Año 2025 Nº 26

CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA • UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

Anuario

# Parlamento y Constitución

# El Control Ejercido Por Los Tribunales Sobre La Creación Normativa De Los Gobiernos En Funciones.

# The Control Exercised By Courts Over The Normative Creation By Caretaker Governments.

**Alejandro de Rosa Cañete**
*Universitat de València*
*alejandro.rosa-canete@uv.es*
*https://orcid.org/0009-0003-7264-4585*

**Cómo citar/Citation**
DE ROSA CAÑETE, A.
"El control ejercicio por los tribunales sobre la creación normativa de los gobiernos en funciones", en *Parlamento y Constitución. Anuario.* Cortes de Castilla-La Mancha – UCLM, nº 26, 2025.

**https://doi.org/10.71206/rapc.405**

Recibido: 15-02-2025
Aceptado: 30-06-2025

**Resumen:** El presente trabajo examina el control ejercido por los tribunales sobre la creación normativa de los Gobiernos en funciones en España. Se plantea la cuestión de las competencias y limitaciones de un Gobierno en funciones, con especial énfasis en su capacidad normativa. Al respecto, se constatará que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que establece que los Gobiernos en funciones deben restringirse al despacho ordinario de los asuntos públicos (salvo en casos de urgencia o interés general debidamente justificados), se encuentra ampliamente extendida y aceptada. La publicación de este trabajo se justifica por su contribución al entendimiento de los límites legales y constitucionales de los Gobiernos en funciones, proporcionando un avance significativo en la interpretación y aplicación de la normativa vigente.

**Palabras clave:** "Gobierno en funciones", "Despacho ordinario", "Jurisprudencia", "Tribunal Supremo" y "Capacidad normativa".

**Abstract:** This paper examines the judicial control over the normative creation by caretaker governments in Spain. It addresses the issue of the competencies and limitations of a caretaker government, particularly regarding its normative capacity. In this regard, it will be noted that the jurisprudence of the Supreme

Court, which establishes that caretaker governments must limit themselves to the ordinary administration of public affairs (except in cases of urgency or duly justified general interest), is widely accepted and applied. The publication of this paper is justified by its contribution to understanding the legal and constitutional limits of caretaker governments, providing a significant advance in the interpretation and application of current regulations.

**Key words:** "Caretaker government", "Ordinary administration", "Case law", "Supreme Court" and "Regulatory authority".

## SUMARIO

*1. Introducción*

*2. Interinidad y bloqueo político: los Gobiernos en funciones en la España contemporánea.*

*3. El marco jurídico del Gobierno en funciones: configuración constitucional y desarrollo legislativo.*

*4. Delimitación jurisprudencial del Gobierno en funciones: análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 2 de diciembre de 2005.*

*5. La STS de 20 de septiembre de 2005: origen y evolución del cambio jurisprudencial.*

*6. Jurisprudencia constitucional sobre la posición y funciones del Gobierno cesante: una aproximación a la doctrina del Tribunal Constitucional.*

*1. La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 97/2018: legitimación del Gobierno en funciones para interponer recursos de inconstitucionalidad.*

*2. La vigencia del control parlamentario sobre el Gobierno en funciones: análisis de la STC 124/2018.*

*3. La STC 10/2023: el control de constitucionalidad del Real Decreto-ley 14/2019 y la delimitación del artículo 86.1 CE en contextos de interinidad.*

*7. La respuesta judicial ante la actuación normativa del Gobierno en funciones.*

*8. Conclusiones.*

*9. Bibliografía.*

## *1. Introducción.*

En los sistemas parlamentarios, la figura del Gobierno en funciones constituye una manifestación institucional de la necesidad de continuidad en el ejercicio del poder ejecutivo durante los periodos de transición política. En el caso español, la creciente frecuencia e intensidad de estos episodios de interinidad, especialmente desde el año 2015, ha suscitado relevantes interrogantes jurídicos y políticos en torno a la delimitación de las competencias de un Ejecutivo que ha cesado en su relación de confianza con el Parlamento.

El presente trabajo se propone analizar el control ejercido por los tribunales sobre la potestad normativa del Gobierno durante estos periodos de interinidad. A tal fin, se parte de la configuración constitucional y legal del Gobierno cesante, para luego abordar la interpretación jurisprudencial que ha ido perfilando su margen de actuación, con especial atención al concepto jurídico indeterminado de "despacho ordinario de los asuntos públicos".

La Constitución Española (CE), en su artículo 101, y la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (Ley del Gobierno o Ley 50/1997), establecen las bases de un modelo que combina la exigencia de neutralidad política con la garantía de continuidad institucional. Sin embargo, la ambigüedad normativa y el vacío constitucional respecto a los límites funcionales del Ejecutivo en funciones han exigido una labor interpretativa decisiva por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa y del propio Tribunal Constitucional.

A través del estudio de la evolución jurisprudencial —desde las sentencias de 2005 hasta pronunciamientos más recientes— este trabajo se propone esclarecer el alcance del control judicial sobre la actuación normativa del Ejecutivo saliente, determinando en qué medida puede ejercer competencias legislativas o reglamentarias sin comprometer el principio democrático ni condicionar la acción del futuro Gobierno. Al hacerlo, se pretende contribuir a una mejor comprensión del equilibrio entre legalidad, estabilidad institucional y responsabilidad política en los momentos en que el sistema parlamentario se enfrenta a tensiones notables.

## *2. Interinidad y bloqueo político: los Gobiernos en funciones en la España contemporánea.*

Durante el período comprendido entre el 21 de diciembre de 2015 y el 31 de octubre de 2016, España atravesó una situación constitucional sin precedentes desde la aprobación y promulgación de la Constitución Española en 1978. Durante más de 300 días, el Gobierno de la nación estuvo en funciones (artículo

101.2 CE) y, mientras tanto, se eligieron dos Parlamentos con plenos poderes[1].

Las elecciones generales del 20 de diciembre de 2015 resultaron en una notable fragmentación del Congreso de los Diputados. El Partido Popular logró 123 escaños en la Cámara Baja, de un total de 350, perdiendo 63 asientos y la mayoría absoluta que disfrutó durante la X legislatura. En este contexto, Mariano Rajoy, líder del Partido Popular y Presidente del Gobierno, rechazó la oferta del Jefe del Estado para formar Gobierno, al no contar con el apoyo parlamentario necesario. Este hecho, anunciado por la Casa Real el 22 de enero de 2016[2], marcó un acontecimiento insólito hasta esa fecha. Pocos días después, el 2 de febrero de 2016, Pedro Sánchez, secretario general del Partido Socialista Obrero Español (PSOE), aceptó el encargo del rey para intentar formar Gobierno.

Sin embargo, el candidato propuesto por el rey no logró obtener la confianza de la Cámara en ninguna de las dos votaciones, ni en la del 2 de marzo ni en la segunda, celebrada dos días después. Este hecho también fue inédito, ya que era la primera vez que fracasaba una propuesta regia de candidato a la presidencia del Gobierno. Como consecuencia, el 3 de mayo de 2016 se activó lo dispuesto en el artículo 99.5 de la Constitución, que establece que, si transcurren dos meses desde la primera votación de investidura sin que ningún candidato obtenga la confianza del Congreso, el rey disolverá ambas Cámaras y convocará nuevas elecciones con el refrendo del presidente del Congreso[3].

En cumplimiento del mandato constitucional[4], las elecciones se celebraron el 26 de junio de 2016. El resultado de esta nueva convocatoria electoral no produjo una variación política significativa ya que persistió la fragmentación en el Congreso de los Diputados. Aunque el Partido Popular aumentó su representación, solo logró obtener 137 escaños. Debido a las dificultades para formar un Gobierno con suficiente apoyo para la investidura, el rey[5] y la presidencia del Congre-

1 Carrillo López, M., "Las atribuciones del Gobierno en funciones", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 109, 2017, p. 123.

2 Casa de Su Majestad el Rey. *Comunicado de la Casa de S.M. el Rey*, Madrid, 22 de enero de 2016, disponible en: https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2016/01/22/comunicado_casa_real.pdf

3 Torres Gutiérrez, A., "La Actuación del Gobierno en Funciones y su Control Jurisdiccional y Político: A propósito de la Sentencia del TC de 14 de Noviembre de 2018", *Civitas Europa: revue juridique sur l'évolution de la nation et de l'État en Europe = revista jurídica sobre la evolución de la nación y del estado en Europa = legal journal on the development of nation and State in Europe*, nº 42, 2019, p. 189.

4 Real Decreto 184/2016, de 3 de mayo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones, disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-4280

5 A nivel doctrinal, el papel el Rey en el procedimiento de investidura ha sido objeto de amplio debate, especialmente en lo que respecta a su margen de actuación en contextos de fragmentación parlamentaria. Como ha señalado Ridaura Matínez, la Constitución de 1978, al configurar la Monarquía parlamentaria como un poder moderador y no decisorio, atribuye al Congreso de los Diputados un papel central en la elección del Presidente del Gobierno, relegando la intervención regia a una función de impulso institu-

so retrasaron la propuesta de candidato y la convocatoria de la primera sesión de investidura[6]. Constitucionalmente, esto resultó en la prolongación, aún más, del Gobierno en funciones.

El 31 de agosto y el 2 de septiembre, Mariano Rajoy perdió ambas votaciones de investidura, obteniendo 170 votos a favor y 180 en contra. Tras la crisis interna del PSOE, que derivó en la dimisión de Pedro Sánchez como secretario general de los socialistas, una gestora asumió la dirección de esta formación y decidió abstenerse en una segunda votación de investidura para facilitar la investidura de Mariano Rajoy como Presidente del Gobierno. Así, después de una nueva ronda de votaciones, el 30 de octubre de 2016 (escasos días antes de que expirara el plazo constitucional de dos meses, una situación que, de haberse dado, habría requerido la convocatoria automática de nuevas elecciones[7]), Mariano Rajoy fue elegido Presidente del Gobierno en segunda votación con 170 votos a favor, 111 votos en contra y la abstención de 68 diputados del PSOE. Al día siguiente, 31 de octubre, el nuevo Presidente del Gobierno juró su cargo ante el rey, poniendo fin al periodo más largo de Gobierno en funciones de nuestra democracia: más de 300 días[8].

Idéntica situación se produjo en 2019. El rechazo a los Presupuestos Generales del Estado propuestos por el Gobierno de Pedro Sánchez para el año 2019 precipitó el fin de la XII legislatura. La negativa a las cuentas, impulsada por los partidos independentistas catalanes tras el fracaso de las negociaciones con el Ejecutivo, llevó a Pedro Sánchez a anunciar la disolución de las Cortes y la convocatoria de elecciones generales para el 28 de abril de 2019[9].

---

cional sometida a parámetros muy acotados. En efecto, aunque el Rey ostenta la prerrogativa de proponer un candidato tras las consultas con los grupos parlamentarios, esta función debe ejercerse con estricta observancia de la correlación de fuerzas resultante de los comicios, ya que el objetivo último no es otro que facilitar la formación de un gobierno viable. En escenarios de mayor fragmentación, sin embargo, el Monarca adquiere un papel más visible como árbitro institucional, aunque sin perder de vista que su propuesta debe estar orientada hacia opciones que cuenten con posibilidades reales de ser investidas. Por tanto, si bien existe cierto margen de discrecionalidad, esta debe ejercerse con neutralidad, ponderación y sentido de Estado, evitando convertirse en mero cauce para propuestas inviable o instrumentalizadas políticamente. Véase García Fernández, J., Gómez Montoro, Á. J., Montilla Martos, J. A., Revenga Sánchez, M., Reviriego Picón, F., Ridaura Martínez, M. J. Y Seijas Villadangos, E.: "Encuesta sobre el Gobierno en funciones", *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 40, 2017, pp. 38-39.

6 Casqueiro, J., "El fracaso de Rajoy para sumar apoyos retrasa su investidura", *El País*, 25 de julio de 2016, disponible en: https://srv00.epimg.net/pdf/elpais/1aPagina/2016/07/ep-20160725.pdf (Consultado 10/04/2025).

7 Carrillo López, M., "Las atribuciones", op. cit., p. 123.

8 Torres Gutiérrez, A., "La Actuación", op. cit., p. 189.

9 Real Decreto 129/2019, de 4 de marzo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones, disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-3109.

Tras las elecciones generales del 28 de abril de 2019, que dieron lugar a la XIII legislatura, las Cortes no lograron investir a un Presidente del Gobierno debido a la fragmentación parlamentaria y la falta de acuerdos entre las principales fuerzas políticas. El bloqueo institucional llevó al rey Felipe VI a firmar el decreto de disolución de las Cortes[10] tras constatar la imposibilidad de investir a un candidato en los plazos establecidos por el artículo 99 de la Constitución. Esta situación derivó en una dilatada interinidad que obligó a convocar nuevas elecciones generales el 10 de noviembre de 2019.

Finalmente, Pedro Sánchez fue investido Presidente del Gobierno el 7 de enero de 2020[11]. Su investidura fue posible gracias a un acuerdo de coalición entre el PSOE y Unidas Podemos, además del apoyo parlamentario de otras fuerzas políticas como el PNV, Más País y Compromís, junto con la abstención de ERC y Bildu. La votación final en el Congreso arrojó un resultado ajustado de 167 votos a favor, 165 en contra y 18 abstenciones. Este desenlace puso fin a una etapa de interinidad en la que el Gobierno se mantuvo en funciones durante 254 días, desde el 29 de abril de 2019 hasta el 8 de enero de 2020[12].

No llegó a agotarse la legislatura, pues el 29 de mayo de 2023, Pedro Sánchez informó en una comparecencia pública que había comunicado al rey Felipe VI su decisión de disolver las Cortes Generales[13] y convocar elecciones anticipadas para el 23 de julio de 2023. Este anuncio se produjo un día después de conocerse los resultados de las elecciones municipales y autonómicas de mayo de ese año, en las que el Partido Popular obtuvo una victoria contundente, lo que supuso una pérdida significativa de poder territorial para el PSOE, incluyendo un número relevante de gobiernos autonómicos y grandes ayuntamientos. En este contexto, el Gobierno en funciones volvió a ser una realidad en España. El inicio de este período comenzó el 24 de julio de 2023 y finalizó el 17 de noviembre de 2023[14], tras el nombramiento de Pedro Sánchez como Presidente del Gobierno, de nuevo, lo que supuso un total de 116 días de Gobierno en funciones tras las elecciones generales de julio de 2023.

10 Real Decreto 551/2019, de 24 de septiembre, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones, disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-13558

11 Real Decreto 1/2020, de 7 de enero, por el que se nombra Presidente del Gobierno a don Pedro Sánchez Pérez-Castejón, disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-231

12 Ripollés Serrano, M. R., "Gobierno en funciones y control parlamentario", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 109, 2017, p. 155.

13 Real Decreto 400/2023, de 29 de mayo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones, disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-12663

14 Real Decreto 828/2023, de 16 de noviembre, por el que se nombra Presidente del Gobierno a don Pedro Sánchez Pérez-Castejón, disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-23302

España, por lo tanto, ha vivido diversos períodos de Gobierno en funciones en las últimas legislaturas[15].

Esta situación de interinidad ha tenido importantes consecuencias políticas, que solo encuentran paralelo en el caso de Bélgica dentro de la Unión Europea[16]. Desde el punto de vista institucional, en un modelo de Gobierno parlamentario como el español, las cuestiones de orden constitucional que se plantean son muy relevantes. En relación con la posición del Gobierno, destacan especialmente dos cuestiones: las competencias que ostenta un Gobierno en funciones y el control parlamentario[17] en una situación de interinidad.

En resumen, durante los más de cuarenta años de vigencia de la Constitución, nunca se había dado una situación en la que distintos Gobiernos tuvieran sus funciones constitucionales limitadas durante un período tan prolongado. Esta situación, sin precedentes antes de las elecciones del 20 de diciembre de 2015, puso de manifiesto los retos que supone esta situación de interinidad para garantizar el correcto funcionamiento de las instituciones y asegurar la estabilidad política del país.

