 de junio, por el que se desarrolla la Ley 32/2014, de 22 de diciembre, de Metrología.

³³ En este caso, se impugnó el Real Decreto 389/2016, de 22 de octubre, por el que fue aprobado el Plan Director de la Red de Parques Nacionales.

³⁴ Su Fundamento de Derecho Noveno señala: *“por tanto, es forzoso concluir en consonancia con la doctrina del Tribunal Supremo más arriba expuesta, que el Decreto 141/2015, de 26 de mayo, de aprobación definitiva del Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía, no puede considerarse despacho ordinario de asuntos públicos, debido a que por su clara y meridiana orientación política y su vocación y proyección de futuro, excede del indicado concepto y condiciona y compromete al nuevo Gobierno, con independencia de que el nuevo Gobierno, estuviese sustentado por el mismo partido político. No debe olvidarse, que la exposición de motivos de la de la Ley del Gobierno destaca que el Título IV se dedica exclusivamente a regular el gobierno en funciones, una de las principales novedades de la ley, con base en el principio de lealtad constitucional, delimitando su propia posición constitucional y entendiendo que el objetivo último de su actuación radica en la consecución de un normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno.*

Efectivamente es el indicado principio de lealtad constitucional, el que limita los actos del Gobierno en funciones al despacho ordinario de los asuntos públicos y al mismo tiempo, el que prohíbe la aprobación

un punto de vista doctrinal, también el Profesor Herreros López identifica ambos requisitos, dando a entender que una actuación de “*nueva orientación política*” es aquella que “*condiciona, compromete o impide*” la política del nuevo Gobierno³⁵.

Sin embargo, este planteamiento parece rectificarse por la misma Sección Quinta en Sentencia 471/2019, de 8 de abril³⁶. Y parece mantenerse en la posterior Sentencia 1326/2020, de 15 de octubre (también de la Sección Quinta)³⁷.

de actos que supongan el establecimiento de orientaciones políticas, para no comprometer ni condicionar al nuevo Gobierno, sea o no del mismo partido político, pues ni la ley estatal ni la autonómica establecen ningún tipo de distinción al respecto” (el subrayado es nuestro).

³⁵ Ésta es la postura del Profesor Herreros López al interpretar la Sentencia de 2 de diciembre de 2005, en “El Gobierno en funciones: límites y control parlamentario” precitado: “*por todo ello, y como acertadamente declara la sentencia, la dirección política del Estado debe identificarse con aquellos actos del Gobierno que supongan una nueva orientación política, es decir, aquellos que condicionen, comprometan o impidan las decisiones políticas que legítimamente corresponderán al nuevo Gobierno*”.

Y lo reitera más adelante: “*es decir, el Tribunal Supremo volvió a considerar que la dirección política del Estado había de ser identificada con los actos gubernamentales que supusieran una nueva orientación política o, dicho en otros términos, aquellos que condicionen, comprometan o impidan las decisiones políticas que legítimamente corresponderán al nuevo Gobierno una vez que haya sido formado*”.

³⁶ En este caso se impugnan el Real Decreto 11/2016, de 8 de enero, por el que se aprueban los Planes Hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas de Galicia-Costa, de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas, del Guadalete y Barbate y del Tinto, Odiel y Piedras, en relación con el Plan Hidrológico de la demarcación hidrográfica de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas; así como el Real Decreto 21/2016, por el que se aprueban los Planes de Gestión de Riego de Inundación de las cuencas internas de Andalucía: demarcaciones hidrográficas del Tinto, Odiel y Piedras; Guadalete y Barbate; y Cuencas Mediterráneas Andaluzas.

La argumentación se expone en los siguientes términos: “*en segundo lugar se trata de una revisión del planeamiento hidrológico que responde a la previsión legal de revisión sexenal establecida al efecto y en cumplimiento y persecución de los objetivos establecidos en la normativa comunitaria e interna, de manera que no responden a una iniciativa política del Gobierno ni a criterios de dirección política en la materia, sino que es la normativa aplicable la que orienta la política del agua, sin perjuicio del ámbito de discrecionalidad que en su desarrollo corresponda a quien ejerce la potestad reglamentaria, que no puede identificarse con el establecimiento de nuevas orientaciones políticas y que, por ello, como indica la sentencia del Pleno que se ha transcrito, no comporta la exclusión del ámbito del “despacho ordinario de asuntos”. Por las mismas razones las decisiones adoptadas en la norma impugnada no comprometen ni impiden las decisiones que en el ejercicio de sus funciones deba adoptar el nuevo Gobierno surgido de las elecciones generales, que, entre otros extremos, podía proceder a la derogación de la norma reglamentaria que nos ocupa y que este caso, incluso, fue del mismo signo político que el que aprobó la norma objeto de recurso”.*

Por todo ello y en estas circunstancias el Real Decreto impugnado puede considerarse incluido en el ámbito del “despacho ordinario de asuntos”, lo que determina la desestimación de esta primera causa de nulidad que se invoca por la parte recurrente” (el subrayado es nuestro).

³⁷ La Sentencia se expresa con el siguiente tenor: “*se trata de un acto que responde a la previa tramitación de un procedimiento judicial de extradición, cuya resolución, si bien no es vinculante para el Gobierno, garantiza la concurrencia de los requisitos legales exigidos para la extradición. Tiene carácter individualizado, en el que no se advierten específicas razones de reciprocidad, seguridad, orden público o demás intereses esenciales para España a que refiere el art. 6 de la LEP en el ejercicio de la soberanía nacional. El acuerdo impugnado no supone introducir nuevas directrices ni condiciona, compromete o impide las que deba trazar el nuevo Gobierno, que en este caso, además, es del mismo signo político*”.

En definitiva, y bajo estas divergencias, no es dable aventurar con seguridad cuál de las dos interpretaciones ha de prevalecer, por lo que resultaría muy conveniente un futuro pronunciamiento que dirimiera definitivamente la cuestión de manera expresa.

El segundo asunto dudoso hace referencia a la eventual posibilidad de entender acomodada a la legalidad una actuación de nueva orientación política cuando se adopta en especiales circunstancias, o por la propia naturaleza de la actuación, o por mor de sus consecuencias. Es un asunto todavía no resuelto por el Tribunal Supremo, pero de admitirse en un futuro, supondría reconocer una excepción no prevista expresamente en el criterio plasmado en la Sentencia de 2 de diciembre de 2005.

Tal planteamiento, sin embargo, parece inferirse de la Sentencia 124/2008, de 14 de noviembre, del Tribunal Constitucional, cuando argumenta que el Estado es sujeto de Derecho Internacional, y como tal ha de participar, a través del Gobierno, incluso en funciones, en las Organizaciones Internacionales³⁸. En este sentido se afirma que *“el ejercicio de las competencias que corresponden a España a través de los órganos en los que participan miembros del Gobierno comporta el desarrollo de una actividad del Gobierno también cuando está en funciones”*.

Como se observa, el Tribunal Constitucional no parece restringir la actuación internacional del Gobierno en funciones, lo que supone dar carta de naturaleza a posibles actuaciones internacionales de nueva orientación política por así exigirlo la naturaleza intrínseca de la actuación (su carácter internacional)³⁹.