En este contexto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido vital para analizar la capacidad normativa de los Gobiernos en funciones. El Tribunal

15 Al respecto, Reviriego Picón señala que los periodos de interinidad comprendidos entre el cese de un Gobierno y la investidura del nuevo Ejecutivo han sido tradicionalmente breves en el sistema parlamentario español. Hasta el prolongado episodio de 2015-2016 —en el que, por primera vez, se aplicó la cláusula de disolución automática prevista en el artículo 99.5 CE, posteriormente activada de nuevo en 2019—, la duración media de los Gobiernos en funciones apenas superaba los cuarenta días. Véase Reviriego Picón, F., "Artículo 101", *Comentarios a la Constitución Española: En memoria de Pablo Pérez*, coord. por Montesinos Padilla, C.; dir. por Sáiz Arnaiz, A. y Bustos Gisbert, R., Tirant Lo Blanch, 2024, p. 1455.

16 Entre junio de 2010 y diciembre de 2011, Bélgica conoció el más largo período de gobierno en funciones de su historia (541 días). En los últimos años, Israel ha sido otro país con un largo periodo de interinidad gubernamental. Véase Aragón Reyes, M., "El Gobierno en funciones: su ámbito competencial y su control parlamentario (comentario a la STC 124/2018, de 14 de noviembre)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 119, 2020, p. 291.

17 Aunque no constituye, estrictamente, el objeto principal de la presente investigación, resulta pertinente destacar la relevancia normativa de la Ley 1/2019, de 31 de enero, del Gobierno de las Illes Balears, en particular su artículo 24, que introduce una innovación legislativa significativa en el panorama normativo estatal y autonómico en materia de regulación del Gobierno en funciones. A partir de la STC 124/2018, de 14 de noviembre, que reafirmó la importancia del control parlamentario sobre un Gobierno en funciones —incluso en ausencia de una relación de confianza entre el Ejecutivo y la Cámara Baja—, dicho precepto de la normativa balear establece que el Gobierno cesante, mientras actúe en funciones, se encuentra sometido al control parlamentario en los mismos términos que un Gobierno ordinario. Esta disposición representa un avance relevante, al incorporar de forma expresa en el ordenamiento autonómico el principio de control parlamentario que, según el Tribunal Constitucional, puede ser ejercido por el poder legislativo incluso durante los períodos de interinidad del Ejecutivo.

Supremo ha determinado que, en periodos de interinad, los Gobiernos deben limitar sus actuaciones a los asuntos urgentes y de trámite ordinario, evitando tomar decisiones que puedan comprometer la acción del próximo Ejecutivo. Así, el concepto jurídico indeterminado de "despacho ordinario de los asuntos", que en otros ordenamientos se denomina el Gobierno *d'affaires courantes* (Bélgica y Francia), *d'affari correnti* o también *d'amministrazione ordinaria* (Italia)[18], será objeto de análisis a partir de determinados pronunciamientos judiciales.

### *3. El marco jurídico del Gobierno en funciones: configuración constitucional y desarrollo legislativo.*

El Gobierno ha asumido un papel central en la acción política del Estado contemporáneo, superando las funciones descritas en los textos constitucionales, a pesar de las competencias significativas de otros órganos constitucionales y los procesos de integración supranacional. La aceptación del fortalecimiento del Ejecutivo y la proclamación del Estado social y democrático de Derecho han cambiado sustancialmente las relaciones entre el Gobierno y otros órganos constitucionales, especialmente el Parlamento, resultando en una mayor autonomía para el primero.

En nuestro país, la Constitución establece un sistema de Gobierno parlamentario racionalizado, en el que el rey carece de poderes decisorios y se busca equilibrar la estabilidad gubernamental con el control parlamentario. En este marco, las Cortes Generales representan al pueblo español, ejerciendo la potestad legislativa y supervisando la acción del Gobierno (artículo 66 CE), mientras que el Ejecutivo, de origen parlamentario, precisa contar con la confianza del Congreso para su investidura (artículo 99 CE[19]).

18 Carrillo López, M., "Las atribuciones", op. cit., p. 125.

19 En el debate sobre la necesidad de adaptar el marco jurídico español a los desafíos actuales, la reforma del artículo 99 de la Constitución Española ha cobrado una relevancia especial. Este precepto ha sido objeto de críticas por su rigidez y por los bloqueos institucionales que puede generar en escenarios de fragmentación política. En este contexto, diversos académicos han propuesto soluciones para garantizar la formación de un Gobierno efectivo, incluso en ausencia de una mayoría parlamentaria clara. Entre estas voces destaca la de Montilla Martos que ofrece un análisis profundo sobre las deficiencias del artículo 99 CE y plantea una propuesta concreta para su reforma que tendría como objetivo asegurar el inicio de la legislatura y eliminar los actuales puntos críticos de la investidura. En primer lugar, plantea que el cómputo del plazo de dos meses previsto en el artículo 99.5 CE se inicie. desde la conclusión de las consultas reales, con independencia de si se formula o no una propuesta de candidato. En segundo lugar, defiende sustituir la disolución automática de las Cortes por una votación en la que resulte investido el candidato que obtenga el mayor número de apoyos, sin necesidad de alcanzar la mayoría simple. Esta solución, inspirada en los reglamentos parlamentarios de Comunidades Autónomas como el País Vasco o Asturias, permitiría desbloquear la situación sin recurrir a nuevas elecciones. No se trataría de investir al candidato más votado, sino al candidato que concita el mayor número de apoyos, aunque estos

Una característica esencial de nuestro sistema político reside en la centralidad del Presidente del Gobierno. Esta figura es el nexo fundamental entre el Ejecutivo y el Congreso de los Diputados, puesto que el nombramiento y eventual cese del Gobierno dependen de su designación[20]. De hecho, pese a haber obtenido la confianza parlamentaria mediante la investidura, el presidente puede, por razones de oportunidad política y tras la deliberación del Consejo de Ministros, solicitar al Congreso la renovación de dicho respaldo—ya sea en función de su programa o de una declaración de política general—lográndose esta renovación al obtener la mayoría simple en una cuestión de confianza (artículo 112 CE). Por otro lado, el Congreso posee la facultad de exigir la responsabilidad política del Gobierno mediante una moción de censura por mayoría absoluta, conforme al artículo 113 de la Constitución. Estos mecanismos reflejan el control político que el Parlamento ejerce sobre el Gobierno[21] y la importancia de la figura del Presidente del Gobierno en el entramado constitucional español.

En este sentido, el artículo 101.1 de la Constitución establece tres situaciones en las que el Gobierno puede entrar en funciones: tras la celebración de elecciones generales[22], cuando el Ejecutivo pierde la confianza parlamentaria en los ca-

no supongan la mayoría simple. Por su parte, Ridaura Martínez plantea una alternativa distinta, basada en que, ante la imposibilidad de alcanzar una mayoría suficiente, el Rey propusiera como candidato al representante del Grupo Parlamentario más numeroso. Esta fórmula, aunque haya sido aplicada en algunas Comunidades Autónomas, también tiene sus límites tal y como reconoce la propia autora. Así, se trataría de una medida que puede permitir resolver puntualmente el bloqueo en la investidura, pero que no garantiza la estabilidad de la legislatura, ya que un Gobierno constituido de este modo tendría serias dificultades para sostenerse en el tiempo y para sacar adelante su programa con mayorías muy ajustadas. Se trataría, por tanto, más de un mecanismo paliativo que de una solución estructural al problema del bloqueo institucional. Véase García Fernández, J., Gómez Montoro, Á. J., Montilla Martos, J. A., Revenga Sánchez, M., Reviriego Picón, F., Ridaura Martínez, M. J. Y Seijas Villadangos, E.: "Encuesta sobre", op. cit., pp. 18-28.

20 Álvarez Conde, E., "El Gobierno en funciones", *Documentación Administrativa*, n º 246-247, 1996-1997, p. 195.

21 Carrillo López, M., "Las atribuciones", op. cit., p. 125.

22 De acuerdo con lo estipulado en el mencionado precepto, el Gobierno cesa en sus funciones una vez concluidas las elecciones. Este cese se oficializa al día siguiente de la jornada electoral, cuando el Rey emite los Reales Decretos de cese del Presidente y los miembros del Gobierno, refrendados por el Presidente del Gobierno saliente. Estos decretos se publican en el BOE al día siguiente. Como señala Carrillo López es necesario matizar este primer supuesto de cese, ya que no toda elección implica automáticamente el fin del mandato del Gobierno. Solo las elecciones generales al Congreso de los Diputados tienen ese efecto, conforme a lo previsto en el artículo 99.1 de la Constitución Española, que contempla dicho proceso como paso previo a la investidura de un nuevo Presidente del Gobierno. En consecuencia, el Ejecutivo no cesa ni siquiera en el caso particular de una convocatoria electoral destinada únicamente a la renovación del Senado. Véase Carrillo López, M., "Artículo 101: El cese del Gobierno y el Gobierno en funciones", *Comentarios a la Constitución Española*, coord. por Arnaldo Alcubilla, E.; dir. por Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Casas Baamonde, M. E., con colaboración de Remón Peñalver, J., Pérez Manzano, M., y Borrajo Iniesta, I., Vol. 2, Tomo II, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, p. 427.

sos previstos por la Constitución (esto es, el éxito de una moción de censura o la derrota en una cuestión de confianza) o por la muerte o dimisión del presidente[23]. A partir de estos motivos, se establece la situación jurídica del Gobierno en funciones hasta la formación de un nuevo ejecutivo, conforme a lo previsto en el artículo 101 de la Constitución. Esta disposición previene la "desaparición temporal" de un órgano constitucional del Estado "encargado, por mandato constitucional, de desempeñar funciones clave para el funcionamiento del sistema"[24].

En efecto, el Gobierno en funciones tiene encomendadas dos funciones fundamentales. La primera, según ha señalado el Tribunal Constitucional, es "evitar vacíos de poder y asegurar en todo momento la continuidad del funcionamiento de la Administración y de la acción de Gobierno" [25]. La segunda consiste en garantizar una transición ordenada entre el Ejecutivo cesante y el entrante, asegurando así la estabilidad institucional durante el período de interinidad. Por lo tanto, dado que el Gobierno es un órgano colegiado que busca equilibrar los principios de estabilidad, permanencia y responsabilidad en su funcionamiento, la Constitución prevé la existencia de un Gobierno en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno. En cualquiera de los supuestos del artículo 101, el presidente, los vicepresidentes (de haberlos) y los ministros permanecen en funciones hasta que se forme un nuevo gobierno, tal y como establece el artículo 101.2 de la Constitución. Inevitablemente, la frase "en funciones" sugiere una noción de temporalidad o carácter provisional[26].

La previsión del artículo 101.2 de la Constitución, tras la ruptura de la relación de confianza en cada uno de los supuestos que generan el cese del gobierno, se explica a través de la construcción teórica de la *prorrogatio*. Este concepto se define por la terminación del mandato del órgano como condición necesaria para su implementación y por una autorización temporal y automática que permite continuar con las funciones asignadas a dicho órgano[27]. Así, el Gobierno en fun-

23 Reviriego Picón recuerda que, desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978, se han producido tres supuestos de cese del Gobierno conforme al artículo 101.1 CE: por convocatoria electoral (ordinaria o anticipada), por dimisión del Presidente del Gobierno (1981) y por éxito de una moción de censura constructiva (2018). Cabe señalar que, además de esta última, se han planteado otras cinco mociones de censura (1980, 1987, 2017, 2020 y 2023), todas ellas rechazadas por el Congreso. En cuanto a las cuestiones de confianza, se han presentado dos (1980 y 1990), ambas superadas, lo que evitó el cese del Ejecutivo en dichos casos. Véase Reviriego Picón, F., "Artículo 101", op. cit., p. 1454.

24 González Alonso, A., "Los gobiernos cesante y en funciones en el ordenamiento constitucional español", *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 12, 2005, p. 247.

25 STC 97/2018, de 19 de septiembre de 2018, FJ 2º.

26 Luque Regueiro, F., "Limitaciones del Gobierno en funciones en la Constitución y en la regulación estatal. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Regulación autonómica", *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 2023, 2023, p. 3.

27 Álvarez Conde, E., "El Gobierno", op. cit., p. 196-197.

ciones es un Gobierno cuya posición se define básicamente por la falta de confianza parlamentaria debido a la ruptura de la relación fiduciaria entre el Gobierno y el Parlamento.

La Constitución no excluye explícitamente ninguna función al Gobierno cesante, sino que exige su continuidad operativa. Sin embargo, al tratarse de un ente transitorio, no puede ejercer la totalidad de las atribuciones de un Ejecutivo plenamente legitimado[28]. Según Carrillo López, "la continuidad del Gobierno está asegurada, aunque sus funciones han de quedar forzosamente degradadas; y en el ínterin, el Parlamento recién elegido ha de ejercer las suyas, aunque se vean disminuidas. Lo contrario, devendría una especie de cuarentena institucional para el Gobierno y para las Cortes Generales hasta la constitución de un nuevo Ejecutivo, que, además de absurdo, constituiría un fraude constitucional."[29]

A pesar de ello, la Constitución no hace alusión a posibles restricciones que puedan limitar las prerrogativas del Gobierno cuando se encuentra en funciones, sino que los artículos 101 y 97 permanecen en silencio sobre este extremo y únicamente se dedican a describir las facultades del Gobierno durante un periodo de plena autoridad. Por esta razón, es necesario remitirse a la legislación ordinaria. Esta legislación se materializó en la Ley 50/1997. En su artículo 21, después de reproducir el contenido del artículo 101 de la Constitución, se detallan las restricciones que limitan la actuación del Gobierno saliente durante este periodo, así como los principios y reglas que deben orientar su conducta.

La Ley 50/1997, aprobada veinte años después de la entrada en vigor de la Constitución, vino a solventar las carencias constitucionales al regular por pri-

28 Según la STS de 2 de diciembre de 2005, el Fundamento Jurídico Quinto establece que el Gobierno cesante está obligado a continuar en el ejercicio de sus funciones hasta que sea efectivamente sustituido, en virtud del principio de continuidad institucional. No obstante, esta continuidad no equivale al mantenimiento pleno de sus atribuciones, pues su carácter transitorio implica una inevitable limitación funcional. En este sentido, el Tribunal advierte que "el hecho de que no se establezcan constitucionalmente límites explícitos […] no quiere decir que no existan, pues la propia naturaleza de esta figura, cesante y transitoria, conlleva su falta de aptitud para ejercer la plenitud de las atribuciones gubernamentales". A pesar del silencio del artículo 101 CE respecto a las restricciones del Ejecutivo en funciones, y de la ausencia de remisión a una norma legal que las precise, ello no impide que dichas limitaciones deban inferirse con cautela, siendo necesario extremar el cuidado al "definir qué es lo que no puede hacer". Por su parte, el Fundamento Jurídico Sexto se centra en los supuestos constitucionales que determinan el cese del Gobierno —la celebración de elecciones generales, la pérdida de la confianza parlamentaria, la dimisión o el fallecimiento del presidente— y en las consecuencias temporales que se derivan de cada uno de ellos. Mientras que en los casos de moción de censura la sustitución puede producirse con celeridad, en los demás supuestos la interinidad puede prolongarse durante semanas o incluso meses, especialmente si se activa el mecanismo del artículo 99.5 CE. En palabras del Tribunal, "la interinidad […] puede extenderse a lo largo de varias semanas e, incluso, de varios meses", lo que justifica la necesidad de mantener un Gobierno operativo, aunque jurídicamente constreñido en su capacidad de dirección política.

29 Carrillo López, "Las atribuciones", op. cit., p. 129.

mera vez en el ámbito estatal ciertas normas referidas al Gobierno en funciones, además de delimitar sus funciones y competencias. Esta regulación se basa en el principio de lealtad institucional[30] y tiene como objetivo garantizar un proceso de transición normal y fluido para la formación del nuevo Gobierno[31].

En este sentido, el artículo 21, al regular la posición del Gobierno en funciones y concretar su ámbito de actuación, establece que el Gobierno en funciones se limitará al "despacho ordinario de los asuntos públicos", quedando excluidas las iniciativas legislativas o políticas que requieran la autorización del Congreso de los Diputados o impliquen un compromiso presupuestario no previsto, salvo en "casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique".

El principal desafío radica en cómo el Gobierno en funciones interpreta el concepto de urgencia, especialmente en el uso del Decreto-Ley en situaciones de interinidad[32]. Su aplicación no está expresamente prohibida, pero debe justificarse de manera clara y rigurosa en función de la urgencia, conforme al artículo 21 de la Ley del Gobierno. Bajo esta premisa, cada caso debe ser evaluado individualmente, asegurando que la medida no implique una orientación política ni limite las decisiones del futuro Ejecutivo[33].