³⁸ El Fundamento Jurídico Octavo de la referida sentencia señala: *“a los efectos concretos del conflicto planteado, no se puede olvidar que el Estado es, además, sujeto de derecho internacional (STC 228/2016, de 22 de diciembre, FJ 4), correspondiéndole al Gobierno de la Nación la dirección de la política exterior del Estado, en los términos que ha precisado este Tribunal (STC 85/2016, de 28 de abril, FJ 4). La debida participación del Gobierno en las diferentes organizaciones internacionales va a incidir en la actividad del Gobierno en funciones. Cuestión que resulta del todo evidente en la participación de España en la Unión Europea. El ejercicio de las competencias que corresponden a España a través de los órganos en los que participan miembros del Gobierno comporta el desarrollo de una actividad del Gobierno también cuando está en funciones”*.

³⁹ Se corrobora este criterio por la doctrina, referido a las instituciones de la Unión Europea, en *“Las atribuciones del Gobierno en funciones”*. Marc Carrillo. Revista Española de Derecho Constitucional. 109, págs.121-154: *“España ejerce toda una serie de competencias compartidas con la UE (art. 4.2 del TFUE) en los ámbitos materiales más diversos. El Consejo —en el que se encuentra siempre una representación del Gobierno español con rango ministerial (art. 16.2 del TUE)— como órgano colegiado de la UE ejerce —entre otros— poderes legislativos y presupuestarios. Y, en ese contexto institucional europeo, el hecho*

Es más, el Tribunal Constitucional, en ese mismo Fundamento Jurídico Octavo, se atreve a configurar a estas actuaciones internacionales como un supuesto permitido en todo caso al Gobierno en funciones, que se suma al “*despacho ordinario de los asuntos públicos*” ya autorizado por el artículo 21⁴⁰.

Por otro lado, conviene detenernos en las circunstancias que pueden o han de tenerse en consideración para valorar si una determinada actuación excede o no del “*despacho ordinario de asuntos públicos*”. Como decíamos, la meritada Sentencia de 2 de diciembre de 2005 enfatiza la importancia y necesidad de la valoración casuística. Sin embargo, no expone una relación cerrada de los parámetros que han de atenderse, aunque atisba los que a continuación exponemos.

En primer lugar se alude a la adecuada ponderación de las distintas causas que pueden determinar el cese del Gobierno (distinción que se deriva del artículo 21.6 en los términos antes explicados). Aunque no se dice explícitamente, podemos comprender que subyace la idea de que en función de esta circunstancia los periodos de cesantía pueden ser más o menos extensos, siendo más razonable la necesidad de acometer ciertas actuaciones cuando la interinidad se alarga en el tiempo.

También parece asentar el criterio de la reversibilidad o no de la actuación. Como el objeto allí enjuiciado es un acuerdo de denegación de indulto, se dice que “*no ha mermado las facultades del nuevo Gobierno que puede resolver lo que considere procedente sobre ese indulto si, (...) vuelve a ser sometido a su consideración*”. Por tanto, cuando se trate de actuaciones no definitivas o terminantes la valoración podría ser menos severa.

de que el representante del Gobierno español lo sea de un Ejecutivo que está en funciones no altera la posición del Gobierno como representante del Estado español en aquella institución”.

⁴⁰ “*No cabe sino constatar que el Gobierno cesante sigue ejerciendo funciones. Así lo corrobora también la regulación de la actuación del Gobierno en funciones contenida en la citada Ley 50/1997 (sin perjuicio de que la misma, como se acaba de señalar, no forme parte del bloque de constitucionalidad), conforme a la cual su gestión consistirá en el despacho ordinario de los asuntos públicos y otras medidas, pero tan solo en los casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique; a lo que ha de añadirse la incidencia de la pertenencia de España a organizaciones internacionales y, especialmente, a la Unión Europea, en la actividad que tiene que realizar el Gobierno cesante” (el subrayado es nuestro).*

Debe mencionarse que también uno de los votos particulares dirimientes⁴¹ de la sentencia hace referencia a otro indicador, cual es si el Gobierno en funciones mantiene o pierde la confianza de la ciudadanía en las elecciones celebradas. En el primer caso ha de presumirse una atenuación del rigor valorativo. En este orden de ideas puede traerse a colación, como señala la doctrina, *“la relevancia de la actitud del gobierno entrante, pues decisiones difíciles o dudosas de poder ser acometidas por un gobierno en prorrogatio pueden ser valoradas de forma diferente cuando existe aquiescencia de aquel”*⁴².

La precitada Sentencia 2078/2017, de 27 de diciembre, de la Sección Quinta, alude también a ciertas circunstancias que pueden valorarse para discernir la viabilidad de una actuación en funciones. Hace referencia a criterios como la ya apuntada excesiva duración de la situación de cesantía (el Gobierno llevaba en funciones más de un año en el caso objeto de *litis*). Se añade otro criterio temporal, derivado de que la ley que amparaba el reglamento impugnado preveía una habilitación de desarrollo sujeta a plazo (a punto de vencer en el caso enjuiciado). Asimismo, su aprobación suponía el inicio de otro plazo para su adaptación a determinadas normas. De igual manera se toma en consideración el informe de la Abogacía del Estado obrante en el expediente, en el que se llamaba la atención sobre los supuestos contemplados en la legislación sectorial que imprimían urgencia en la aprobación del reglamento impugnado.

Al hilo de esta sentencia, y en lo que concierne específicamente al ejercicio de la potestad reglamentaria por un Gobierno en funciones, urge destacar el salto argumental que ofrece en este punto la Sentencia 471/2019, de 8 de abril, del Tribunal Supremo, en cuanto apela a dos ideas decisivas; se afirma, en primer término, que la potestad reglamentaria no puede identificarse con el establecimiento de nuevas orientaciones

⁴¹ El voto particular formulado por los magistrados Excmos. Sres. D. José Manuel Sieria Míguez, D. Enrique Lecumberri Martí, y la magistrada Excma. Sra. Dña. Margarita Robles Fernández, al que se adhieren los magistrados Excmos. Sres. D. Jesús Ernesto Peces Morate y D. Emilio Frías Ponte, señala, en efecto, que *“la interpretación de la expresión «despacho ordinario de los asuntos públicos», debe ser realizada con arreglo a las reglas básicas interpretativas del derecho constitucional, de tal forma que en el caso de dudas la interpretación ha de ser siempre restrictiva, circunscribiéndose a lo que son propiamente actos de administración, máxime cuando como ha ocurrido en el caso de autos, circunstancia de la que no se puede hacer abstracción, el Gobierno ha perdido la confianza de los ciudadanos al no haber ganado el partido que le sustentaba, las elecciones generales”* (el subrayado es nuestro).

⁴² “La permanencia en funciones del Gobierno en los ordenamientos autonómicos” Fernando Reviriego Picón y Jorge Alguacil González-Aurioles. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid. Nº 22. 2010. Pág.336.

políticas, puesto que esta dirección política corresponde a la normativa jerárquicamente superior que sirve de cobertura al reglamento⁴³, lo que llevado al extremo supondría reconocer que la potestad reglamentaria puede ejercerse libremente por un Gobierno en funciones; en segundo lugar se atiende a la idea de la reversibilidad, esto es, como el futuro Gobierno puede derogar el reglamento aprobado por un Gobierno en funciones, no cabría achacar a éste “*condicionamiento, compromiso o impedimento*” de la política del ulterior Gobierno⁴⁴.

El argumento de la reversibilidad fue también opuesto por la Abogacía del Estado en el recurso de casación interpuesto contra un reglamento aprobado en funciones, que dio lugar a la Sentencia 1711/2020, de 14 de diciembre, del Tribunal Supremo. Se acoge el mencionado argumento no sólo sobre la idea de la revocabilidad de la medida (a través de la eventual derogación de dicho reglamento), sino también bajo el fundamento de que el artículo 21 no proscribía el ejercicio de la potestad reglamentaria⁴⁵.

En cualquier caso, todos estos pronunciamientos manifiestan una progresiva tendencia jurisprudencial a validar de manera absoluta la potestad reglamentaria del Gobierno en funciones⁴⁶, idea que se ha plasmado en algunos ordenamientos autonómicos, como tendremos oportunidad de conocer más adelante.

⁴³ “*En segundo lugar se trata de una revisión del planeamiento hidrológico que responde a la previsión legal de revisión sexenal establecida al efecto y en cumplimiento y persecución de los objetivos establecidos en la normativa comunitaria e interna, de manera que no responden a una iniciativa política del Gobierno ni a criterios de dirección política en la materia, sino que es la normativa aplicable la que orienta la política del agua, sin perjuicio del ámbito de discrecionalidad que en su desarrollo corresponda a quien ejerce la potestad reglamentaria, que no puede identificarse con el establecimiento de nuevas orientaciones políticas y que, por ello, como indica la sentencia del Pleno que se ha transcrito, no comporta la exclusión del ámbito del “despacho ordinario de asuntos” (el subrayado es nuestro).*”

⁴⁴ Así se explica: “*por las mismas razones las decisiones adoptadas en la norma impugnada no comprometen ni impiden las decisiones que en el ejercicio de sus funciones deba adoptar el nuevo Gobierno surgido de las elecciones generales, que, entre otros extremos, podía proceder a la derogación de la norma reglamentaria que nos ocupa y que este caso, incluso, fue del mismo signo político que el que aprobó la norma objeto de recurso*” (el subrayado es nuestro).

⁴⁵ Bien es cierto que añade un tercer argumento, y es que en el caso enjuiciado se observa la preteritoriedad de aprobar el reglamento para colmar la laguna producida con ocasión de la anulación del reglamento anterior por defectos formales, y que regulaba esa materia en términos idénticos o parecidos, por lo que se trataba de reponer, en cierta medida, el reglamento anulado.

⁴⁶ Lo que implica superar la doctrina mantenida en el Dictamen 947/2018, de 20 de diciembre, del Consejo Consultivo de Andalucía, respecto al Proyecto de Decreto sometido a su consulta, en el que se concluía que su aprobación excedía de los límites del “*despacho ordinario de los asuntos públicos*”, por lo que no procedería su aprobación. Así se explica: “*En este caso, el Proyecto de Decreto adopta una nueva fórmula de prestación de los servicios de asistencia podológica específica a personas con diabetes que hasta ahora se venían prestando mediante contratos. En este sentido, se indica que los servicios sanitarios y no sólo*

Como excepción, podemos citar las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla (Sección 2ª), de 7 de septiembre y 11 de octubre de 2017. En ambas se enjuicia la aprobación, en funciones, del Plan Protector del Corredor Litoral de Andalucía, y se concluye su nulidad de pleno derecho por falta de competencia. Se argumenta en la primera de las sentencias citadas (Fundamento de Derecho Octavo) que la aprobación del citado Plan constituye el ejercicio de la potestad normativa que *“implica de manera palmaria el establecimiento de una nueva orientación política, en la medida en que dicho plan se aparta consciente y públicamente de los planes de ordenación de ámbito subregional ya existentes y en vigor e incluso del Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía, alterando radicalmente los objetivos y la finalidad de la política territorial en el ámbito del litoral andaluz y, consecuentemente, modificando de manera sustancial las directrices y determinaciones de dichos instrumentos, como un auténtico cambio de modelo. Esta nueva orientación política implica un condicionamiento, compromiso o impedimento para la potestad de dirección política del nuevo gobierno, desde el punto de vista estrictamente jurídico y objetivo, es decir, dejando al margen la consideración puramente fáctica y contingente de que el nuevo Gobierno está sustentado por el mismo partido político. En consecuencia, es forzoso concluir que la aprobación era una decisión que excedía del despacho ordinario de los asuntos públicos de competencia de un gobierno en funciones”*.

Como puede observarse, se afirma que la disposición reglamentaria impugnada implica nueva orientación política, y no se atiende ni al criterio de la reversibilidad de la medida, ni tampoco a la circunstancia de que el nuevo Gobierno esté conformado por el

los servicios sociales aparecen mencionados en la exposición de motivos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), entre los servicios conocidos como “servicios a las personas” susceptibles de “organización” por parte de los poderes públicos sin celebrar contratos públicos. A juicio de este Consejo Consultivo, con independencia de la problemática jurídica y del mayor o menor alcance económico de una opción como la señalada, el Consejo Consultivo considera que el Proyecto de Decreto excede del “despacho ordinario de los asuntos públicos” (art. 37.3 de la Ley 6/2006) o al menos cabe sostener que hay una duda razonable que aconseja actuar con prudencia, posponiendo la aprobación del Proyecto de Decreto hasta que se constituya el nuevo Gobierno, para que sea éste el que adopte la nueva fórmula de prestación de servicios plasmada en la disposición reglamentaria objeto de dictamen. Así pues, el Consejo Consultivo considera que el Gobierno cesante no debería aprobar el Decreto en tramitación a menos que concurra una situación de urgencia o interés general debidamente acreditada, como prevé el referido artículo 37.3 de la Ley 6/2006. En este caso, resultaría exigible una motivación explícita y perfectamente razonada que no constan en el expediente” (énfasis añadido).

mismo partido político que el Gobierno en funciones. Respecto de este último aspecto, la Sentencia de 11 de octubre de 2017 es aún más contundente, pues afirma que éste no es un criterio previsto ni en la normativa estatal ni en la autonómica⁴⁷.

En todo caso, son sentencias anteriores a la Sentencia 471/2019, de 8 de abril, del Tribunal Supremo, por lo que podríamos cuestionarnos si a la vista de ésta y de las posteriores, los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía hubieran seguido la misma orientación.

Finalmente, y para concluir el presente estudio jurisprudencial, baste indicar que el Tribunal Constitucional ha reconocido que la Constitución no priva al Gobierno en funciones de su legitimación para interponer el recurso de inconstitucionalidad (entre otras, en sentencias 97/2018⁴⁸, de 19 de septiembre, 124/2018, de 14 de noviembre, y 5/2019 de 17 enero).

IV. Regulación autonómica del Gobierno en funciones.

La regulación del Gobierno en funciones en los distintos ordenamientos autonómicos es heterogénea. Efectivamente, se observan tratamientos muy diversos entre unos y otros. Así, en las Comunidades Autónomas de Madrid, Galicia y Valencia se omite directamente cualquier regulación en sus respectivas leyes de Gobierno, debiendo acudir a la aplicación supletoria de la regulación estatal ya analizada y con la

⁴⁷ “Efectivamente es el indicado principio de lealtad constitucional, el que limita los actos del Gobierno en funciones al despacho ordinario de los asuntos públicos y al mismo tiempo, el que prohíbe la aprobación de actos que supongan el establecimiento de orientaciones políticas, para no comprometer ni condicionar al nuevo Gobierno, sea o no del mismo partido político, pues ni la ley estatal ni la autonómica establecen ningún tipo de distinción al respecto” (Fundamento de Derecho noveno) (El subrayado es nuestro).