30 En el marco del artículo 3.1.e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, se establece que toda Administración Pública debe actuar con sujeción al principio de lealtad institucional, tanto en el ejercicio de sus competencias como en sus relaciones con otras administraciones. Este principio resulta especialmente relevante en situaciones de Gobierno en funciones. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado expresamente que tanto las actuaciones del Ejecutivo en esta situación, como el ejercicio del control parlamentario por parte de las Cortes Generales, deben desarrollarse con arreglo al mencionado principio de lealtad institucional (STC 124/2018, de 14 de noviembre, FJ 8º).

31 Seijas Villadangos, E., "El control de las actuaciones", op. cit., p. 109.

32 Carrillo López reconoce que la situación de interinidad del Gobierno no supone, por sí misma, un obstáculo para el uso del decreto-ley como instrumento normativo. La legitimidad de esta figura se condiciona a la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad, exigencia constitucional que el Ejecutivo no puede ignorar o eludir. Esta valoración, al tratarse de una norma con fuerza de ley, es competencia del Tribunal Constitucional, que ha reconocido la necesidad de respetar dicho requisito, aunque ha mostrado cierta deferencia hacia el juicio político del Gobierno a la hora de apreciar si concurren las circunstancias habilitantes (incluso cuando el Gobierno está en funciones, tal y como evidencia la STC 10/2023). Véase Carrillo López, M., "Artículo 101: El cese del Gobierno", op. cit., p. 433.

33 En este sentido, González Alonso señala lo que sigue: "La referencia al término «urgencia» obliga a hacer alguna alusión en este momento (…) a la posible utilización del Decreto-Ley por parte del Gobierno en funciones. Como punto de partida, hay que señalar que la utilización de este instrumento no está explícitamente prohibida en la Ley reguladora del Gobierno, por lo que el ejercicio de tal potestad puede hacerse valer por el Gobierno en funciones. Sin embargo, según algunos autores, no deben utilizarse los mismos parámetros en cuanto al concepto de necesidad se refiere a la aprobación de un Decreto-Ley por un Gobierno en situación de normalidad y un Gobierno en funciones (…) Así, según esta corriente doctrinal, no sería admisible que, sobre la base de una «necesidad relativa», un Gobierno en funciones, que, por tanto, no cuenta con el apoyo de la Cámara, procediese a aprobar un Decreto-Ley con el fin de innovar

De la misma forma, el marco legal vigente permite al Gobierno en funciones actuar más allá de la administración ordinaria, no solo en situaciones de urgencia, sino también "cuando así lo requiera el interés general". Por ello, si se presenta alguna de estas dos circunstancias, ya sea urgencia o interés general, o ambas a la vez, el Gobierno en funciones está facultado para adoptar medidas que excedan la gestión ordinaria de los asuntos públicos. La inacción en estos casos sería una omisión de la función gubernamental que la Constitución le asigna.

Dada la ambigüedad de los criterios habilitantes, el legislador ha enfatizado la necesidad de que el Gobierno justifique de manera clara y precisa su aplicación. En cuanto a la urgencia, se requiere que esté "debidamente acreditada". Respecto al interés general, se exige una "acreditación expresa que así lo justifique". Sin embargo, esta tarea enfrenta dos obstáculos principales: la necesidad de una interpretación casuística ante la indeterminación jurídica del concepto y la carga política que suele acompañar estas decisiones[34]. Para evitar interpretaciones discrecionales, el artículo 21.5 establece prohibiciones específicas que impiden la adopción de medidas con un marcado carácter político. El precepto dispone, concretamente, lo siguiente:

> "5. El Gobierno en funciones no podrá ejercer las siguientes facultades:
>
> a) Aprobar el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.
>
> b) Presentar proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado."

Con respecto a las restricciones a la actuación del Gobierno en funciones, también se debe acudir a los apartados 4 y 6 del artículo 21 de la Ley del Gobier-

---

el ordenamiento jurídico con la consiguiente puesta en práctica de su programa político. Parece evidente que la no exclusión del Decreto-Ley del ámbito competencial del Gobierno en funciones no supone que se esté autorizando un uso abusivo del mismo y que deben existir determinadas modulaciones en el ejercicio de esta potestad cuando el Gobierno ha cesado (…) Sin embargo, creo que la única modulación que debe tenerse en cuenta es la señalada en el artículo 21 de la Ley del Gobierno. El Gobierno en funciones ya no solo ha de ceñirse a los presupuestos habilitantes previstos en el artículo 86 de la Constitución Española, sino que además deberá argumentar de forma expresa que está habilitado a intervenir debido a que concurre la urgencia a la que se refiere el artículo 21 de la Ley del Gobierno. Atender a esta urgencia supondría el establecimiento de una normativa «no partidista» y necesaria (…) Volvemos a encontrarnos ante conceptos flexibles e indeterminados que requerirán un análisis en cada caso concreto. Es evidente que la referencia que aquí se ha hecho al Decreto-Ley no implica que todas las situaciones urgentes deban resolverse mediante la utilización de este instrumento jurídico, sino que el Gobierno podría hacer uso del resto de las potestades que tiene atribuidas y no excluidas de su esfera competencial". Véase González Alonso, "Los gobiernos cesante", op. cit., p. 252.

34 Reviriego Picón, F., Brage Camazano, J., "Gobierno en funciones y despacho ordinario de los asuntos públicos (las SSTS de 20 de septiembre y 2 de diciembre de 2005)", *Teoría y realidad constitucional*, nº 18, 2006, p. 451.

no que establecen lo siguiente:

> "4. El Presidente del Gobierno en funciones no podrá ejercer las siguientes facultades:
>
> a) Proponer al Rey la disolución de alguna de las Cámaras, o de las Cortes Generales.
>
> b) Plantear la cuestión de confianza.
>
> c) Proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo.
>
> 6. Las delegaciones legislativas otorgadas por las Cortes Generales quedarán en suspenso durante todo el tiempo que el Gobierno esté en funciones como consecuencia de la celebración de elecciones generales."

A modo de inciso, incluso en situaciones urgentes que demanden una acción inmediata, se mantienen las prohibiciones establecidas en los apartados 4 y 5 del artículo 21 de la Ley del Gobierno[35].

Con esta regulación, el legislador busca evitar que el Gobierno en funciones implemente su proyecto político partidista o adopte medidas que condicionen la política del futuro Ejecutivo, limitando su actuación al despacho ordinario de los asuntos públicos, salvo en casos de urgencia o interés general debidamente justificados. El artículo 21.3 de la Ley 50/1997 refuerza esta intención al establecer que las competencias del Gobierno en funciones se orientan a facilitar el desarrollo normal del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes tras la investidura del presidente y el nombramiento de su gabinete.

En este contexto, resulta esencial delimitar qué se entiende por despacho ordinario de los asuntos públicos[36], ya que la actuación del Gobierno debe circuns-

35 González Alonso, "Los gobiernos cesante", op. cit., p. 273.

36 Reviriego Picón y Brage Camazano hacen referencia a la Nota Informativa elaborada por la Vicesecretaría General Técnica del Ministerio de Presidencia, presentada al Consejo de Ministros en su reunión del 17 de marzo de 2000. En dicha nota se enumeran las actividades que se consideran incluidas dentro del concepto de "despacho ordinario de los asuntos públicos". Entre las decisiones del Consejo de Ministros señaladas, destacan las siguientes: "Concesión o denegación de indultos; Ascensos del personal militar; Ceses de altos cargos; Concursos y situaciones dentro de la carrera fiscal; Concesión de condecoraciones; Resolución de recursos y reclamaciones; Autorizaciones para la celebración de contratos, salvo cuando se extiendan a varias anualidades; Tramitación de expedientes de extradiciones activas y pasivas; Autorizaciones para el traslado de personas condenadas; Declaraciones de urgente ocupación de bienes y derechos; Imposición de multas; Tomas de razón en relación con sentencias del Tribunal Supremo; Con-

cribirse a este ámbito. Al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, su aplicación requiere una interpretación específica en cada caso. Para ello, resultan especialmente útiles los principios de prudencia y cortesía constitucional, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha contribuido a precisar qué actos pueden considerarse incluidos dentro de esta categoría[37].

### *4. Delimitación jurisprudencial del gobierno en funciones: análisis de la sentencia del tribunal supremo (sts) de 2 de diciembre de 2005.*

El Tribunal Supremo fijó los criterios interpretativos del artículo 21 de la Ley del Gobierno en su sentencia de 2 de diciembre de 2005[38]. No obstante, la aplicación de este precepto ha generado cierta controversia, incluso dentro del propio Tribunal, al debatirse si la legislación ordinaria podía limitar la actividad del Gobierno en funciones sin que la Constitución Española estableciera expresamente dichas restricciones[39].

---

cesiones de la nacionalidad española; Habilitaciones y dispensas en materia de nacionalidad; Declaración de obras de emergencia; Convalidación de gastos; Autorizaciones a las Comunidades Autónomas para emitir deuda pública, concertar préstamos, emitir bonos u obligaciones, o realizar operaciones en divisas; Concesión de créditos con cargo al Fondo de Ayuda al Desarrollo; Reserva, a favor de la Administración General del Estado, de bienes de dominio público; Declaraciones de lesividad a los intereses del Estado en relación con la fijación de justiprecios; Reconocimiento de utilidad pública, a efectos de expropiación forzosa; Concesión de anticipos de tesorería; Cesión o uso gratuito de bienes propiedad del Estado; Acuerdos sobre declaraciones comunes de intenciones, firmas 'ad referéndum', tomas de conocimiento y canje de notas en el ámbito internacional". Véase Reviriego Picón, F., Brage Camazano, J., "Gobierno en funciones", op. cit., p. 465.

37 Torres Gutiérrez, A., "La Actuación", op. cit., p. 193.

38 STS, de 2 diciembre de 2005.

39 Espín Templado, en su voto particular a la STS, de 2 diciembre de 2005, aborda la cuestión de los límites que el legislador ordinario puede imponer a las potestades derivadas directamente del texto constitucional, y defiende al respecto lo siguiente: "Pues bien, me parece evidente que en lo que respecta a las potestades que derivan directamente del texto constitucional y que se corresponden con las funciones de los poderes del Estado, el legislador sólo puede imponer aquellos límites que deriven de la propia Norma constitucional, sea explícita o implícitamente. Lo contrario es asumir indebidamente una posición cuasi constituyente y afectar de manera irremediable al equilibrio de poderes y al adecuado ejercicio por éstos de sus funciones constitucionales tal como queda diseñado por la Constitución. (…) 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 (…) bastante claras, y la Sentencia del Pleno menciona dos de ellas aunque sin extraer las debidas consecuencias: por un lado, la

Al respecto, la postura predominante de la Sala Tercera sostuvo que, aunque la Constitución no imponga límites explícitos a las acciones del Gobierno en funciones, estos se derivan de su naturaleza provisional y transitoria, que impide un ejercicio pleno de las competencias gubernamentales. No obstante, el silencio constitucional sobre este aspecto plantea desafíos. La ausencia de restricciones explícitas en el artículo 101 de la Constitución sobre las atribuciones del Gobierno en funciones y la falta de remisión a la ley para regularlas evidencian la necesidad de abordar esta situación con cautela[40].

Comenzando el análisis de la sentencia, el caso enjuiciado analiza la competencia del Gobierno en funciones para adoptar un acuerdo de denegación de un indulto solicitado por el recurrente. Como se ha expuesto, la Ley del Gobierno establece que el Gobierno en funciones estará limitado en su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos y solo podrá adoptar medidas en casos de urgencia o por razones de interés general. Por lo tanto, la sentencia se centra en determinar si la denegación del indulto se puede considerar dentro de las funciones ordinarias del Gobierno en funciones o si requiere una justificación adicional de urgencia o interés general.

El fallo del Tribunal Supremo determina que, aunque la Constitución no establece límites específicos a la actuación del Gobierno en funciones, sí proporciona un criterio para distinguir los límites dentro de los que debe actuar. Este criterio se basa en la función constitucional del Gobierno, consagrada en el artículo 97 CE, que es dirigir la política interior y exterior. Sin embargo, el Gobierno en funciones no puede llevar a cabo esta función ya que ha cesado su relación de confianza con las Cámaras, lo que lo convierte en un órgano transitorio que debe variar necesariamente en el curso de un proceso constitucionalmente regulado. La actuación del Gobierno en funciones se ha de ceñir a lo que determina el Fundamento Jurídico Octavo de la sentencia:

> "Así, pues, 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. 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

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 (…). 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 (…)."

40 Luque Regueiro, F., "Limitaciones del Gobierno", op. cit., p. 14.

> 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" (FJ 8º).

Este Fundamento Jurídico interpreta el artículo 21.3 de la Ley del Gobierno y define -con mayor o menor precisión- el término "despacho ordinario de los asuntos públicos". Este concepto incluye únicamente aquellos asuntos que no impliquen la adopción de nuevas orientaciones políticas ni comprometan, limiten o condicionen las decisiones del próximo Gobierno. La exclusión de un asunto del "despacho ordinario" debe evaluarse caso por caso, considerando su naturaleza, las consecuencias de la decisión y el contexto específico. En los Fundamentos Jurídicos, se aplica este criterio al análisis del acuerdo de indulto:

> "En definitiva, el despacho ordinario de los asuntos públicos comprende todos aquellos cuya resolución no implique el establecimiento de nuevas orientaciones políticas ni signifique condicionamiento, compromiso o impedimento para las que deba fijar el nuevo Gobierno. Y 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.
>
> (…)
>
> El acuerdo del Consejo de Ministros que resuelve una solicitud de indulto no es, en principio, dadas las características con las que está concebido en nuestro ordenamiento jurídico, un acto idóneo para trazar la dirección política que la Constitución asigna al Gobierno. Es verdad que puede responder a una determinada política criminal, la seguida por el que lo dicta, pero 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 surgido de las elecciones generales del 14 de marzo de 2004" (FJ 10º).

Una de las cuestiones más interesantes de la Sentencia del 2 de diciembre es que, en su Fundamento Jurídico Duodécimo, establece una relación con otra sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo el 20 de septiembre de 2005. En aquella ocasión, aunque posteriormente se analizará detalladamente, se estimó un recurso contencio-

so-administrativo contra un acuerdo del Consejo de Ministros que resolvió conceder una extradición. La STS, de 20 de septiembre de 2005, anuló la decisión de aquel Gobierno en funciones de conceder la extradición de una ciudadana británica a Italia, al entender que ello excedía el despacho ordinario de asuntos públicos. El Alto Tribunal entendió que un Gobierno en funciones no tiene la facultad de valorar los intereses nacionales al resolver sobre la procedencia de una extradición pasiva, ya que esto implica un juicio político que excede de la gestión ordinaria[41] y priva al futuro Gobierno de una decisión política que le corresponde.

Además, la STS, de 20 de septiembre de 2005, interpretó los artículos 101.2 de la Constitución y 21 de la Ley del Gobierno en el sentido de que la gestión del despacho ordinario de los asuntos públicos debe entenderse como 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. En el caso de la extradición pasiva, el Tribunal Supremo concluía que no mediaba urgencia ni se apreciaban razones de interés general en el acuerdo impugnado, por lo que se concluyó que el Gobierno se extralimitó al resolver sobre la extradición pasiva.

Frente a ello, el Fundamento Jurídico Duodécimo de la STS, de 2 de diciembre de 2005, parece superar la concepción del "despacho ordinario" fijado por el propio Tribunal Supremo en septiembre de ese mismo año al afirmar que:

> "ninguna consideración hemos de hacer sobre la interpretación del artículo 6.2 de la Ley 4/1985, ya que este precepto es ajeno al presente proceso, pues versa sobre el indulto y no sobre la extradición pasiva. En cuanto a la que descansa en la Ley del Gobierno, es evidente que los razonamientos que hemos expuesto en los anteriores fundamentos suponen una restricción del criterio seguido por esa Sentencia para establecer el sentido del artículo 21.3 de la Ley 50/1997, ya que, tal como se ha dicho, 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 ese precepto, 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.
>
> Al resolver ahora 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

41 Reviriego Picón, F., Brage Camazano, J., "Gobierno en funciones", op. cit., p. 446.

> 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" (FJ 12º).

El Tribunal Supremo subraya en este Fundamento la necesidad de justificar el cambio interpretativo, destacando la importancia de explicar su relación con el fallo dictado por la Sección Sexta de la misma Sala el 20 de septiembre de 2005. Para ello, utiliza un lenguaje eufemístico que presenta este cambio como un progreso en la definición del estatuto del Gobierno en funciones. No se puede obviar que la Sentencia de 20 de septiembre de 2005 fue pionera al abordar cuestiones que no habían sido resueltas previamente por la jurisprudencia. Sin embargo, tras un análisis detallado de los problemas, argumentos y principios constitucionales aplicables, la Sentencia del 2 de diciembre de 2005 avanza en la tarea de delimitar las competencias y límites del Gobierno en funciones, consolidando así una evolución en el criterio jurisprudencial.

Desde una perspectiva negativa, el Tribunal Supremo aclara que el despacho ordinario no se limita a actos sin valoraciones políticas o ejercicio de discrecionalidad, ni a decisiones no legislativas. Una interpretación distinta colocaría al Gobierno en una situación tan precaria que podría impedir o dificultar el cumplimiento de las funciones que la Constitución le asigna, dado que la mayoría de los actos gubernamentales contienen motivaciones políticas o un cierto margen de apreciación[42]. En este sentido, el Tribunal Supremo considera esencial analizar cómo la Ley 50/1997 regula las acciones del Gobierno en funciones y los límites que establece para evitar que se tomen decisiones de orientación política[43]. El Gobierno, como es de esperar, conserva todas las atribuciones que le otorga la Constitución, excepto las prohibidas por la Ley del Gobierno.

En la delimitación de las competencias de un Gobierno en funciones, el factor temporal resulta clave, abarcando tanto una perspectiva *ex ante* como *ex post*. Desde el enfoque *ex ante*, el Gobierno debe evitar establecer nuevas orientacio-

42 La STS, de 2 diciembre de 2005, FJ 9º, señala lo que sigue al respecto: "Con estos pertrechos interpretativos que encontramos en la Constitución hemos de examinar la Ley del Gobierno y asignar a la expresión despacho ordinario de los asuntos públicos de su artículo 21.3 un significado preciso en este caso, porque se trata de un concepto indeterminado necesitado de concreción. De cuanto acabamos de decir en el fundamento anterior se deduce que ese despacho 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."

43 Reviriego Picón, F., Brage Camazano, J., "Gobierno en funciones", op. cit., p. 475.

nes políticas que alteren las decisiones tomadas antes de entrar en la situación de interinidad, ya que, tras el cese, pierde la capacidad de ejercer dirección política, tanto interna como externa. Esto requiere continuidad y previsibilidad, sin introducir innovaciones o cambios significativos. Por su parte, desde una perspectiva *ex post*, el Gobierno en funciones no puede adoptar medidas que condicionen, limiten o comprometan la orientación política del futuro Ejecutivo[44].

Así, la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado, el ejercicio de la iniciativa legislativa y la emanación de los decretos legislativos no son los únicos actos de orientación política prohibidos al Gobierno en funciones. La misma Ley 50/1997, en el apartado cuarto de su artículo 21, impide al presidente en funciones disolver las Cámaras, plantear una cuestión de confianza o convocar un referéndum: todos ellos actos con clara carga política. Esto significa que la línea divisoria entre lo que un Gobierno en funciones puede y no puede hacer no depende de si se trata de actos legislativos o no, sino de si comporta o no una decisión de dirección política. En el caso analizado, el Tribunal concluye que la concesión del indulto no implica tal dirección política[45].

Por tanto, la misma Ley 50/1997 responde a los criterios que, a juicio del Pleno de la Sala, presiden la concepción constitucional del Gobierno en funciones. En efecto, asumir la tesis de una actuación extremadamente constreñida del Gobierno en funciones supondría situar al Gobierno de España en una posición de precariedad que podría impedir o dificultar el cumplimiento de los cometidos que la Constitución le asigna[46].

44 Seijas Villadangos, E., "El control de las actuaciones", op. cit., p. 114.

45 En efecto, el Tribunal Supremo ha venido manteniendo desde entonces que el indulto, en tanto que acto administrativo, puede ser válidamente otorgado por un Gobierno en funciones. En este sentido, la STS 447/2018, de 20 de marzo, FJ 7º, reitera la doctrina ya sentada en la STS. de 2 de diciembre de 2005, dictada con ocasión de la impugnación de un real decreto de concesión del derecho de gracia, y subraya que "resolver sobre peticiones de indulto forma parte de la actividad normal del Consejo de Ministros, ya que los expedientes de indulto son numerosos, por lo que hay que concluir que un acto de la naturaleza propia de un indulto entra en el ámbito de una actuación permitida a un Gobierno en funciones".

46 La STS, de 2 diciembre de 2005, FJ 9º, refiere lo que sigue: "La aprobación del proyecto de Presupuestos Generales del Estado, el ejercicio de la iniciativa legislativa y la emanación de los decretos legislativos no son los únicos actos de orientación política prohibidos al Gobierno en funciones. La misma Ley 50/1997, en el apartado cuarto de su artículo 21, veda al Presidente en funciones proponer al Rey la disolución de una o de ambas cámaras de las Cortes Generales, presentar la cuestión de confianza o proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo, todos ellos actos de clara orientación política. Esto significa que la línea divisoria entre lo que el Gobierno en funciones puede y no puede hacer no pasa por la distinción entre actos legislativos y no legislativos, sino por la que hemos señalado entre actos que no conllevan dirección política y los que la expresan. (…) Por tanto, la misma Ley 50/1997 responde a los criterios que (…) presiden la concepción constitucional del Gobierno en funciones. Criterios que (…) se confirman viendo las cosas desde otra perspectiva. En efecto, asumir la tesis del recurrente 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

Ahondando en esta cuestión, el Tribunal Supremo subraya la necesidad de examinar "caso por caso y asunto por asunto los que han de considerarse incluidos en el despacho ordinario y los que, por quedar fuera de él, no pueden ser abordados por el Gobierno en funciones de no existir urgencia o demandarlo el interés general contemplado en el artículo 21.3 de este texto legal" (FJ 9º). Por lo tanto, cuando surjan controversias, será necesario analizar detalladamente si el acto en cuestión puede considerarse un acto de dirección política o si representa un condicionamiento, compromiso o impedimento para las acciones del futuro Gobierno. Este análisis debe tener en cuenta "la decisión de que se trate, de sus consecuencias y de las circunstancias en que se deba tomar" (FJ 8º).

En definitiva, el ejercicio de las atribuciones durante el período de interinidad debe ser neutral desde una perspectiva institucional. En otras palabras, al estar respaldado por una mayoría parlamentaria ya extinguida, el Gobierno cesante no puede adoptar decisiones que sustituyan o condicionen las que corresponden al nuevo Ejecutivo. Hacerlo supondría extender indebidamente un mandato constitucional que ha llegado a su fin[47]. Ante cualquier duda, el Gobierno saliente debe actuar con respeto y lealtad institucional hacia el próximo Ejecutivo y la renovada legitimidad democrática que este representará[48].

Algunos votos particulares a la STS, de 2 de diciembre de 2005, criticaron el enfoque casuístico adoptado por la mayoría. El magistrado Eduardo Espín Templado argumentó que este enfoque complica la labor del Tribunal, al obligarlo a determinar caso por caso si un acto de un Gobierno cesante implica dirección política o es meramente un acto de gestión o trámite. Según Espín Templado, este criterio no puede establecerse con precisión legal, ya que actos de la misma naturaleza, como indultos o extradiciones, pueden tener significados diferentes: en algunos casos pueden implicar dirección política y, en otros, ser simples actos administrativos.

Para el magistrado, el criterio decisivo es el significado de cada acto en relación con la dirección política del Estado y el programa del Gobierno, un juicio político que, en su opinión, corresponde al propio Gobierno o a las fuerzas políticas y parlamentarias, no al Tribunal Supremo. Espín Templado subraya que es-

---

están ausentes las motivaciones políticas o un margen de apreciación. (…) En definitiva, el despacho ordinario de los asuntos públicos comprende todos aquellos cuya resolución no implique el establecimiento de nuevas orientaciones políticas ni signifique condicionamiento, compromiso o impedimento para las que deba fijar el nuevo Gobierno. Y 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".

47 Carrillo López, M., "Artículo 101", *Comentario mínimo a la Constitución española*, con Muñoz Machado, S. (coord.), Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 394.

48 Carrillo López, "Las atribuciones", op. cit., p. 144.

te enfoque "sustrae del ámbito político del sistema democrático parlamentario una serie de decisiones políticas y las somete indebidamente al juicio de los tribunales".

En todo caso, y a diferencia de lo que sostiene el magistrado, el carácter casuístico de la interpretación se ve mitigado por el hecho de que las valoraciones realizadas por el Tribunal Supremo crean una red de precedentes que permitirá el establecimiento de reglas generales[49].

### *5. La STS de 20 de septiembre de 2005: Origen y evolución del cambio jurisprudencial.*

En la Sentencia del 20 de septiembre de 2005, el Tribunal Supremo, con un enfoque interpretativo limitado, determinó que un acuerdo de extradición pasiva no podía ser considerado como parte de las acciones que un Gobierno en funciones puede llevar a cabo, ya que excede la gestión ordinaria de los asuntos públicos. Esta postura no solo fue criticada por la doctrina, sino que, como se ha analizado, fue objeto de un claro cambio de criterio (*overruling*) a través de la Sentencia dictada por el Pleno de dicha Sala el 2 de diciembre de 2005[50].

El procedimiento judicial que derivó en el fallo del 20 de septiembre de 2005 comenzó cuando la parte actora alegó en su escrito de demanda que, en el momento en que se dictó el acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de abril de 2004 para decidir la entrega de la demandante a las autoridades italianas, el Consejo de Ministros estaba constituido por un Gobierno en funciones[51]. Basándose en este hecho, la recurrente sostuvo que el acuerdo de extradición era nulo debido a que constituía "una decisión política internacional, pues implican una deliberación sobre el fondo del asunto, en relación a cuestiones bilaterales con el país que reclama la extradición, ya que siendo la extradición un proceso incidental de un proceso sancionador debe aplicarse el principio *non bis in idem*" (FJ 2º).

El Fundamento Jurídico Cuarto de la STS, de 20 de septiembre de 2005, definió la gestión administrativa ordinaria como aquella que carece de valoraciones y decisiones basadas en criterios políticos, con la excepción de que se justifique adecuadamente la urgencia o las razones de interés general que justifi-

49 Reviriego Picón, F., Brage Camazano, J., "Gobierno en funciones", op. cit., p. 451.

50 Torres Gutiérrez, "La Actuación", op. cit., p. 193.

51 Reviriego Picón, F., Brage Camazano, J., "Gobierno en funciones", op. cit., p. 467.

quen la adopción de medidas de otra naturaleza[52]. Por otro lado, el Fundamento Jurídico Tercero de la referida Sentencia explica que la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva (Ley de Extradición Pasiva), otorga al Gobierno la facultad de decidir sobre la extradición, incluso si el Tribunal la considera procedente. Esta decisión se fundamenta en principios de reciprocidad, soberanía, seguridad, orden público y otros intereses nacionales. Según el artículo 6 de la Ley de Extradición Pasiva, si el Tribunal deniega la extradición, la decisión es definitiva; en cambio, si la aprueba, el Gobierno puede denegarla en ejercicio de la "soberanía nacional".

En el procedimiento, la Abogacía del Estado argumentó que solo si el Gobierno hubiera decidido no entregar al extraditable se habría excedido en sus funciones. Sin embargo, el Tribunal Supremo no compartió esta opinión, señalando que la extradición es un acto de soberanía del Gobierno. Así, el Alto tribunal consideró que, aunque el aspecto técnico-penal fuera competencia de los Tribunales, la decisión final sobre conceder o denegar la extradición corresponde al Ejecutivo.

En su Sentencia, el Tribunal Supremo concluyó que, al pronunciarse sobre la extradición, el Gobierno en funciones estaba llevando a cabo una valoración de los intereses nacionales que implicaba un juicio político. Según el Alto Tribunal, esta decisión trascendía la gestión ordinaria de los asuntos públicos y limitaba al futuro Gobierno, privándolo de adoptar una decisión política que le correspondía en pleno ejercicio de su soberanía[53].

---

52 Concretamente, la STS, 20 de septiembre de 2005, FJ 4º, afirma lo que sigue: "El número 3 del citado artículo 21, de acuerdo con los principios establecidos en su exposición de motivos, precisa que "limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas", teniendo en cuenta que, como dice la exposición de motivos, "el objetivo último de toda su actuación radica en la consecución de un normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno". (…) La aplicabilidad de esta norma al caso enjuiciado, nos conduce al mismo resultado que llegamos en orden a la interpretación del artículo del artículo 6.2 de la Ley 4/1985, pues ninguna de estas circunstancias o condiciones de urgencia o interés general expresamente acreditadas se produjeron en la adopción del acuerdo impugnado, en el que el Gobierno en funciones al adoptar una decisión respecto de la extradición pasiva solicitada, se extralimitó en el ejercicio de sus funciones. (…) En consecuencia, al haberse excedido el Gobierno cesante de los límites competenciales que le confiere el artículo 21.3 de la Ley 50/1997, en relación con el artículo 6.2 de la Ley 4/1985, procede anularlo en los justos términos en que fue dictado (…)".

53 Concretamente, la STS, de 20 de septiembre de 2005, FJ 3º, reconoce lo que sigue: "La exposición de motivos de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva, en su punto cuarto establece la facultad del Gobierno de no proceder a la extradición pasiva, aun cuando la hubiera considerado procedente el Tribunal, en base al principio de reciprocidad, soberanía, seguridad, orden público y demás intereses de España, y coherentemente con este principio señala el párrafo primero del artículo 6 que "si la resolución firme del Tribunal denegase la extradición, dicha resolución será definitiva y no podrá concederse aquella" y en su apartado segundo precisa que "la resolución del Tribunal declarando procedente la extradición no será vinculante para el Gobierno, que podrá denegarla en el ejercicio de la soberanía nacional, atendiendo

La STS, de 20 de septiembre de 2005, adopta una concepción excesivamente restrictiva, limitando las previsiones legales en este ámbito. Según nuestro ordenamiento, el Gobierno en funciones puede denegar una extradición aprobada por los Tribunales con base en el principio de reciprocidad, razones de seguridad, orden público u otros intereses nacionales "en el ejercicio de la soberanía nacional", como establece el artículo 6 de la Ley de Extradición Pasiva. Sin embargo, el Alto Tribunal consideró que los acuerdos del Gobierno sobre extradición, al ser considerados "actos de soberanía", excedían las competencias permitidas para un Gobierno en funciones[54].

Por el contrario, el Fundamento Jurídico Noveno de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2005 establece que la gestión ordinaria de los asuntos públicos incluye aquellos cuya resolución no implica la creación de nuevas directrices políticas ni condiciona, compromete o impide las políticas que deba definir el nuevo Gobierno. Para determinar si un asunto excede la gestión ordinaria, es necesario evaluar caso por caso, considerando la naturaleza del asunto, las consecuencias de la decisión y el contexto específico en que se adopta[55].

---

al principio de reciprocidad o a razones de seguridad, orden público o demás intereses para España". (…) Los términos de este precepto son tan claros que (…) inducen a la Abogacía del Estado a afirmar en su escrito de contestación a la demanda de autos que sólo si se hubiera decidido por el Gobierno no entregar al extraditable se habría excedido el Gobierno en funciones del límite previsto en el artículo 21 de la Ley 50/1997. (…) No compartimos la tesis del representante y defensor de la Administración, pues concebida la extradición pasiva como acto de soberanía del Gobierno en relación con otros Estados, es función del Ejecutivo concederla o denegarla, sin perjuicio de su aspecto técnico penal y procesal (…). (…) En el supuesto que analizamos, en que el Tribunal declara procedente la extradición, tal propuesta no es vinculante para el Ejecutivo, habida cuenta del distinto campo y finalidad en que actúan y persiguen los Tribunales y el Gobierno, pues éste podrá conceder o denegar la extradición pasiva en el ejercicio de su soberanía nacional, atendiendo al principio de reciprocidad o a razones de seguridad, orden público o demás intereses esenciales para España -artículo 6.2 de la Ley de 21 de marzo de 1985-; ahora bien, el hecho de que no sea vinculante para el Gobierno la resolución del Tribunal declarando procedente la extradición, a diferencia de lo que acontece en el supuesto previsto en el apartado primero del citado precepto cuando el Tribunal deniega la extradición, exige al Gobierno hacer un juicio de valor para apreciar si concurren o no alguna de las circunstancias reseñadas para conceder o denegar la extradición pasiva a pesar de que la resolución del Tribunal penal la estimara procedente; en consecuencia, el Gobierno en funciones, al pronunciarse sobre la procedencia o no de la extradición pasiva ejercita siempre una facultad de valoración de los intereses nacionales que conlleva un juicio político que excede de la gestión ordinaria de los asuntos públicos, y priva al futuro Gobierno de una decisión política que en el ejercicio de su soberanía nacional le corresponde en orden a conceder o denegar la extradición pasiva".