⁴⁸ El Fundamento Jurídico segundo señala al respecto: “El recurso de inconstitucionalidad sirve exclusivamente a la “función nomofiláctica o de depuración del ordenamiento jurídico de leyes inconstitucionales encomendada a este Tribunal” (SSTC 90/1994, de 17 de marzo, FJ 2; 102/1995, de 26 de junio, FJ 2, y 2/2018, de 11 de enero, FJ 2). No puede decirse, en consecuencia, que mediante el recurso de inconstitucionalidad, el Gobierno en funciones desarrolla un programa político sin la necesaria legitimación parlamentaria. El Presidente del Gobierno cesante no puede promover un juicio constitucional sobre la oportunidad política de las leyes ni cabe atribuir a su recurso más interés que la defensa objetiva del ordenamiento constitucional. En suma, la Constitución no excluye, siquiera implícitamente, la legitimación del Presidente del Gobierno en funciones para interponer el recurso de inconstitucionalidad. De ahí que hayamos admitido a trámite y resuelto los formulados por el Presidente del Gobierno en funciones tras las elecciones generales de 2011 (STC 237/2015, de 19 de noviembre) y de 2015 (SSTC 158/2016, de 22 de septiembre; 159/2016, de 22 de septiembre, y 205/2016, de 1 de diciembre)”.

interpretación jurisprudencial ya glosada. En otras se aprecia una mínima regulación, por debajo incluso de la somera regulación estatal o a su par, como sucede en Asturias, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Andalucía, Cataluña, Murcia, La Rioja, o Cantabria. Pero en el resto de comunidades autónomas se observa una regulación más detallada, destacando el carácter especialmente reglamentista de las leyes de Gobierno de Extremadura, Aragón, Baleares y Canarias.

Puntualicemos que las últimas comunidades autónomas citadas responden a un modelo de profunda restricción en las facultades del Gobierno en funciones en lo referido a la actividad administrativa ordinaria, incrementando sustancialmente el rigor del artículo 21 de la norma estatal, añadiendo, por otro lado, una serie de prescripciones para ordenar el traspaso de poderes, en los términos que después detallaremos. También de estos extremos se ocupa la normativa navarra.

Resulta significativo que el legislador autonómico más reciente pretenda encorsetar la actuación administrativa del Gobierno en funciones, en un movimiento inverso a la interpretación más contenida del Tribunal Supremo, en los términos ya analizados.

Como contrapunto, llama la atención la práctica ausencia de limitaciones de las que disfruta el Lehendakari en funciones, al que sólo se le priva de la posibilidad de plantear la cuestión de confianza⁴⁹.

Para un estudio más pormenorizado, analizaremos sin ánimo totalizador las principales reglas contenidas en las distintas leyes de Gobierno autonómicas, agrupándolas por materias.

⁴⁹ El artículo 14.2 de la Ley 7/1981, de 30 de junio, sobre Ley de Gobierno del País Vasco, dispone que “*el Lehendakari en funciones no podrá plantear la cuestión de confianza, ni ser objeto de moción de censura, con excepción de lo previsto para el Lehendakari interino en el artículo 11.2. El Lehendakari en funciones ejercerá las demás facultades y potestades del Lehendakari y continuará en el desempeño del cargo hasta tanto tome posesión el nuevo Lehendakari que el Parlamento Vasco designe*” (el subrayado es nuestro). Ninguna previsión se contempla respecto de si el Gobierno vasco en funciones está sujeto a alguna limitación, lo que suscita la duda de si habría que entender aplicable supletoriamente las limitaciones del artículo 21 de la norma estatal.

En primer lugar, en cuanto hace a las normas referidas a las instituciones rectoras de la relación fiduciaria entre Presidente y Gobierno en funciones y la cámara legislativa respectiva, se observa que la prohibición del planteamiento de la cuestión de confianza por parte del Presidente en funciones aparece en la mayoría de las comunidades autónomas. La prohibición del planteamiento de la moción de censura en el periodo de cesantía se recoge en algunas (Andalucía, Asturias, Cantabria, País Vasco, Extremadura y La Rioja), mientras que la proscripción de la disolución de la cámara legislativa se plasma en Andalucía, Baleares, Aragón y Extremadura. Y tan sólo en tres (Extremadura, Baleares y Aragón) se prohíbe la petición de sesión extraordinaria de la cámara legislativa.

En segundo término, en las limitaciones a la potestad normativa del Gobierno en funciones, podemos distinguir diferentes vertientes. La gran mayoría recogen expresamente las prohibiciones atinentes a la iniciativa legislativa, incluida la presupuestaria, en línea con lo señalado en el artículo 21.5 de la norma estatal, con excepción de Canarias, donde se permite la iniciativa legislativa, en casos de urgencia o interés general, debidamente acreditados⁵⁰. Recuérdese en este punto que en la normativa estatal la prohibición de la iniciativa legislativa es absoluta, pues la excepción de la urgencia o interés general sólo se prevé en el artículo 21.3, que permitiría realizar actuaciones que excedan del “*despacho de los asuntos públicos*” en tales casos, pero no se configura como una excepción predicable de las prohibiciones previstas en los siguientes párrafos del artículo 21. Por tanto, la recientísima normativa canaria se distancia no sólo del resto de las legislaciones autonómicas, sino también de la estatal.

En cuanto a la suspensión de las delegaciones legislativas se sigue el patrón del artículo 21.6 en la mayoría de las comunidades autónomas, aunque en algunas no se precisa que la suspensión sólo actuaría cuando el cese traiga causa de la celebración de elecciones, como concreta la norma estatal. Presenta una particularidad en este punto la normativa de Castilla-La Mancha, que prescribe una regla opuesta a la estatal, en cuanto

⁵⁰ El artículo 48.3 de la reciente Ley 4/2023, de 23 de marzo, de la Presidencia y del Gobierno de Canarias, señala que “*el Gobierno en funciones no podrá aprobar el proyecto de ley de presupuestos de la comunidad autónoma ni ejercer, salvo casos de urgencia o interés general debidamente acreditados, las siguientes facultades: a) La iniciativa legislativa. b) Hacer uso de las delegaciones legislativas conferidas por el Parlamento de Canarias. c) La potestad reglamentaria, salvo que se limite a la mera organización interna*” (el subrayado es nuestro).

suspende las delegaciones en todos los casos, sin que dicha suspensión surta efectos si media ratificación de la Cámara precisamente en el supuesto de que el cese sea consecuencia de la celebración de elecciones regionales⁵¹.

Algunas comunidades autónomas hacen referencia a la potestad de dictar decretos leyes, estando en funciones. Así sucede con Cataluña y Extremadura⁵². En este último caso se supedita a que el Consejo Consultivo de Extremadura se pronuncie sobre la urgencia. También Baleares, aunque siempre que se acredite y motive la urgencia (lo que es intrínseco al decreto ley, siendo innecesaria la previsión) o por razones de interés general⁵³.

Finalmente, las leyes de Gobierno autonómicas no hacen referencia expresa a la potestad reglamentaria, por lo que podría entenderse que no pesan especiales limitaciones para su ejercicio, en la línea aperturista mantenida por la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, en los términos antes vistos. Tan sólo Cataluña, Baleares y Canarias le dedican una mención expresa; la primera⁵⁴ para significar que el ejercicio de la potestad reglamentaria se entiende subsumido dentro del “*despacho ordinario de asuntos públicos*”, por lo que no le afectaría limitación alguna; y la segunda⁵⁵, sin embargo, para prescribir que sólo se podrán aprobar reglamentos por razón de urgencia o de interés general, en el mismo sentido que Canarias⁵⁶.

⁵¹ El artículo 18.4 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, dispone que “*las delegaciones legislativas otorgadas por las Cortes de Castilla-La Mancha quedarán en suspenso durante todo el tiempo que el Gobierno esté en funciones, precisando la ratificación de aquéllas cuando la causa de cese sea la celebración de elecciones regionales*” (el subrayado es nuestro).