54 Luque Regueiro afirma que el Alto Tribunal realiza una distinción entre actos políticos y administrativos, y dentro de estos últimos, entre ordinarios (sin valor político) y no ordinarios (con contenido político) cuando afirma lo que sigue: "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 general". Véase Luque Regueiro, F., "Limitaciones del Gobierno", op. cit., p. 9.

55 Este criterio es compartido por la STS, de 28 de mayo de 2013.

Este cambio jurisprudencial refleja una evolución en el criterio del Tribunal Supremo. Mientras que la Sentencia del 20 de septiembre de 2005 considera que la gestión ordinaria debe limitarse a decisiones exentas de criterios políticos, la Sentencia de 2 de diciembre de 2005 redefine esta gestión como aquella que no establece nuevas orientaciones políticas ni condiciona las decisiones futuras del nuevo Gobierno.

En consecuencia, este desarrollo jurisprudencial implica que el ejercicio de la soberanía nacional no convierte automáticamente una actuación del Gobierno en funciones en una "gestión extraordinaria"[56]. Además, el hecho de que la segunda sentencia haya sido dictada por el Pleno, y no por una Sección, sugiere que esta última constituye un *overruling* de la primera, consolidando un nuevo criterio interpretativo.

Las resoluciones judiciales posteriores han seguido el criterio establecido por la STS, de 2 de diciembre de 2005. Es más, en casos análogos de extradición se ha dejado de aplicar el enfoque de la STS, de 20 de septiembre de 2005, y, en su lugar, se ha adoptado la postura de que la gestión ordinaria de los asuntos públicos por parte de un Gobierno en funciones no excluye necesariamente la posibilidad de realizar valoraciones políticas. Así, por ejemplo, la STS 1326/2020, de 15 de octubre de 2020[57], aborda el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo del Consejo de Ministros, de 27 de septiembre de 2019, que autorizaba la entrega del recurrente a las autoridades de Rusia en razón de la extradición aprobada por la Audiencia Nacional. El recurso se fundamenta en la alegación de que dicho acuerdo fue adoptado por un Gobierno en funciones, el cual -según la parte actora- carecía de competencias para tomar tal decisión.

En la Sentencia del 15 de octubre de 2020, el Tribunal Supremo sostiene que la decisión de entregar a un extraditable al país solicitante es un acto incluido dentro de las funciones de despacho ordinario de un Gobierno en funciones. Este acto se fundamenta en un procedimiento judicial de extradición que, aunque no es vinculante para el Gobierno, asegura que se cumplen los requisitos legales necesarios para la extradición. El Tribunal también aclara que este acto no afecta cuestiones de reciprocidad, seguridad, orden público u otros intereses esenciales para España mencionados en el artículo 6 de la Ley de Extradición Pasiva.

El Tribunal Supremo subraya que el acuerdo impugnado no introduce nuevas directrices ni condiciona las decisiones futuras del nuevo Gobierno, que además pertenece al mismo signo político. Asimismo, establece que la presencia de elementos políticos en la decisión no basta, por sí sola, para excluirla de los asuntos

56 Reviriego Picón, F., Brage Camazano, J., "Gobierno en funciones", op. cit., p. 469.

57 STS 1326/2020, de 15 de octubre, ECLI:ES:TS:2020:3378.

de despacho ordinario, ya que la mayoría de los actos gubernamentales implican cierto grado de juicio político. Para justificar una exclusión, es necesario que dichas valoraciones políticas tengan un impacto significativo, lo cual no se evidencia en este caso.

En conclusión, el Alto Tribunal determina que el acuerdo del Gobierno en funciones está amparado dentro de las competencias del despacho ordinario, rechazando así la impugnación presentada[58], superando la doctrina de la Sentencia del 20 de septiembre de 2005 y avanzando hacia la consolidación de la jurisprudencia iniciada en la Sentencia del 2 de diciembre de 2005[59].

A modo de síntesis, la evolución de la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 21 de la Ley del Gobierno refleja dos enfoques principales. Inicialmente, la

58 En concreto, la STS 1326/2020, de 15 de octubre, FJ 2º, reza lo que sigue: "Pues bien, a la vista de esta concepción de los actos de despacho ordinario y examinando el caso concreto, no se aprecia la concurrencia de las circunstancias indicadas en dicha sentencia que permitan excluir de dicho concepto el acto acordando la entrega al país solicitante del extraditado. 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. La simple referencia a que el acto contiene valoraciones políticas no permite excluirlo de los asuntos de despacho ordinario, pues (…) pocos actos gubernamentales están ausentes de motivaciones políticas (…), lo determinante para que proceda dicha exclusión es que esas valoraciones políticas tengan el alcance que se indica, lo que no es del caso. En consecuencia, ha de concluirse que el acuerdo del Gobierno en funciones objeto de impugnación ha de entenderse amparado en el despacho ordinario al que el gobierno cesante ha de atender hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno, en contra del planteamiento de la demanda".

59 A la luz de esta nueva sentencia del Tribunal Supremo sobre el ejercicio de la facultad de extradición por parte de un Gobierno en funciones, Bautista Samaniego propone una distinción en torno al alcance del acto gubernamental. Distingue, en concreto, entre dos supuestos: por un lado, el denominado ejercicio negativo de la soberanía, que se produce cuando el Gobierno se limita a confirmar la extradición acordada judicialmente sin invocar el interés general de España, actuando así en estricta continuidad con el procedimiento jurisdiccional; y, por otro, el ejercicio positivo de la soberanía, que tiene lugar cuando el Gobierno se aparta del parecer favorable del tribunal y deniega la entrega, invocando una valoración política autónoma fundamentada en el interés nacional. Es únicamente en este segundo escenario cuando nos encontramos ante un auténtico acto de dirección política que excede el despacho ordinario de los asuntos públicos y puede condicionar gravemente la acción exterior del Gobierno entrante, especialmente en lo que respecta a la relación con el Estado requirente. Así, la capacidad del Gobierno en funciones para adoptar decisiones en materia de extradición no resulta ilimitada: cuando su pronunciamiento contradice el criterio judicial previo y se fundamenta en consideraciones políticas, el acto debe calificarse como un ejercicio pleno de soberanía, impropio de una situación de interinidad. Véase Bautista Samaniego, C. M., "Extradición y Gobierno en funciones: a propósito de la STS (3.ª) 1326/2020, de 15 de octubre de 2020", *Derecho penal 2021*, dir. por Ortega Burgos, E. y Ochoa Marco, R., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 91-100.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2005 adoptó una postura restrictiva, limitando las competencias del Gobierno en funciones al considerar que decisiones con implicaciones políticas, como las extradiciones, exceden la gestión ordinaria de los asuntos públicos. Sin embargo, esta perspectiva fue revisada por la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2005, que estableció un criterio más flexible y expansivo del ámbito de actuación gubernamental. Según este nuevo enfoque, la gestión ordinaria incluye decisiones que, aunque tengan algún sesgo ideológico, no introduzcan nuevas orientaciones políticas ni condicionen las acciones del próximo Gobierno, marcando así un cambio jurisprudencial hacia una mayor amplitud en las competencias del Gobierno en funciones[60].

## *6. Jurisprudencia constitucional sobre la posición y funciones del Gobierno cesante: una aproximación a la doctrina del Tribunal Constitucional.*

### *6.1. La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 97/2018: legitimación del Gobierno en funciones para interponer recursos de inconstitucionalidad.*

La STC 97/2018, de 19 de septiembre, ofrece una importante precisión doctrinal en torno a la posición del Gobierno en funciones en el marco del proceso constitucional, al abordar expresamente si dicho Ejecutivo puede legítimamente interponer un recurso de inconstitucionalidad durante su periodo de interinidad. Este pronunciamiento cobra especial relevancia en tanto que delimita, con claridad, el alcance funcional del Gobierno cesante en lo relativo a su participación en los mecanismos de control constitucional.

En el Fundamento Jurídico Segundo, el Tribunal Constitucional se enfrenta a la objeción de inadmisibilidad planteada por el Parlamento Vasco, que alegaba la falta de legitimación de la Presidencia del Gobierno en funciones para interponer un recurso de inconstitucionalidad. El argumento se basaba en que, una vez disueltas las Cortes y perdida la confianza parlamentaria, el Ejecutivo cesante no estaría facultado para emprender iniciativas que implicaran el ejercicio activo de la dirección política, como es precisamente la interposición de dicho recurso.

El Tribunal rechaza tajantemente este argumento. Afirma, en primer lugar, que la figura del Gobierno en funciones deriva directamente de la Constitución (art. 101.2 CE) y responde a la necesidad de "evitar vacíos de poder y asegurar en todo momento la continuidad del funcionamiento de la Administración y de la acción de Gobierno". Este principio de continuidad institucional excluye toda interpretación que niegue al Ejecutivo cesante la posibilidad de ejercer competencias previstas constitucionalmente, salvo que exista una restricción expresa.

60 Luque Regueiro, F., "Limitaciones del Gobierno", op. cit., p. 8.

Desde esta premisa, el Tribunal aclara que la legitimación para interponer un recurso de inconstitucionalidad (art. 162.1 a) CE) no se funda en la confianza parlamentaria, sino en la "alta cualificación política" que confiere el propio diseño constitucional del cargo. En palabras del Tribunal, la interposición de un recurso de inconstitucionalidad no defiende un interés propio, sino el "interés general y la supremacía de la Constitución". Por tanto, no puede considerarse que el Gobierno en funciones, al ejercitar esta prerrogativa, esté desarrollando un programa político o incurriendo en una actuación que comprometa al futuro Ejecutivo.

Adicionalmente, el Tribunal resalta que ni la Constitución ni la Ley 50/1997 (aunque señala que esta ley "no vincula" al Tribunal por cuanto no forma parte del bloque de constitucionalidad) excluyen esta competencia del ámbito funcional del Gobierno en funciones. De hecho, la ley no menciona la interposición de recursos de inconstitucionalidad entre las facultades expresamente vedadas al Presidente en funciones (art. 21.4 de la Ley 50/1997), lo que refuerza la conclusión de que no puede inferirse una limitación implícita en este ámbito.

Por todo ello, el Tribunal concluye que el Presidente del Gobierno en funciones ostenta plena legitimación para interponer recursos de inconstitucionalidad. Esta doctrina reafirma la funcionalidad plena del control de constitucionalidad incluso en contextos de interinidad institucional, garantizando así la defensa del orden constitucional más allá de las coyunturas políticas.

### *6.2. La vigencia del control parlamentario sobre el Gobierno en funciones: análisis de la STC 124/2018.*

La STC 124/2018, 14 de noviembre de 2018, dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional, resolvió un conflicto de atribuciones promovido por el Congreso de los Diputados frente al Gobierno de la Nación. El origen del conflicto se encuentra en la negativa del Gobierno, entonces en funciones, a someterse a un mecanismo de control parlamentario —una comparecencia del Ministro de Defensa en la Comisión correspondiente— argumentando que, en ausencia de relación de confianza con la nueva Cámara, dicho control resultaba improcedente[61]. La situación de interinidad se había producido tras las elecciones generales del 20 de diciembre de 2015, cuando el nuevo Congreso ya se había constituido, pero aún no se había formado un nuevo Gobierno.

La negativa del Gobierno se fundamentaba en que la relación fiduciaria que sustentaba la responsabilidad política ante el Parlamento se había extinguido al

61 Aragón Reyes, M., "El Gobierno en funciones: su ámbito competencial", op. cit., p. 270.

disolverse la anterior legislatura, razón por la cual no procedía que un Ejecutivo en funciones respondiera ante unas Cortes recién elegidas[62]. Sin embargo, el Congreso sostuvo que, de acuerdo con el artículo 66 CE, su función de control sigue vigente mientras el Gobierno continúe actuando. Pese a los requerimientos cursados por la Cámara para que el Ejecutivo reconsiderara su postura, el Gobierno ratificó su negativa mediante oficio de 17 de marzo de 2016. Ante ello, y con el respaldo del Pleno, la Mesa de la Diputación Permanente del Congreso acordó plantear el correspondiente conflicto de atribuciones ante el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional reconoce de forma clara que el control parlamentario no se suspende durante los periodos en los que el Gobierno actúa en funciones. En el Fundamento Jurídico Noveno de la sentencia se declara que:

> "La función de control que corresponde a las Cortes Generales está implícita en su carácter representativo y en la forma de gobierno parlamentario que establece el art. 1.3 CE, no pudiendo negarse a las Cámaras todo ejercicio de la función de control, ya que con ello se afectaría al equilibrio de poderes previsto en nuestra Constitución. A ello ha de añadirse que la función de control corresponde al Congreso de los Diputados y al Senado, conforme al artículo 66.2 CE, aunque entre esta Cámara y el Gobierno no exista dicha relación de confianza, lo que significa que, conforme al referido precepto, no sea necesaria la existencia de dicha relación fiduciaria para el ejercicio de la función de control" (FJ 9º).

Este control no está supeditado a la existencia de una relación de confianza entre Gobierno y Parlamento. Así, aunque el Ejecutivo aún no haya sido investido por la nueva Cámara, ello no impide que pueda ser objeto de control, en especial cuando desarrolla actividad política. De hecho, como recuerda la STC 124/2018, durante la XI Legislatura el propio Gobierno en funciones accedió a comparecer ante el Congreso de los Diputados[63]. Esta decisión respondió a la convicción de que "existen determinadas actuaciones que deben ser explicadas en sede parlamentaria por lealtad hacia la Cámara y que no pueden demorarse a que el Congreso otorgue la confianza a un Gobierno" (FJ 9º), como señalaba la Abogacía del Estado (y adoptó como argumento el Tribunal Constitucional).

62 Aragón Reyes, M., "El Gobierno en funciones: su ámbito competencial", op. cit., p. 272-274.

63 Aunque el Gobierno en funciones sostuvo inicialmente que no debía someterse al control parlamentario durante la etapa de interinidad, lo cierto es que acabó compareciendo ante las Cortes Generales en determinadas ocasiones, impulsado por la presión política y la trascendencia de los asuntos tratados. Así ocurrió con motivo de la cumbre del Consejo Europeo celebrada en Bruselas los días 18 y 19 de febrero de 2016, centrada en el pacto para evitar la salida del Reino Unido de la Unión Europea (*Brexit*), y tam-

Este hecho refuerza, según señala el Tribunal, que el Gobierno "desarrolla una actividad en relación con la cual las Cortes Generales pueden ejercer la función de control que le corresponde conforme al artículo 66.2 CE". Ahora bien, el Tribunal Constitucional advierte que "el sometimiento a los instrumentos de control no puede venir determinado por la voluntad del Gobierno, sino por el alcance de la función de control conforme al artículo 66.2 CE" (FJ 9º), lo que implica que dicho control no puede quedar al arbitrio del Ejecutivo, sino que deriva directamente de las previsiones constitucionales. Y añade que negarlo supone "una limitación del derecho a ejercer la función parlamentaria y, con él, del derecho de participación ciudadana" conforme al artículo 23 CE.

En línea con lo anterior, Aragón Reyes explica que el Tribunal construye una argumentación "rigurosa y escalonada" que parte de la idea de que el control parlamentario es inseparable del Estado democrático[64], y añade, remitiéndose a la STC 124/2018, que la Ley 50/1997 reconoce explícitamente el control político del Gobierno por parte de las Cortes, sin diferenciar entre un Gobierno ordinario y uno en funciones[65].

De la misma forma, Aragón Reyes defiende que, aunque el Gobierno en funciones debería constituir una situación excepcional dentro del sistema parlamentario, ello no significa que el control por parte de las Cortes Generales también deba entenderse como algo extraordinario o prescindible durante ese periodo. De hecho, el artículo 21.3 de la Ley del Gobierno, al establecer que el Ejecutivo cesante debe limitarse al despacho ordinario de los asuntos públicos, no excluye que sus actuaciones —incluidas aquellas de carácter no urgente— puedan ser fiscalizadas, especialmente en ámbitos tan sensibles como el derecho internacional o las políticas europeas. Esta postura es respaldada por Carrillo López que sostiene, muy ilustrativamente, que "la división de poderes y el control parlamentario no desaparecen por el hecho de que el Gobierno se encuentre en funciones"[66].