⁵² El artículo 4.3 de la Ley 4/2015, de 26 de febrero, de regulación del proceso de transición entre gobiernos en la Comunidad Autónoma de Extremadura, señala que “*la Junta de Extremadura en funciones podrá aprobar decretos-leyes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33 del Estatuto de Autonomía, siempre que el dictamen del Consejo Consultivo de Extremadura se pronuncie sobre la urgencia que justifique la aprobación del mismo de acuerdo con el artículo 2 de esta ley*”.

⁵³ Véase el artículo 31.a) de la Ley 1/2019, de 31 de enero, del Gobierno de las Islas Baleares.

⁵⁴ El artículo 27.1 de la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalidad y del Gobierno, dispone que “*El Gobierno, cuando se halla en funciones, debe limitar su actuación al despacho ordinario de los asuntos públicos, incluido el ejercicio de la potestad reglamentaria, debiendo abstenerse, salvo que lo justifiquen razones de urgencia o de interés general debidamente acreditadas, de adoptar cualesquiera otras medidas*” (el subrayado es nuestro).

⁵⁵ Así lo establece el artículo 31c) de la Ley 1/2019, de 31 de enero, del Gobierno de las Islas Baleares.

⁵⁶ En el artículo 48.3 ya transcrito de la Ley 4/2023, de 23 de marzo, de la Presidencia y del Gobierno de Canarias.

Respecto a las limitaciones referidas a la organización del Gobierno y Administración son habituales en algunas comunidades autónomas, de suerte que se restringe la capacidad de reordenar la composición del Gobierno (Andalucía, Cantabria, Canarias, Baleares, Aragón, Extremadura). Algunas también prohíben la designación o separación de los titulares de vicepresidencias o consejerías (Andalucía, Cantabria y Extremadura), y otras establecen esta misma limitación con ciertas excepciones. Así, Canarias impide el nombramiento y cese de los miembros del Gobierno, pero se permite declarar el cese por fallecimiento, constitución de curatela con facultades representativas, inhabilitación o incompatibilidad o disponer el cese por dimisión⁵⁷. En Aragón se excepciona dicha limitación si concurre causa legal determinante de incompatibilidad sobrevenida⁵⁸. En Baleares se formula una prohibición extensiva al nombramiento y separación de todos los cargos públicos⁵⁹.

Por otro lado, algunas comunidades autónomas impiden la creación, modificación o supresión de vicepresidencias y consejerías, y sus competencias; incluso la constitución de comisiones delegadas de Gobierno (Aragón⁶⁰, Canarias⁶¹ y Extremadura⁶²).

Debe apuntarse que la inmutabilidad de la organización gubernamental a la que tienden las reglas generales señaladas cobra su sentido en consideración a la previsible brevedad del periodo de interinidad del Gobierno en funciones. Si dicho periodo se dilatará en el tiempo, aquellas limitaciones podrían suponer, empero, un importante escollo en el desarrollo del cometido que debe seguir desarrollando el Gobierno en cesantía⁶³.

⁵⁷ Lo precisa el artículo 17.2.d) de la Ley 4/2023, de 23 de marzo, de la Presidencia y del Gobierno de Canarias.

⁵⁸ Se señala en el artículo 21.2.d) del Decreto Legislativo 1/2022, de 6 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Presidente o Presidenta y del Gobierno de Aragón.

⁵⁹ Lo dispone el artículo 31 k) de la Ley 1/2019, de 31 de enero, del Gobierno de las Islas Baleares.

⁶⁰ Se señala en el artículo 21.3.g) y f) del Decreto Legislativo 1/2022, de 6 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Presidente o Presidenta y del Gobierno de Aragón.

⁶¹ Lo precisa el artículo 17.2.c) de la Ley 4/2023, de 23 de marzo, de la Presidencia y del Gobierno de Canarias.

⁶² Lo indica el artículo 3.3.d) y 4.2.d) de la Ley 4/2015, de 26 de febrero, de regulación del proceso de transición entre gobiernos en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

⁶³ En este sentido, son paradigmáticos los dos ejemplos que se presentan en “La permanencia en funciones del Gobierno en los ordenamientos autonómicos” Fernando Reviriego Picón y Jorge Alguacil González-

Baleares, Navarra y Aragón descienden incluso a previsiones sobre el personal de gabinete. De esta forma, en Baleares se señala que el personal eventual de los gabinetes se mantendrá en ellos hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno⁶⁴ (en igual sentido Navarra)⁶⁵; y proscribire nombrar a personal eventual en el periodo de cesantía⁶⁶, lo que se reproduce también en Aragón⁶⁷.

Resta señalar que en Aragón se llega a prohibir la contratación de personal directivo en ese periodo⁶⁸.

Finalmente, y en este orden de consideraciones, podemos aludir a las previsiones de La Rioja⁶⁹ que prohíben la definición, dirección y coordinación del programa y la

Aurioles. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid. Nº 22. 2010. Pág.334 y 335: “*recordemos los casos de Cantabria, con la dimisión de J. Hormaechea en 1994 o Madrid, con la permanencia en funciones de A. Ruiz Gallardón, en 2003. En el primero de los casos, tras las elecciones de mayo de 1995 (el Gobierno estaba en todo caso en funciones desde noviembre de 1994) el Gobierno se encontró compuesto durante un período de un mes, únicamente por dos Consejeros (Presidencia y Turismo, Transportes e Industria), que asumieron el resto de Consejerías de los Consejeros cesados o dimitidos (Cultura, Obras Públicas, Sanidad y Consumo, Economía y Hacienda, Ecología y Medio Ambiente, Ganadería, Agricultura y Pesca); el nuevo Presidente de Cantabria Martínez Sieso tomó finalmente posesión de su cargo el 26 de julio de aquel año. En el segundo de los apuntados, el Presidente en funciones (que compatibiliza las labores con las de Alcalde de Madrid) permaneció en el caso con dos consejeros del gobierno así como siete nuevos Consejeros, nombrados para ejercer el cargo en funciones, y que en su mayoría habían ejercido funciones de Viceconsejeros hasta ese momento. Por el contrario, no continuaron desempeñando tales funciones, ni los seis Consejeros que habían sido elegidos Concejales en el Ayuntamiento de Madrid, ni los otros tres que lo habían sido como Diputados en la Asamblea; entre éstos últimos el hasta entonces Vicepresidente. De esta manera, permaneció en funciones un Gobierno profundamente remodelado, un Gobierno «exclusivamente técnico», al decir del propio Presidente en la rueda de prensa en que anunciaría dicha remodelación, que pretendía «garantizar el normal funcionamiento de los servicios públicos y de la administración de la Comunidad de Madrid». Como podemos ver, la práctica política nos coloca en ocasiones ante supuestos un tanto curiosos y a veces una excesiva limitación puede resultar contraproducente”.*

⁶⁴ Así lo explicita el artículo 20.4 de la Ley 1/2019, de 31 de enero, del Gobierno de las Islas Baleares.

⁶⁵ El artículo 19.2 de la Ley Foral 14/2004, de 3 de diciembre, del Gobierno de Navarra y de su Presidente, dispone: “*los miembros de los gabinetes serán nombrados y cesados libremente por el Presidente o los Consejeros del Gobierno de Navarra, teniendo la consideración de personal eventual, de acuerdo con lo que dispone la legislación sobre función pública, y cesando en todo caso al producirse el cese de quien los hubiese nombrado. En el supuesto del Gobierno en funciones continuarán hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno”.*

⁶⁶ Véase el artículo 31.j) de la Ley 1/2019, de 31 de enero, del Gobierno de las Islas Baleares.