Las cláusulas de urgencia o de interés general previstas en dicho artículo no deben interpretarse de forma restrictiva, ya que prácticamente cualquier decisión gubernamental puede justificarse en función de su utilidad pública. Por ello, re-

---

bién en relación con los acuerdos alcanzados entre la UE y Turquía sobre la gestión de la crisis de los refugiados. Tal y como recogía el diario *El País*: "La resistencia de Rajoy a comparecer ante el Parlamento ha hecho que en la misma sesión se acumulara también el debate sobre la cumbre europea del 18 y 19 de febrero, que aprobó el pacto para evitar el *Brexit* (salida del Reino Unido de la UE)". Véase González, M., "La oposición acusa a Rajoy de vulnerar el mandato del Congreso", *El País*, 6 de abril de 2016, disponible en: https://elpais.com/politica/2016/04/06/actualidad/1459923693_195959.html (Consultado 10/04/2025).

64 Aragón Reyes, M., "El Gobierno en funciones: su ámbito competencial", op. cit., p. 283.

65 Aragón Reyes, M., "El Gobierno en funciones: su ámbito competencial", op. cit., p. 285.

66 Carrillo López, "Artículo 101", op. cit., p. 394.

sulta improcedente considerar que un Gobierno en funciones carece de competencias sustantivas: al contrario, sigue desempeñando funciones de notable trascendencia que hacen imprescindible el mantenimiento del control parlamentario, sin que éste pueda verse supeditado ni a la voluntad del Ejecutivo ni a una interpretación reduccionista del principio de separación de poderes[67].

La condición del Estado como sujeto de Derecho internacional[68] implica que su presencia en el seno de las organizaciones internacionales no se ve interrumpida por eventuales situaciones de crisis política interna. Esta premisa adquiere una especial relevancia en el contexto de la Unión Europea, cuyos órganos de decisión no pueden quedar subordinados a los ritmos, contingencias o disfunciones derivadas de los episodios de inestabilidad institucional que puedan producirse en cualquiera de sus Estados miembros. En este sentido, la continuidad del funcionamiento de la Unión se impone como exigencia estructural del proceso de integración. La principal particularidad, no obstante, que distingue a la Unión Europea frente a otras organizaciones internacionales, radica en que el Derecho de la Unión forma parte integrante de los ordenamientos jurídicos nacionales. En consecuencia, su aplicación no puede ni debe quedar condicionada por la existencia de crisis políticas internas, dado que ello comprometería tanto la eficacia del Derecho europeo como la coherencia del propio sistema de integración[69].

Por ello, esta necesidad de continuidad institucional es especialmente notoria en el marco de la Unión Europea, donde la participación de España en sus órganos de decisión exige que el Gobierno, aun en funciones, siga actuando. Tal como señala el Tribunal, "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. A la vista de las consideraciones expuestas, no cabe sino constatar que el Gobierno cesante sigue ejerciendo funciones" (FJ 8º).

67 Aragón Reyes, M., "El Gobierno en funciones: su ámbito competencial", op. cit., p. 290.

68 Carrillo López sostiene que la cláusula recogida en el artículo 21.3 de la Ley del Gobierno, que restringe la actuación del Ejecutivo cesante al "despacho ordinario de los asuntos públicos", debe ser matizada en el contexto de la integración europea. En particular, defiende que deben incluirse entre los supuestos habilitantes (urgencia o interés general) aquellos derivados de la participación del Gobierno en funciones en las instituciones de la Unión Europea, como el Consejo (art. 16.2 TUE), en el marco del ejercicio de competencias compartidas (art. 4.2 TFUE). Por tanto, una vía para que la crisis política que genera un Gobierno en funciones durante un prolongado espacio de tiempo no neutralice su participación en dichas instituciones, sería admitir -en esta hipotética reforma- la participación del Gobierno en funciones dentro del entramado jurídico europeo como excepción legítima al deber de limitarse al despacho ordinario de los asuntos públicos, siempre que el Ejecutivo no actúe unilateralmente y consulte previamente a las fuerzas políticas representadas en el Parlamento. Véase Carrillo López, M., "Artículo 101: El cese del Gobierno", op. cit., p. 436.

69 Carrillo López, M., "Artículo 101: El cese del Gobierno", op. cit., p. 435.

Esta afirmación tiene consecuencias prácticas muy claras: la participación del Ejecutivo en foros internacionales (como fue el caso de la reunión de ministros de Defensa de la OTAN) exige que dicho Ejecutivo esté en condiciones de actuar con plenitud de funciones. Por tanto, el hecho de que el Gobierno mantiene actividad —y en especial en contextos internacionales o europeos donde la presencia del Estado no puede quedar paralizada—, refuerza la idea de que sus actuaciones deben poder ser objeto de control parlamentario, garantizando la continuidad del principio democrático y el equilibrio entre poderes incluso en los momentos de interinidad gubernamental.

El Tribunal Constitucional concluye afirmando "no se puede negar a las Cortes Generales el ejercicio de la función de control que les atribuye el artículo 66.2 CE, basándose en que el Gobierno en funciones no desarrolla actividad, en la medida en que, como hemos constatado, sigue desarrollándola. La actividad del Gobierno en funciones no impide la función de control *ex* artículo 66.2 CE" (FJ 8º).

### *6.3. La STC 10/2023: el control de constitucionalidad del Real Decreto-ley 14/2019 y la delimitación del artículo 86.1 CE en contextos de interinidad.*

La STC 10/2023, de 23 de febrero, aborda el control de constitucionalidad del Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones (Real Decreto-ley 14/2019), dictado por un Gobierno en funciones, y constituye un pronunciamiento de especial relevancia en torno a los límites materiales y funcionales del artículo 86.1 CE cuando el Ejecutivo se encuentra en situación de interinidad.

En su Fundamento Jurídico Tercero, el Tribunal recuerda que, conforme a doctrina reiterada, la situación de extraordinaria y urgente necesidad no ha de constar necesariamente de forma expresa en el decreto-ley, sino que puede deducirse de una pluralidad de elementos, entre los que se encuentran la exposición de motivos de la norma, el expediente de elaboración y el debate parlamentario de convalidación, conforme a lo sostenido en precedentes como la STC 152/2017, de 21 de diciembre.

A la hora de valorar la justificación ofrecida por el Gobierno en el caso concreto, el Tribunal constata que las razones aducidas por el Ejecutivo "tienen que ver con la necesidad de garantizar un adecuado nivel de protección de los derechos de los ciudadanos en un entorno en constante transformación como es el digital", lo que justifica, según se recoge en la norma impugnada, la adopción

de medidas que permitan prevenir riesgos potenciales sobre la seguridad pública derivados del uso intensivo del ciberespacio. La exposición de motivos del Real Decreto-ley 14/2019, además, vincula esta situación con los "recientes y graves acontecimientos acaecidos en parte del territorio español[70]", que, en la consideración del Gobierno, revelaron la necesidad de establecer "sin demora" un nuevo marco normativo preventivo destinado a proteger el interés general, especialmente en lo que atañe a la seguridad pública y a los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional considera que estas circunstancias, "aun cuando no explicitada como es deseable la carga de que concurre el presupuesto habilitante", permiten razonablemente sostener la concurrencia del presupuesto habilitante exigido por el artículo 86.1 CE, dado que el Gobierno ha definido la situación de necesidad "de modo explícito y razonado", por referencia tanto a los hechos desencadenantes como "a la imposibilidad de resolverla por el procedimiento legislativo ordinarios". En este punto, adquiere especial relevancia el contexto institucional de interinidad, en el que el Gobierno había quedado en funciones desde el 29 de abril de 2019, tras la celebración de elecciones generales, acumulando un total de 185 días en funciones en el momento en que se dictó el Real Decreto-ley 14/2019, el 31 de octubre del mismo año. Durante ese período, las Cortes Generales se encontraban disueltas —desde el 24 de septiembre de 2019, por aplicación del artículo 99.5 CE—, lo que hacía jurídicamente inviable la presentación de proyectos de ley (conforme al artículo 21.5 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno), y extremadamente improbable la tramitación de una proposición de ley antes de la celebración de las nuevas elecciones. En palabras del Tribunal, "la situación descrita por el Gobierno (...) Se mantiene dentro de los márgenes de apreciación que deben reconocérsele para hacer uso de la potestad legislativa excepcional del art. 86.1 CE" (FJ 3º).

70 La expresión "recientes y graves acontecimientos acaecidos en parte del territorio español", empleada en el preámbulo del Real Decreto-ley 14/2019, se refiere, de forma implícita, al proyecto impulsado por la Generalitat de Cataluña bajo la denominación de "república digital catalana". Se trataba de una iniciativa de carácter político-tecnológico orientada a construir un e-Estado soberano en el ámbito digital, promovido principalmente por el *Consell per la República*, organización liderada por Carles Puigdemont. El proyecto incluía el desarrollo de una identidad digital soberana (*Identicat*), el alojamiento de servidores en terceros países fuera del espacio de la Unión Europea y la creación de una infraestructura paralela mediante la cual los ciudadanos pudieran realizar trámites administrativos y relacionarse con una administración virtual independiente de España. Estas circunstancias, consideradas por el Gobierno de España como una amenaza para el orden público, la seguridad pública y la seguridad nacional, motivaron la adopción urgente de un nuevo marco normativo en materia de administración digital, ciberseguridad y telecomunicaciones, que limitara las capacidades tecnológicas de las administraciones públicas en el manejo de datos sensibles. Véanse: RTVE, "El Gobierno aprueba un decreto para poner fin al proyecto de república digital de la Generalitat", 31 de octubre de 2019, disponible en: https://www.rtve.es/noticias/20191031/gobierno-aprueba-decreto-para-poner-fin-proyecto-republica-digital-generalitat/1987200.shtml; RTVE, "El Gobierno podrá intervenir redes y servicios digitales si amenazan el orden público o la seguridad", 5 de noviembre de 2019, disponible en: https://www.rtve.es/noticias/20191105/gobierno-podra-intervenir-redes-servicios-digitales-si-amenazan-orden-publico-seguridad/1988401.

Esta conclusión se ve reforzada por la valoración del expediente de elaboración de la norma, que incluía una memoria abreviada de análisis de impacto normativo elaborada por siete departamentos ministeriales. Dicho documento reiteraba que la combinación de los avances tecnológicos, los riesgos asociados al ciberespacio y los hechos de conflictividad política interna exigían una respuesta normativa inmediata, difícilmente demorable hasta la constitución de las nuevas Cámaras. El Tribunal considera que no puede exigirse al Gobierno que detalle todos y cada uno de los elementos de la situación de necesidad, dado que su decisión forma parte de un "juicio político o de oportunidad" cuyo control debe ejercerse externamente por el Tribunal mediante una "valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional".

De este modo, la actuación del Gobierno no supuso un exceso en el margen de apreciación, ni implicó un uso arbitrario del instrumento del decreto-ley, sino que se enmarcó en los parámetros constitucionales que permiten su empleo en situaciones excepcionales, aun por un Ejecutivo en funciones. Se trata, por tanto, de una resolución que no flexibiliza el canon de control, pero sí reconoce que, en contextos de interinidad institucional severa, el Gobierno cesante puede legítimamente hacer uso del decreto-ley, siempre que respete el principio de proporcionalidad y motive adecuadamente la concurrencia de los presupuestos habilitantes.

En conclusión, la condición de interinidad del Gobierno no constituye, por sí misma, un obstáculo para la aprobación de decretos-leyes. No obstante, la validez constitucional de esta fuente normativa exige ineludiblemente la concurrencia del presupuesto habilitante previsto en el artículo 86.1 CE, esto es, una situación de extraordinaria y urgente necesidad, cuya presencia constituye un límite jurídico que el Ejecutivo no puede eludir. Dado que se trata de una norma con rango de ley, corresponde al Tribunal Constitucional ejercer el control de su adecuación al citado presupuesto. Su doctrina, sin embargo, ha venido reconociendo un margen de apreciación favorable al juicio político de los órganos constitucionalmente legitimados para dirigir la política del Estado en la apreciación de dicha necesidad[71].

shtml; y 20minutos, "República Digital Catalana: el proyecto independentista para crear un e-Estado virtual que el Gobierno busca bloquear", 31 de octubre de 2019, disponible en: https://www.20minutos.es/noticia/4037244/0/republica-digital-catalana-el-proyecto-de-los-independentistas-para-crear-un-e-estado-virtual/.

71 Carrillo López, M., "Artículo 101: El cese del Gobierno", op. cit., p. 433.

### *7. La respuesta judicial ante la actuación normativa del Gobierno en funciones.*

La actividad de un Gobierno en funciones puede (y debe) ser objeto de control judicial por parte de los tribunales ordinarios en cualquier momento[72]. En particular, la jurisdicción contencioso-administrativa, ante un eventual recurso contra decisiones adoptadas por un Ejecutivo cesante, debe limitarse a comprobar si estas se ajustan a los fines propios de dicha situación transitoria y se encuadran en alguno de los supuestos previstos legalmente. En concreto, corresponde valorar si la actuación constituye un despacho ordinario de los asuntos públicos, si responde a una situación de urgencia debidamente acreditada o si se justifica por razones de interés general.

El Tribunal Supremo ha evaluado la validez de normativas emitidas por el Gobierno en funciones, señalando que las restricciones impuestas al Gobierno saliente son auténticas limitaciones legales[73] y, como resultado, cualquier acción gubernamental que exceda estos límites puede ser anulada judicialmente. A continuación, pasaremos a analizar determinados casos enjuiciados sobre la creación normativa de los Gobiernos en funciones.

Sin ánimo de adelantar las conclusiones de la presente investigación, los tribunales suelen ratificar la creación normativa de los Gobiernos en funciones, amparándose en la STS del 2 de diciembre de 2005. Por ejemplo, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 28 de mayo de 2013[74], aborda el ámbito de actuación de un Gobierno en funciones al desestimar el recurso planteado por la Asociación de Ciclistas Profesionales contra el Real Decreto 1744/2011, de 25 de noviembre, por el que se regulan los procesos de control de dopaje y los laboratorios de análisis autorizados.

Esta norma, aprobada durante el periodo de interinidad gubernamental posterior a las elecciones generales del 20 de noviembre de 2011, es considerada por el Tribunal Supremo como encuadrable dentro del concepto de "despacho ordinario de los asuntos públicos". Aunque la sentencia subraya que un Gobierno en funciones debe abstenerse de introducir nuevas orientaciones políticas, condicionamientos o compromisos que puedan limitar las decisiones del próximo Ejecutivo[75], se precisa que la norma impugnada no vulneró dichos límites al no suponer

72 Carreras, F., "Gobierno en funciones ¿descontrolado?", *El Pais*, 15 de marzo de 2016, disponible en: https://elpais.com/politica/2016/03/15/actualidad/1458067631_274138.html

73 Reviriego Picón, F., Brage Camazano, J., "Gobierno en funciones", op. cit., p. 451.

74 STS, de 28 de mayo de 2013, ECLI:ES:TS:2013:2602.

75 Concretamente, la STS, de 28 de mayo de 2013, FJ 4º, señala que "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

un cambio de directrices políticas ni implicar un condicionamiento al futuro Gobierno. Este planteamiento coincide con la necesidad de evitar lo que la doctrina francesa denomina "testamentos ministeriales", es decir, acciones con las que un Gobierno saliente busca extender su influencia sobre decisiones futuras[76].

Así, el Tribunal concluye que la aprobación del Real Decreto estaba justificada y se reitera la importancia de preservar el equilibrio entre la continuidad administrativa y las restricciones impuestas a un Gobierno en funciones. El Tribunal Supremo, de hecho, estimó innecesario analizar si la norma podía encajar en los supuestos de urgencia o interés general contemplados por la ley, al considerar que se ajustaba de manera evidente al despacho ordinario de los asuntos públicos (FJ 4º).