⁶⁷ Véase el artículo 21.3.j) del Decreto Legislativo 1/2022, de 6 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Presidente o Presidenta y del Gobierno de Aragón.

⁶⁸ Así lo prescribe el artículo 21.3.j) del Decreto Legislativo 1/2022, de 6 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Presidente o Presidenta y del Gobierno de Aragón.

⁶⁹ El artículo 11.1 de la Ley 8/2003, de 28 de octubre, del Gobierno e Incompatibilidades de sus miembros de la Comunidad Autónoma de La Rioja, dispone: “*el Presidente en funciones ejercerá todas las*

acción de gobierno. Canarias⁷⁰, en el mismo sentido, proscribió definir el programa de gobierno. Tales previsiones no pueden ser entendidas sino con la significación y causa que apuntaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2005, en el entendido de que el cese del Gobierno implica una interrupción de la confianza parlamentaria, lo que impide correlativamente una redirección del programa político del Gobierno -esa confianza no puede seguir siendo renovada-.

En el ámbito de la actuación puramente administrativa las leyes de Gobierno de Baleares⁷¹ y Aragón⁷² han llegado a constreñir determinados actos administrativos ordinarios, siguiendo la estela de la regulación extremeña, pionera en esta materia y única en destinar una ley específica a la regulación del Gobierno en funciones y al proceso de transición entre gobiernos⁷³.

Al establecer esas prohibiciones debe entenderse superado en dichos ámbitos autonómicos el concepto de “*despacho ordinario de asuntos públicos*”. De hecho, en las leyes de Gobierno de Baleares y Aragón se prescinde directamente del empleo de dicho concepto. No así en la extremeña, que sigue utilizándolo, configurando esas limitaciones como una excepción a esta regla general. Anótese que se prescinde también en Cantabria⁷⁴, sustituyendo ese concepto por el del “*funcionamiento normal de los servicios públicos*” como único cometido del Gobierno en funciones, concepto lógicamente más reducido que el de “*despacho ordinario de asuntos públicos*”.

atribuciones del Presidente, salvo las relativas a la definición, dirección y coordinación del programa y la acción de gobierno, nombramiento y cese de Consejeros, así como la creación o supresión de las Consejerías”.

⁷⁰ Véase el artículo 17.1 de la Ley 4/2023, de 23 de marzo, de la Presidencia y del Gobierno de Canarias.

⁷¹ Véase el artículo 31 del Ley 1/2019, de 31 de enero, del Gobierno de las Islas Baleares, bajo la rúbrica “*otras limitaciones*”.

⁷² Véase el artículo 21.3 del Decreto Legislativo 1/2022, de 6 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Presidente o Presidenta y del Gobierno de Aragón.

⁷³ Nos referimos a la Ley 4/2015, de 26 de febrero, de regulación del proceso de transición entre gobiernos en la Comunidad Autónoma de Extremadura, cuyo artículo 5 limita determinadas actuaciones administrativas ordinarias.

⁷⁴ El artículo 26.2 de la Ley 5/2018, de 22 de noviembre, de Régimen Jurídico del Gobierno, de la Administración y del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Cantabria, señala, en efecto, que “*el Gobierno en funciones deberá limitarse a adoptar las decisiones que requiera el funcionamiento normal de los servicios públicos y a propiciar el adecuado desarrollo del procedimiento de nombramiento, formación y toma de posesión del nuevo Gobierno*”.

Los ámbitos afectados por esas limitaciones son los siguientes:

En el ámbito convencional, se prohíbe suscribir convenios con entidades públicas o privadas que supongan reconocimiento de obligaciones para la hacienda pública. En Baleares y Aragón se incluye también la imposibilidad de suscribir convenios o acuerdos de cooperación con el Estado y con otras Administraciones Públicas. Y en Aragón se extiende la proscripción a la autorización del convenio o acuerdo bilateral económico-financiero con el Estado previsto en su Estatuto.

En el ámbito contractual, la prohibición más amplia la ofrece Aragón, impidiendo la autorización de los expedientes de contratación cuyo valor estimado supere los tres millones de euros; seguida de Baleares, que la circunscribe a los contratos sujetos a regulación armonizada y a los acuerdos marcos o sistemas dinámicos de contratación, en sintonía con Extremadura, aunque en ésta se exceptúan los contratos de suministro y servicios, no sometidos, por tanto, a límite alguno.

En el ámbito subvencional, se prohíbe la concesión de las subvenciones directas. En Extremadura se excepcionan de esta prohibición las relacionadas con la Cooperación para el Desarrollo. Y Aragón da un paso más, impidiendo la autorización de los acuerdos de concesión de cualesquiera subvenciones (aunque sean en régimen de concurrencia competitiva) de importe superior a 900.000 euros.

En materia de empleo público, Aragón no prescribe limitaciones, pero tanto Extremadura como Baleares prohíben la aprobación de convocatorias de procesos selectivos de acceso o de provisión de puestos de trabajo para cualquier categoría de empleado público. Tampoco podrán aprobar o modificar las relaciones de puestos de trabajo, salvo modificaciones puntuales en ejecución de sentencia judicial firme. Extremadura especifica en el primer caso que la prohibición alcanza a la publicación (no sólo a la aprobación) de la convocatoria del proceso selectivo, y en el segundo se extiende a la prohibición de aprobación o modificación de las relaciones de puestos de trabajo en los distintos entes integrantes del sector público autonómico.

Finalmente, ninguna de las tres comunidades autónomas permite la concesión de honores y distinciones.

Debe precisarse que en Baleares se permite levantar las prohibiciones que acabamos de señalar atendiendo a razones de urgencia o de interés general, debidamente acreditado y motivado, pero no sucede lo mismo en las otras comunidades autónomas, por lo que deben calificarse en estos casos como prohibiciones absolutas.

La introducción de las prohibiciones referidas (sobre todo las que afectan a la contratación) ha de ser valorada con ciertas cautelas, por cuanto pueden determinar un acotamiento excesivo de la actuación administrativa con posible merma del normal funcionamiento de la Administración, y lo que es más relevante, con riesgo de disminución o paralización en la prestación de servicios públicos, sobre todo si el periodo de cesantía se extiende en el tiempo. Ello no obstante, la *ratio* que subyace en todas ellas es una idea de cierta irreversibilidad de aquellas actuaciones, lo que supone trasladar al ámbito puramente administrativo la doctrina jurisprudencial antes comentada sobre la prohibición de las actuaciones políticas que condicionen o comprometan al Gobierno futuro.

Desde un punto de vista técnico, entendemos que la redacción de algunas de esas limitaciones debería haber sido más precisa, identificando con claridad los momentos procedimentales concretos a partir de los cuales cobran virtualidad las prohibiciones. Convenimos razonable que estas prohibiciones operen si los procedimientos se encuentran en sus momentos iniciales, pero sería más discutible que la prohibición se aplicara a un procedimiento ya iniciado antes del cese del Gobierno y menos justificable aún si el procedimiento se hallare en sus últimas fases.

Por su carácter novedoso resulta de interés mencionar que la ley extremeña regula unos principios rectores de la actuación del Gobierno en funciones⁷⁵. Así, el principio de mínima intervención que ha de inspirar el ejercicio del despacho ordinario de los asuntos públicos. El principio de neutralidad política⁷⁶, que se identifica con la prohibición de

⁷⁵ Véase el artículo 2.2 de la Ley 4/2015, de 26 de febrero, de regulación del proceso de transición entre gobiernos en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

⁷⁶ Esta idea se expone por el Profesor Carrillo en “Las atribuciones del Gobierno en funciones”. Marc Carrillo. Revista Española de Derecho Constitucional. 109, págs.121-154: “*el ejercicio de dichas atribuciones ha de ser institucionalmente neutro, esto es, el contenido de las decisiones y disposiciones que apruebe en periodo de interinidad, tanto en la gestión de los diversos ámbitos materiales de los asuntos públicos como las relativas al personal del Estado (por ejemplo, nombramientos de cargos públicos,*

medidas que “condicionen, comprometan o impidan” las que deba trazar el Gobierno que lo sustituya, que bebe necesariamente de la doctrina jurisprudencial antes analizada. Por otro lado, se enuncian los principios de lealtad y colaboración, y los principios de información y transparencia, que han de vestir el traspaso de poderes.

Precisamente al traspaso de poderes le dedican cuatro comunidades autónomas (Navarra, Extremadura, Baleares y Aragón) una serie de reglas, destacando el mandato de realizar un informe con un contenido mínimo de información presupuestaria y contable para conocimiento del Gobierno entrante. La más rigurosa es Navarra⁷⁷, cuya información excede con creces de la puramente financiera, incluyendo una información tan ingente como la relación de los convenios vigentes con detalle de su estado de ejecución; de todos los contratos vigentes; o un informe sobre la situación del personal.

concesión de indultos...), no podrán suponer una rémora, tanto para la capacidad de decisión como en relación con el imprescindible margen de maniobra política del que debe gozar el futuro Gobierno. En caso de duda, el Gobierno siempre deberá aplicarse la autocontención, en virtud de un deber materialmente constitucional de deferencia y lealtad institucional hacia el próximo Ejecutivo que se constituya y para con la nueva legitimidad democrática que lo acompaña”.

⁷⁷ Es ilustrativa la lectura del artículo 66 de la Ley Foral 14/2004, de 3 de diciembre, del Gobierno de Navarra y de su Presidente: “*el Gobierno en funciones, además de limitar su actuación y decisiones a lo establecido en la presente ley foral, deberá garantizar el estado de la documentación necesaria para el gobierno entrante, elaborando inventarios de los documentos básicos, en el formato más seguro y práctico, con el objeto de facilitar el traspaso de poderes al gobierno entrante. La finalidad de dichos inventarios será la de informar, de manera transparente, sobre el estado concreto de los archivos y temas pendientes en cada ámbito departamental que tengan relevancia pública y que se consideren imprescindibles para desarrollar la actuación del nuevo Gobierno, así como del estado de ejecución del presupuesto correspondiente, y en todo caso:*

- a) La estructura, organigrama y funciones.*
- b) Los programas en ejecución.*
- c) Los convenios vigentes con detalle de ejecución.*
- d) Informe sobre la ejecución presupuestaria del ejercicio en curso y de las disponibilidades existentes.*
- e) Relación de préstamos financieros otorgados y solicitados.*
- f) Relación de compromisos económicos asumidos.*
- g) Informe sobre la situación del personal.*
- h) Listado y copia de todos los contratos vigentes en el momento de la transición.*
- i) Listado y copia de todas las obligaciones pendientes de pago.*
- j) Listado de todas las disposiciones de carácter general aprobadas cuya entrada en vigor esté diferida a un momento posterior al de la toma de posesión del nuevo Gobierno”.*

El resto de comunidades autónomas no es tan severo. Así, la regulación de Extremadura⁷⁸ es muy similar a la de Baleares⁷⁹, limitándose a la información presupuestaria y contable, si bien esta última ordena informar sobre los contratos en ejecución, además de una memoria general referida a las actuaciones realizadas como Gobierno en funciones, lo que, si bien es inédito, se reconduce, en la práctica, a un mero traslado de las actas de los Consejos de Gobierno celebrados en funciones. La de Aragón⁸⁰ añade una cláusula genérica que obliga a informar sobre las actuaciones en curso más relevantes, lo que deja indudablemente un amplio margen de apreciación al Gobierno saliente en su determinación (no obstante, se prescribe un mínimo de información como en los anteriores supuestos). Lo mismo sucede en Navarra, que apela al criterio del Gobierno cesante para que deje constancia de los temas pendientes de relevancia pública y que considere imprescindibles.

Finalmente, en dichas legislaciones se concreta el momento y procedimiento en que debe instrumentarse el traspaso de esa información.

Sin embargo, en Navarra⁸¹ se habla de elaboración de inventarios en cada ámbito departamental sin mayor concreción. En Aragón⁸², la documentación de traspaso se ha de remitir a una comisión creada al efecto, y si ésta no se crea, a la Presidencia de las Cortes de Aragón, que dará traslado a todos los grupos parlamentarios. En Baleares⁸³, es el último Consejo de Gobierno celebrado en funciones el momento en el que se aprueba la memoria general de las actuaciones realizadas como Gobierno en funciones, antes comentada, además de las memorias referidas a la información preceptiva. En Extremadura⁸⁴ se distinguen dos supuestos. En el caso del cese por celebración de elecciones, será el último Consejo de Gobierno que se celebre antes de las elecciones el

⁷⁸ Artículo 8 de la Ley 4/2015, de 26 de febrero, de regulación del proceso de transición entre gobiernos en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

⁷⁹ Artículo 32.1 de la Ley 1/2019, de 31 de enero, del Gobierno de las Islas Baleares.

⁸⁰ Artículo 22.2 del Decreto Legislativo 1/2022, de 6 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Presidente o Presidenta y del Gobierno de Aragón.

⁸¹ Artículo 66 de la Ley Foral 14/2004, de 3 de diciembre, del Gobierno de Navarra y de su Presidente.

⁸² Artículo 22.2 y 22.4 del Decreto Legislativo 1/2022, de 6 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Presidente o Presidenta y del Gobierno de Aragón.

⁸³ Artículo 32.2 de la Ley 1/2019, de 31 de enero, del Gobierno de las Islas Baleares.

⁸⁴ Artículo 7 de la Ley 4/2015, de 26 de febrero, de regulación del proceso de transición entre gobiernos en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

que apruebe un acuerdo donde se incluya la relación de asuntos pendientes del referido órgano de gobierno y su estado en la tramitación, un inventario de documentos y la información presupuestaria y contable exigida. En las demás causas de cese, el acuerdo se adoptará en la primera reunión del Consejo de Gobierno tras el cese del Presidente si no hubiera sido posible realizarla con anterioridad. Asimismo se prevé la posibilidad de creación de comisiones de traspaso con la finalidad de verificar el cumplimiento de las prescripciones legales en la materia⁸⁵.

V. Conclusiones.

De todo lo expuesto se pueden extraer las siguientes ideas de interés, a modo de resumen:

Primera.- Aunque la Constitución Española no establece límites expresos a la actividad del Gobierno en funciones, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado que sí los hay implícitos, *“pues la propia naturaleza de esta figura, cesante y transitoria, conlleva su falta de aptitud para ejercer la plenitud de las atribuciones gubernamentales”*.