En relación con lo anterior, el Tribunal Supremo, según destaca Seijas Villadangos, incorpora una cuestión secundaria pero de indudable interés: la posibilidad de que un Gobierno en funciones sea sucedido por otro del mismo signo político (FJ 7º). A este respecto, se advierte que dicha continuidad no debe condicionar la evaluación judicial sobre la capacidad normativa del Ejecutivo en funciones. La posible revalidación de una mayoría previa no exime al Gobierno saliente de su sujeción al principio de responsabilidad, ya que la relación de confianza entre el Parlamento y el Gobierno debe renovarse con cada investidura. En consecuencia, asumir que un Ejecutivo futuro será idéntico al saliente para aplazar el control jurisdiccional resulta jurídicamente inadmisible[77].

Haciendo referencia a esta sentencia, el Tribunal Supremo, en la Sentencia núm. 308/2018, de 27 de febrero[78], rechazó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Real Decreto 244/2016, de 3 de junio, por el que se desarrolla la Ley 32/2014, de 22 de diciembre, de Metrología (Real Decreto 244/2016), afirmando lo que sigue:

> "(…) Siguiendo la pauta marcada en la sentencia de la Sección Cuarta de esta Sala de 28 de mayo de 2013 (…), la aprobación del Real Decreto impugnado 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 expli-

"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."

76 Blanco Valdés, R. L., "El año que vivimos peligrosamente: del bipartidismo imperfecto a la perfecta ingobernabilidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 109, 2017, p. 392.

77 Seijas Villadangos, E., "El control de las actuaciones", op. cit., p. 120.

78 STS 308/2018, de 27 febrero, ECLI:ES:TS:2018:627.

> ca la actora, qué "nuevas orientaciones políticas" son las que estableció el Real Decreto (…) o qué «condicionamiento, compromiso o impedimento» pudo significar su aprobación para las orientaciones que hubiera de fijar el nuevo Gobierno" (FJ 3º).

En la misma línea, la STS 1793/2017[79], de 22 de noviembre, resolvió otro recurso interpuesto contra el Real Decreto 244/2016, pronunciándose sobre la competencia del Gobierno en funciones para la aprobación de normas reglamentarias. El recurso fue promovido por la Junta de Andalucía, que alegaba que el Real Decreto 244/2016 había sido dictado sin respetar las limitaciones del artículo 21 de la Ley 50/1997. El Tribunal Supremo, sin embargo, rechazó esta argumentación y confirmó la validez del Real Decreto, reafirmando que su aprobación se enmarcaba en el ámbito del despacho ordinario de los asuntos públicos.

No obstante, más allá del carácter reglamentario de la norma, la sentencia reviste una especial relevancia porque el Tribunal Supremo introdujo un argumento novedoso: la transposición de normativa de la Unión Europea como pretexto para avalar la legalidad de normativa emanada por Gobiernos en funciones. El Alto Tribunal destacó que el Real Decreto 244/2016 no solo desarrollaba la Ley 32/2014, sino que también cumplía con la obligación de transponer a nuestro ordenamiento jurídico tres directivas europeas que establecían que los Estados miembros debían adoptar y publicar las disposiciones necesarias para darles cumplimiento antes del 19 de abril de 2016. A juicio del Tribunal Supremo, este hecho es determinante, ya que la transposición de directivas europeas no puede considerarse un acto de nueva orientación política, sino que responde a una exigencia ineludible para los Estados miembros de la Unión Europea.

En palabras del Tribunal, la transposición de directivas europeas forma parte del "proceso complejo de aproximación legislativa de los Estados miembros de la Unión Europea, que constituye además una exigencia para estos, pues la omisión de transponer o el retraso o la transposición incorrecta de una directiva pueden suponer una infracción del ordenamiento comunitario" (FJ 3º).

A la luz de estos razonamientos, el Tribunal Supremo concluyó que la aprobación del Real Decreto 244/2016 no solo se encontraba dentro del ámbito del despacho ordinario de los asuntos públicos, sino que, además, el Gobierno en funciones estaba obligado a dictarlo para dar cumplimiento al Derecho de la Unión Europea. En este sentido, el Tribunal afirmó que "tampoco estimamos que la transposición de directivas europeas a nuestro derecho pueda catalogarse como un acto de nueva orientación política", lo que refuerza la idea de que dicha actuación no introduce decisiones políticas novedosas, sino que responde a compromisos jurídicos previamente asumidos. La omisión de esta transposición habría su-

79 STS 1793/2017, de 22 de noviembre, ECLI: ES:TS:2017:4202.

puesto una infracción del ordenamiento comunitario, con las posibles consecuencias sancionadoras que ello conllevaría.

De este modo, la sentencia introduce un elemento clave en la delimitación de las competencias de un Gobierno en funciones: la obligación de transponer directivas europeas. Se establece así que un Ejecutivo interino no solo puede, sino que debe aprobar normas reglamentarias destinadas a cumplir con compromisos jurídicos asumidos por el Estado en el marco de la Unión Europea[80].

Argumentos similares se emplearon en la STS 1711/2020, de 14 de diciembre[81], cuando el Tribunal Supremo desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Unificada de Guardias Civiles contra el Real Decreto 470/2019, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de destinos del personal de la Guardia Civil, de la siguiente manera:

> "(…) En el elenco de funciones de que no dispone el Gobierno en funciones, recogido en el art. 21 de la Ley del Gobierno, no se encuentra el ejercicio de la potestad reglamentaria, ni más precisamente la aprobación de reglamentos de ejecución de una ley, como el que es objeto del presente recurso contencioso-administrativo. Es verdad que, de conformidad con el mencionado precepto legal, el Gobierno en funciones debe limitarse "al despacho ordinario de los asuntos públicos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general, cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas". Pero trazar la línea divisoria entre despacho ordinario e iniciativas políticas no es siempre fácil y, como ha indicado la jurisprudencia de esta Sala, es algo que no puede hacerse sin valorar las circunstancias de cada caso. En el que ahora nos ocupa, es claro que la aprobación del Real Decreto 470/2019 vino determinada (…) por la anulación pocos meses antes del Real Decreto 848/2017 (…); es decir, se trataba en gran medida de reponer una disposición general, previa subsanación del defecto formal que aquejaba a su predecesora. A ello debe añadirse que el Real Decreto 470/2019 aprueba un reglamento ejecutivo y, por

80 En esta línea, Pons Portella alude al Asunto C388/16, *Comisión Europea vs. Reino de España*, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Décima), de 13 de julio de 2017, C-388/2016, en cuyo apartado 41 se afirma lo siguiente: "Las justificaciones invocadas por el Reino de España a ese respecto, a saber, que el retraso en la ejecución de la citada sentencia obedeció a dificultades internas, relacionadas con la disolución del Parlamento nacional, con el hecho de que el Gobierno se hallara en funciones y con la celebración de nuevas elecciones, no pueden aceptarse. En efecto, como ha declarado reiteradamente el Tribunal de Justicia, un Estado miembro no puede invocar disposiciones, prácticas ni situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión".

81 STS 1711/2020, de 14 de diciembre, ECLI: ES:TS:2020:4186.

> tanto, un texto donde no se recogen las grandes orientaciones políticas en la materia, que corresponden -como es obvio- a la ley desarrollada" (FJ 2º).

La Sentencia núm. 1711/2020 del Tribunal Supremo reafirma un enfoque equilibrado sobre la capacidad reglamentaria del Gobierno en funciones. Aunque se reconoce que el artículo 21 de la Ley del Gobierno establece limitaciones claras al actuar de un Gobierno cesante, estas restricciones no implican una prohibición absoluta del ejercicio de la potestad reglamentaria. En el caso analizado, la aprobación del reglamento impugnado se justificó en la necesidad de subsanar un defecto formal de una norma previa y en su carácter de reglamento ejecutivo en el marco de una habilitación legal preexistente, sin incorporar nuevas orientaciones políticas ni comprometer las decisiones del próximo Ejecutivo. Este criterio refuerza la continuidad administrativa y la seguridad jurídica.

La Sentencia núm. 2078/2017[82], de 27 de diciembre, del Tribunal Supremo, es muy interesante por cuanto avaló la legalidad del Real Decreto 389/2016, de 22 de octubre, por el que fue aprobado el Plan Director de la Red de Parques Nacionales. El fallo destacó la duración prolongada del Gobierno en funciones, el cumplimiento de los plazos legales establecidos, la ausencia de nuevas orientaciones políticas y el respaldo del informe de la Abogacía del Estado.

Con respecto a la larga duración del Gobierno en funciones (en aquel momento, más de un año[83]) y el desarrollo de una norma reglamentaria que se produce en el ámbito de una habilitación legal sometida a un plazo determinado, el Tribunal Supremo es claro. Así, la mención al plazo para la aprobación del Plan Director, con vencimiento el 5 de diciembre de 2016, es esencial. La sentencia destaca que el Plan Director debía adaptarse a las previsiones de la nueva Ley de Parques Nacionales y cumplir con la prescripción contenida en la citada ley, que otorgó un plazo de dos años al Gobierno para que aprobase un nuevo Plan Director. Plazo, como vemos, próximo a su vencimiento. Asimismo, se requería adaptar, en otro plazo de dos años, los Planes Rectores de Uso y Gestión de cada par-

82 STS 2078/2017, de 27 diciembre, ECLI:ES:TS:2017:4743.

83 La STS 2078/2017, de 27 de diciembre, FJ 4º, explica la situación de interinidad a la que se enfrentaba el Gobierno durante el año 2016 de la siguiente forma: "(…) justamente, es la situación que ahora nos ocupa: esto es, un Gobierno en funciones como consecuencia del transcurso del plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, sin que ningún candidato hubiere obtenido la confianza del Congreso. Efectivamente, la situación del "Gobierno en funciones" se iniciaría con el Real Decreto 977/2015, de 26 de octubre (BOE del día 27), por el que se disolvieron el Congreso de los Diputados y el Senado y se convocaron elecciones generales, y tal situación no concluiría hasta la publicación del Real Decreto 417/2016, de 3 de noviembre, por el que serían nombrados los Ministros del nuevo Gobierno, tras haber sido precisa una segunda convocatoria electoral mediante Real Decreto 184/2016, de 3 de mayo (…) Esto es, más de un año de "Gobierno en funciones". Esta es la realidad, que, sin embargo, debemos situar en el siguiente contexto normativo".

que nacional. La sentencia concluye que estos plazos justifican la actuación del Gobierno en funciones, al responder a un mandato legislativo concreto dentro de un marco temporal limitado. Este razonamiento refuerza que la medida se encuadra en el despacho ordinario de los asuntos públicos, al derivar de una obligación legal previa.

La sentencia acierta al destacar que la aprobación del Plan Director activaba plazos adicionales para adaptar los Planes Rectores de Uso y Gestión, instrumentos con incidencia directa en las relaciones con los propietarios de los terrenos. Esta circunstancia fue valorada por el Tribunal Supremo como indicio de la urgencia de la medida, dada su importancia para el funcionamiento del sistema normativo y administrativo de los parques nacionales[84]. En este sentido, el fallo subraya que el Real Decreto impugnado cumple un mandato legal previo, lo que excluye cualquier atisbo de discrecionalidad política y legitima su adopción por un Gobierno en funciones.

Ahondando en este punto, y en relación con la ausencia de nuevas orientaciones políticas, la sentencia avaló la legalidad del Plan Director al considerar que su aprobación no introdujo directrices políticas que comprometieran al nuevo Gobierno. El texto subraya que el Plan Director no constituye en sí mismo una nueva orientación política, sino que actúa como un desarrollo reglamentario que da cumplimiento a los mandatos de la Ley 30/2014, de 3 de diciembre, de Parques Nacionales. La sentencia del Tribunal Supremo valida esta interpretación, indicando que la orientación política auténtica proviene de la ley en la que se basa, no del reglamento aprobado por el Gobierno en funciones. Esto elimina la posibilidad de que el Plan Director sea visto como un acto discrecional o innovador en términos políticos.

84 Concretamente, la STS 2078/2017, de 27 de diciembre, FJ 4º, establece que: "a) El objeto de la impugnación en la instancia es (…) una norma reglamentaria, que se produce en el ámbito de una habilitación legal sometida a un plazo determinado. Efectivamente, el Real Decreto impugnado (…) fue aprobado por el Gobierno (…) con la finalidad fin de adaptarlo a las previsiones de la nueva Ley 30/2014, de Parques Nacionales (LPN) y para cumplir de esta forma con la prescripción contenida en la citada LPN, que otorgó un plazo de dos años al Gobierno para que aprobase un nuevo Plan Director (plazo que expiraba el 5 de diciembre de 2016, de conformidad con su Disposición adicional segunda). A ello debemos añadir que, una vez aprobado el Plan Director, al mismo deberían adaptarse, a su vez, en un plazo de dos años, los Planes Rectores de Uso y Gestión (PRUG) de cada uno de los parques nacionales vigentes (…), añadiéndose que, respecto a los parques nacionales ya declarados que no contaban con PRUG, la LPN otorga un plazo de tres años desde su entrada en vigor para que las administraciones competentes procedieran a su aprobación (…). Debemos (…) destacar que este ámbito temporal establecido por una norma con rango de ley ---al que quedaba algo más de un mes para su conclusión--- tiene incidencia (…) en la actuación del Gobierno en funciones, si, además, tomamos en consideración que, con el desarrollo de la potestad reglamentaria, lo que se procedía era al cumplimiento de un previo mandato legal. A ello debemos añadir que, el cumplimiento de este plazo, abría el posterior plazo, igualmente establecido en la LPN, para la adaptación a la misma, o aprobación *ex novo*, de los PRUG, instrumento ya con incidencia directa e inmediata en las relaciones con los propietarios de los terrenos incluidos en el ámbito de los parques (…)".

Es más, el Tribunal Supremo destacó que este tipo de reglamentos no tienen un impacto directo ni inmediato en las políticas futuras, ya que permiten la adaptación de instrumentos más específicos, como los Planes Rectores de Uso y Gestión, que estarán sujetos a revisión jurisdiccional en caso de afectar intereses concretos.

Por otro lado, el Tribunal Supremo reconoció que el futuro Gobierno podría derogar el Plan Director si lo considerase necesario[85], garantizando así la continuidad institucional sin restricciones indebidas. De la misma forma, la sentencia también destacó que, en la fecha de aprobación del Real Decreto, ya existía constancia política de la continuidad del Presidente del Gobierno[86].

Argumentos similares fueron empleados por el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 507/2019, del 11 de abril[87], en la que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Generalitat de Cataluña contra el Real Decreto 1/2016[88], de 8 de enero, por el que se aprueba la revisión de determinados Planes Hidrológicos de demarcaciones hidrográficas. Para desestimar este recurso se emplearon dos argumentos.

En primer lugar, se destacó que la aprobación del planeamiento se produjo en el ámbito de un largo periodo de Gobierno en funciones, en el que finalizaban los plazos establecidos para la adopción de la disposición impugnada. En segundo lugar, se señaló que se trata de una revisión del planeamiento hidrológico que responde a

85 Luque Regueiro, F., "Limitaciones del Gobierno", op. cit., p. 19.

86 Concretamente, la STS 2078/2017, de 27 de diciembre, FJ 4º, determina que: "(…) partiendo del carácter básico del Plan Director debemos, igualmente, señalar que, sería, en todo caso, la norma legal que el Real Decreto desarrollaba la determinante de una nueva orientación política en la gestión de los parques nacionales (…) el Plan Director es el instrumento que posibilita la auténtica "orientación política" contenida en la Ley, pero sin establecerlos, pues los amplios términos en que se redactan las Directrices que en el Plan se contienen admiten las más variadas orientaciones concretas, cuya fijación mediante los PRUG posibilitará la revisión jurisdiccional, sin indefensión para los concretos afectados. En consecuencia, (…) 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, que, entre otros extremos, podía proceder a la derogación de la norma reglamentaria que nos ocupa (…). Por ello, en dicha situación, el Real Decreto impugnado puede situarse en el marco del concepto de "despacho ordinario" del "Gobierno en funciones", debiendo añadirse que poco utilidad práctica tendría (…) alcanzar una conclusión contraria y proceder a la estimación del recurso, dada la continuidad del Gobierno que sustituyó al que se encontraba en funciones".