Segunda.- En el ámbito estatal, el Gobierno en funciones se regula en el artículo 21 de la Ley del Gobierno, configurando sus límites en torno al concepto jurídico indeterminado *“despacho ordinario de asuntos públicos”* a los que debe acotar su actuación, salvo en casos de urgencia o por razones de interés general. Se establecen también unas prohibiciones absolutas relativas a las facultades atinentes a la relación fiduciaria entre el Gobierno y las Cámaras o con la ciudadanía, y en relación con la iniciativa legislativa. Asimismo, se suspenden las delegaciones legislativas otorgadas al Gobierno por las Cortes Generales si causa del cese es *“consecuencia de la celebración de elecciones generales”*.

Tercera.- La Sentencia de 20 de septiembre de 2005 del Tribunal Supremo, realiza una interpretación restrictiva del concepto jurídico indeterminado *“despacho ordinario*

⁸⁵ Artículo 10 de la Ley 4/2015, de 26 de febrero, de regulación del proceso de transición entre gobiernos en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

de los asuntos públicos”, entendiéndose por tal la “*gestión administrativa ordinaria ausente de valoraciones y decisiones en las que entren criterios políticos salvo que se motive debidamente la urgencia o las razones de interés general que justifiquen la adopción de medidas de otra naturaleza*”. Se fundamenta en la clásica distinción entre actos políticos y actos administrativos del Gobierno, y dentro de éstos, en la diferenciación entre actos administrativos ordinarios (sin contenido o valor político) y actos administrativos no ordinarios, en cuanto implican una opción con contenido o valor político. La actuación del Gobierno en funciones se restringe, por tanto, a los actos administrativos ordinarios.

Cuarta.- Poco tiempo después, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 2 de diciembre de 2005, flexibiliza el criterio interpretativo anterior, de modo que “*no es la presencia de una motivación o juicio políticos lo que excede a la gestión ordinaria de los asuntos públicos, sino la adopción de decisiones que, por su contenido en las circunstancias concretas en las que se toman, impliquen una nueva orientación política o condicionen, comprometan o impidan la que deba adoptar el nuevo Gobierno*”.

Se argumenta que la dirección política para la que inicialmente se obtuvo la confianza parlamentaria puede variar durante el ejercicio de su mandato, pero cuando se extingue esa relación fiduciaria (con el cese del Gobierno) finaliza correlativamente la posibilidad de reorientar esa dirección política, ya que también se limitan paralelamente los controles parlamentarios. El pronunciamiento enfatiza la importancia de la valoración casuística, de modo que “*esa cualidad que excluye a un asunto del despacho ordinario ha de apreciarse, caso por caso, atendiendo a su naturaleza, a las consecuencias de la decisión a adoptar y al concreto contexto en que deba producirse*”.

Quinta.- La Sentencia de 2 de diciembre de 2005 suscita ciertas dudas.

La primera se refiere a si esas actuaciones de nueva orientación política sólo estarían prohibidas si simultáneamente “*condicionan, comprometen o impiden*” las políticas o actuaciones que deba trazar el Gobierno que lo sustituya, o por el contrario, si se trata de dos cualidades independientes de modo que sería suficiente que se apreciara una sola de ellas para entender prohibida la actuación. En la jurisprudencia posterior se aprecian ciertas divergencias, no siendo dable aventurar con seguridad cuál de las dos

interpretaciones ha de prevalecer, por lo que resultaría muy conveniente un futuro pronunciamiento que dirimiera definitivamente la cuestión de manera expresa.

La segunda duda versa sobre si se acomodaría a la legalidad la realización de actuaciones de nueva orientación política cuando concurren especiales circunstancias o bien atendiendo a la naturaleza de la actuación o por mor de sus consecuencias. La sentencia, en distintos pasajes, otorga especial relevancia a la valoración casuística, pero no llega a afirmar ni negar que las mismas puedan llegar a predeterminar la viabilidad de la actuación de nueva orientación política en esos casos. Es un asunto todavía no resuelto por el Tribunal Supremo, pero de admitirse en un futuro, supondría reconocer una excepción no prevista expresamente en el criterio plasmado en la Sentencia de 2 de diciembre de 2005.

La Sentencia 124/2008, de 14 de noviembre del Tribunal Constitucional, sin embargo, valora especialmente la naturaleza internacional de la actuación, dando carta de naturaleza a posibles actuaciones internacionales del Gobierno en funciones, incluso si implican una nueva orientación política, por exigirlo la naturaleza intrínseca de la actuación (su carácter internacional). Es más, el Tribunal Constitucional parece configurar estas actuaciones internacionales como un supuesto permitido en todo caso al Gobierno en funciones, que se sumaría al “*despacho ordinario de los asuntos públicos*” ya autorizado por el artículo 21.

Sexta.- De la jurisprudencia analizada se pueden citar dos principales circunstancias que pueden tenerse en consideración para valorar si una determinada actuación excede o no del “*despacho ordinario de asuntos públicos*”: de un lado, la extensión temporal de la interinidad, siendo más razonable la necesidad de acometer ciertas actuaciones cuando la cesantía se alarga en el tiempo. En segundo lugar, la idea de la reversibilidad o revocabilidad de la actuación realizada por el Gobierno en funciones.

Séptima.- La jurisprudencia más reciente manifiesta una progresiva tendencia a validar de manera absoluta el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno en funciones, sobre la referida idea de su reversibilidad (en la medida en que siempre queda a salvo la eventual derogación de dicho reglamento por el Gobierno entrante) y bajo el

fundamento de que el artículo 21 no proscribiera expresamente el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Octava.- El Tribunal Constitucional ha reconocido que la Constitución no priva al Gobierno en funciones de su legitimación para interponer el recurso de inconstitucionalidad.

Novena.- La regulación del Gobierno en funciones en los ordenamientos autonómicos es heterogénea. En las Comunidades Autónomas de Madrid, Galicia y Valencia se omite directamente cualquier regulación en sus respectivas leyes de Gobierno, debiendo entenderse de aplicación supletoria la regulación estatal de acuerdo con la interpretación jurisprudencial expuesta.

En otras comunidades autónomas se aprecia una mínima regulación, por debajo incluso de la somera regulación estatal, o a la par, como sucede en Asturias, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Andalucía, Cataluña, Murcia, La Rioja o Cantabria.

Pero en el resto de comunidades autónomas se observa una regulación más detallada, destacando el carácter especialmente reglamentista de las leyes de Gobierno de Extremadura, Aragón, Baleares y Canarias, que responden a un modelo profundamente restrictivo de las facultades del Gobierno en funciones en lo referido a la actividad administrativa ordinaria, incrementando sustancialmente el rigor del artículo 21 de la norma estatal. Regulan además prescripciones precisas para ordenar el traspaso de poderes.

Resulta significativo que el legislador autonómico más reciente pretenda encorsetar en mayor grado la actuación administrativa ordinaria del Gobierno en funciones, en un movimiento inverso a la interpretación más contenida del Tribunal Supremo.

Junio de 2023.

Bibliografía

- “La permanencia en funciones del Gobierno en los ordenamientos autonómicos”
Fernando Reviriego Picón y Jorge Alguacil González-Aurioles. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid. Nº 22. 2010.

- “El control parlamentario del Gobierno en funciones”. Juan Manuel Herreros López. La Ley 7182/2019.

- “Las atribuciones del Gobierno en funciones”. Marc Carrillo. Revista Española de Derecho Constitucional. 109, págs.121-154.

- “El Gobierno en funciones: límites y control parlamentario”. Juan Manuel Herreros López. La Ley 5426/2017.

- “La Actuación del Gobierno en funciones y su control jurisdiccional y político: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de noviembre de 2018”. Alejandro Torres Gutiérrez. Civitas Europa 2019/1 (nº42). Irene/Université de Lorraine.