87 STS 507/2019, de 11 abril, ECLI:ES:TS:2019:1239.

88 La legalidad del Real Decreto 1/2016, de 8 de enero, fue también examinada en otras sentencias del Tribunal Supremo, en las que se alcanzan conclusiones similares en lo que respecta a la regulación de la capacidad normativa de los Gobiernos en funciones, cuestión objeto de análisis en el presente trabajo y abordada igualmente en la sentencia que se analiza a continuación. Véanse, entre otras: STS 319/2019, de 12 de marzo, FJ 2º; STS 354/2019, de 18 de marzo, FJ 2º; STS 444/2019, de 2 de abril, FJ 2º; STS 507/2019, de 11 de abril, FJ 1º; STS 519/2019, de 11 de abril, FJ 3º; STS 654/2019, de 21 de mayo, FJ 3º; y STS 1003/2019, de 8 de julio, FJ 2º.

la previsión legal de revisión sexenal establecida al efecto y en cumplimiento de la normativa comunitaria e interna[89]. Asimismo, se destacó que las decisiones adoptadas en la norma impugnada no comprometían, ni impedían las decisiones que debía adoptar el nuevo Gobierno surgido de las elecciones generales.

A partir de esta doctrina jurisprudencial, la Sala Tercera ha ratificado en diversas ocasiones la legalidad de disposiciones reglamentarias aprobadas por Gobiernos en funciones. Los tribunales han venido amparando este tipo de normativa bajo el argumento de que el ejercicio de la potestad reglamentaria no está expresamente prohibido por el ordenamiento jurídico durante el periodo de interinidad. En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado que el Gobierno en funciones conserva la capacidad de dictar normas reglamentarias cuando estas desarrollan preceptos legales vigentes, responden a una necesidad administrativa inaplazable o derivan de obligaciones previamente establecidas en el ordenamiento. Este criterio ha permitido garantizar la continuidad en la gestión administrativa y evitar situaciones de bloqueo normativo que pudieran afectar el normal funcionamiento de la Administración[90].

En otro orden de cosas, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de junio de 2018[91] resolvió la impugnación de una orden ministerial que regulaba la jornada y el horario de los miembros de las Fuerzas Armadas, equiparándolos a los empleados públicos de la Administración General del Estado, pero adaptándolos a las necesidades operativas y características propias de las Fuerzas Armadas.

La demandante argumentó que la norma no era necesaria en ese momento, ya que el Gobierno estaba en funciones y no existía una urgencia que justificara su

89 También se debe reseñar la STS 471/2019, de 8 de abril, ECLI: ES:TS:2019:1233, que resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Bacardi España, S.A. contra los Reales Decretos 11/2016 y 21/2016. Estos decretos aprobaban el Plan Hidrológico de las demarcaciones hidrográficas de Galicia-Costa, Cuencas Mediterráneas Andaluzas, Guadalete y Barbate, y Tinto, Odiel y Piedras, y el Plan de Gestión de Riesgo de Inundación de las cuencas internas de Andalucía. Bacardi España, S.A. alegaba, entre otros motivos, la incompetencia del Gobierno en funciones para aprobar dichos decretos. El Tribunal Supremo confirma la legalidad de esta normativa sosteniendo, en primer lugar, que la potestad reglamentaria no debe confundirse con la creación de nuevas directrices políticas, ya que la dirección política es competencia de la normativa de rango superior (que ampara con su cobertura al reglamento). En segundo lugar, se considera el concepto de reversibilidad, es decir, dado que un futuro Gobierno puede derogar el reglamento aprobado por un Gobierno en funciones, no se puede atribuir a este último un "condicionamiento, compromiso o impedimento" de la política del Gobierno posterior. Concretamente, la sentencia afirma, en el FJ 3º, lo que sigue: "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".

90 Pons Portella, M., "El gobierno en funciones en la nueva Ley 1/2019, de 31 de enero, del Gobierno de las Illes Balears", *RJIB. Revista jurídica de les Illes Balears*, nº 17, 2019, p. 55.

91 SAN, de 20 junio de 2018, ECLI:ES:AN:2018:2755.

aprobación, considerando que la materia requería un enfoque político más reflexivo. Según esta postura, la Orden vulneraba el artículo 21 de la Ley 50/1997. Sin embargo, la sentencia concluyó que el hecho de que el Gobierno esté en funciones no impide, por sí mismo, que un ministro pueda dictar normas dentro de su ámbito de competencia.

Además, la sentencia destacó que el proyecto de la orden ministerial contó con la participación de asociaciones profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas, y no se evidenció ninguna vulneración que pudiera justificar su nulidad de pleno derecho. Este razonamiento refuerza la legalidad de la norma dentro del marco del despacho ordinario de los asuntos públicos.

En todo caso, estos fallos reflejan una creciente inclinación jurisprudencial hacia la aceptación plena de la capacidad normativa reglamentaria del Gobierno en funciones[92].

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también ha avalado la competencia de un Gobierno en funciones para la imposición de sanciones disciplinarias en el ámbito de la Administración Militar. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 5/2018, de 24 de enero, resolvió el recurso interpuesto contra la sanción disciplinaria de separación del servicio impuesta a un guardia civil por la Ministra de Defensa en funciones.

El recurrente alegó, entre otros motivos, la incompetencia del Gobierno en funciones para imponer dicha sanción, considerando que la resolución vulneraba el principio de legalidad disciplinaria. No obstante, el Tribunal Supremo rechazó este argumento, afirmando que "la necesaria aplicación del régimen disciplinario, de forma cotidiana y continuada, de acuerdo con los estrictos principios jurídicos que lo rigen, se ha de inscribir en el denominado 'despacho ordinario', propio de todo Gobierno en Funciones, dado que es una gestión necesaria en el marco de la Administración Militar".

A juicio del Alto Tribunal, la naturaleza de las sanciones disciplinarias en el ámbito castrense exige su aplicación sin interrupción, garantizando el mantenimiento de la disciplina en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. En consecuencia, estableció que, aunque la sanción fuera impuesta por la Ministra de Defensa en Funciones "se inscribe en el marco normativo, precedentemente aludido, apartado 3 del art. 21 de la Ley 50/97 de 27 de noviembre del Gobierno". De este modo, el Tribunal confirmó que la competencia para imponer sanciones disciplinarias no se ve afectada por la situación de interinidad del Ejecuti-

92 Luque Regueiro, F., "Limitaciones del Gobierno", op. cit., p. 20.

vo, en tanto que se trata de una función inherente a la gestión ordinaria de la Administración Militar[93].

La Sentencia de la Audiencia del 20 de septiembre de 2017[94], se refiere a la impugnación en apelación de una sentencia que desestimó el recurso contra la Orden AEC/581/2016, de 19 de abril, por la que se resolvió la convocatoria de puestos de trabajo por el sistema de libre designación en la Carrera Diplomática.

La Sentencia de apelación descartó que el ministro careciera de competencia para dictar la resolución impugnada por encontrarse el Gobierno en funciones. Asimismo, rechazó la impugnación relativa al nombramiento para el Consulado de Oporto de un candidato que no cumplía con el requisito de tener categoría de consejero. En este sentido, argumentó que los nombramientos de funcionarios mediante el sistema de libre designación no están incluidos entre las competencias restringidas al Gobierno en funciones. Además, aclaró que la resolución no fue emitida por el Gobierno, sino por el ministro en su calidad de jefe del Departamento, con plena competencia para realizar dichos nombramientos[95], confirmando su capacidad para resolver una convocatoria de libre designación.

En definitiva, la respuesta judicial frente a la actuación normativa de los Gobiernos en funciones ha sido, en términos generales, de validación y reconocimiento de su legitimidad, siempre que las medidas adoptadas respeten los límites legales establecidos. La jurisprudencia ha interpretado de forma flexible el concepto de "despacho ordinario de los asuntos públicos", permitiendo incluso actos con cierto contenido político, siempre que no introduzcan nuevas orientaciones ni condicionen al Ejecutivo entrante[96]. Además, se ha considerado legítima la aprobación de normas reglamentarias y la transposición de directivas europeas, e incluso el uso del decreto-ley en contextos excepcionales. En todos estos supues-

93 STS 5/2018, de 24 de enero, ECLI: ES:TS:2018:165.

94 SAN, de 20 de septiembre 2017, ECLI:ES:AN:2017:3628.

95 SAN, de 20 de septiembre 2017, FJ 3º.

96 En el ámbito autonómico, se ha dado una excepción relevante: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 7 de septiembre de 2017, Rec. 721/2015 (ECLI:ES:TSJAND:2017:7921), anuló el Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía, aprobado por el Gobierno andaluz en funciones mediante el Decreto 141/2015, de 26 de mayo. El Tribunal consideró (FJ 10º) que dicho plan no constituía un mero despacho ordinario de los asuntos públicos, sino que implicaba una orientación política general en materia de ordenación territorial, con directrices propias que comprometían al Ejecutivo entrante. Por ello, se entendió que su aprobación vulneraba el principio de lealtad constitucional que limita la actuación de los gobiernos en funciones a decisiones no políticas. En la misma línea se pronunciaron otras resoluciones del mismo tribunal: STSJA, de 7 de septiembre de 2017 (rec. 671/2015), STSJA, de 14 de septiembre de 2017 (rec. 77/2016), STSJA 351/2017, de 15 de septiembre (rec. 711/2015), SSTSJA 915/2017, 916/2017 y 917/2017, de 21 de septiembre (recs. 722/2015, 712/2015 y 724/2015, respectivamente), SSTSJA 1000/2017 y 1001/2017, de 6 de octubre (recs. 649/2015 y 719/2015), STSJA, de 11 de octubre de 2017 (rec. 659/2015) y STSJA 1009/2017, de 11 de octubre (rec. 718/2015).

tos, los tribunales han avalado la constitucionalidad y legalidad de las actuaciones del Gobierno en funciones, siempre que estuvieran debidamente motivadas. Así, se ha consolidado una doctrina que busca preservar la continuidad institucional sin renunciar al control judicial efectivo.

## *8. Conclusiones.*

La figura del Gobierno en funciones constituye un mecanismo esencial para preservar la continuidad institucional en los sistemas parlamentarios, impidiendo la existencia de vacíos de poder durante los periodos de transición política. En el contexto español, la intensificación y prolongación de estas situaciones en los últimos años ha suscitado importantes interrogantes sobre la extensión y los límites de las competencias que puede ejercer un Ejecutivo una vez cesada su relación de confianza con el Parlamento.

Aunque el artículo 101 de la Constitución Española impone la permanencia del Gobierno en funciones hasta la investidura del nuevo Ejecutivo, el texto constitucional guarda silencio sobre el alcance material de sus atribuciones durante dicho periodo. Esta laguna normativa fue parcialmente colmada con la aprobación de la Ley 50/1997, que delimitó la actuación del Gobierno en funciones al denominado "despacho ordinario de los asuntos públicos", incorporando además ciertas prohibiciones expresas. No obstante, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que, mediante un análisis casuístico y evolutivo, ha perfilado con mayor precisión los contornos de este concepto jurídico indeterminado.

A través de su doctrina consolidada desde 2005, el Alto Tribunal ha establecido que el Gobierno en funciones ha de abstenerse de adoptar decisiones que comporten nuevas orientaciones políticas o que puedan condicionar, comprometer o impedir las directrices del futuro Ejecutivo. No obstante, ha reconocido que no todo acto con componente político queda excluido del ámbito de actuación del Gobierno en funciones, siempre que se trate de actuaciones indispensables, motivadas por la urgencia o por razones de interés general, y que no limiten la capacidad de dirección política del Gobierno entrante.

Este enfoque ha permitido encontrar un equilibrio entre dos exigencias igualmente relevantes: la necesidad de asegurar la continuidad administrativa del Estado y la preservación de la neutralidad política de un Ejecutivo carente de plena legitimación democrática. En este contexto, la jurisprudencia ha desempeñado un papel esencial al proporcionar una metodología de análisis basada en la ponderación de circunstancias concretas, lo que permite adaptar el control judicial a la naturaleza singular de cada actuación gubernamental.

El análisis jurisprudencial evidencia, además, que factores como la duración del periodo de interinidad —cuya prolongación puede incrementar la presión sobre el Gobierno en funciones para adoptar decisiones que no admiten demora—, la ineludibilidad de determinadas obligaciones internacionales, como la trasposición de directivas de la Unión Europea dentro de plazos perentorios, o incluso la pertenencia del nuevo Ejecutivo al mismo signo político que el saliente —lo que podría matizar la carga política de ciertas decisiones—, pueden modular de forma significativa la valoración de la legitimidad de las actuaciones adoptadas durante la interinidad. Asimismo, ha de tenerse en cuenta la naturaleza reglada o discrecional de la medida adoptada, el grado de urgencia alegado y la posibilidad de reversibilidad de la actuación por parte del futuro Gobierno. Todos estos elementos deben ser evaluados conjuntamente para determinar si una determinada decisión se encuentra dentro del ámbito legítimo de actuación de un Gobierno en funciones, sin comprometer la responsabilidad política del Ejecutivo sucesor ni vulnerar los principios fundamentales del parlamentarismo.

En consecuencia, el control judicial ejercido sobre la creación normativa del Gobierno en funciones se erige como una garantía constitucional esencial para salvaguardar tanto la sujeción del poder ejecutivo a la legalidad como la efectiva operatividad de las instituciones. Lejos de representar un obstáculo para el funcionamiento del Ejecutivo, dicho control contribuye a dotar de legitimidad, previsibilidad y seguridad jurídica a sus decisiones durante estos periodos de excepcionalidad institucional.

Así, el Gobierno en funciones debe concebirse como una figura jurídicamente habilitada para asegurar la continuidad de la acción del Estado, pero sometida a límites materiales que, si bien flexibles, son exigibles en virtud de los principios de lealtad institucional, prudencia política y respeto a la voluntad popular expresada en las urnas.

## BIBLIOGRAFÍA

Aguiar De Luque, L., "La posición del Gobierno cesante o en funciones en el ordenamiento constitucional español", en *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, con Garrorena Morales, Á. (ed.), Tecnos, Madrid, 1990, pp. 261-270.

Álvarez Conde, E., "El Gobierno en funciones", *Documentación Administrativa*, nº 246-247, 1996-1997, pp. 191-218.

Aragón Reyes, M., "El Gobierno en funciones: su ámbito competencial y su control parlamentario (comentario a la STC 124/2018, de 14 de noviembre)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 119, 2020, pp. 269-298.

Bautista Samaniego, C. M., "Extradición y Gobierno en funciones: a propósito de la STS (3.ª) 1326/2020, de 15 de octubre de 2020", *Derecho penal 2021*, dir. por Ortega Burgos, E. y Ochoa Marco, R., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 81-100.

Blanco Valdés, R. L., "El año que vivimos peligrosamente: del bipartidismo imperfecto a la perfecta ingobernabilidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 109, 2017, pp. 63-96.

Brage Camazano, J., Reviriego Picón, F., "Gobierno en funciones y despacho ordinario de los asuntos públicos (las SSTS de 20 de septiembre y 2 de diciembre de 2005)", *Teoría y realidad constitucional*, nº 18, 2006, pp. 445-486.

Carreras, F., "Gobierno en funciones ¿descontrolado?", *El País*, 15 de marzo de 2016, disponible en: https://elpais.com/politica/2016/03/15/actualidad/1458067631_274138.html

Carrillo López, M., "Artículo 101", *Comentario mínimo a la Constitución española*, con Muñoz Machado, S. (coord.), Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 392-394.

Carrillo López, M., "Artículo 101: El cese del Gobierno y el Gobierno en funciones", *Comentarios a la Constitución Española*, coord. por Arnaldo Alcubilla, E.; dir. por Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Casas Baamonde, M. E., con colaboración de REMÓN PEÑALVER, J., PÉREZ MANZANO, M., y BORRAJO INIESTA, I., Vol. 2, Tomo II, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp. 426-437.

Carrillo López, M., "Las atribuciones del Gobierno en funciones", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 109, 2017, pp. 121-154.

García Fernández, J., Gómez Montoro, Á. J., Montilla Martos, J. A., Revenga Sánchez, M., Reviriego Picón, F., Ridaura Martínez, M. J. y Seijas Villadangos, E., "Encuesta sobre el Gobierno en funciones", *Teoría y realidad constitucional*, nº 40, 2017, pp. 11–76.

Gómez Corona, E., "Las limitaciones del Parlamento recién constituido durante la *prorrogatio* gubernamental", *Revista de Derecho Político*, nº 96, 2016, pp. 149–180.

González Alonso, A., "Los gobiernos cesante y en funciones en el ordenamiento constitucional español", *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 12, 2005, pp. 221–276.

Herreros López, J. M., "El control parlamentario del Gobierno en funciones: Comentario de la STC 124/2018, de 14 de noviembre", *Actualidad administrativa*, nº 6, 2019.

López Guerra, L., "Gobierno en funciones", *Organización general y territorial del Estado. Temas básicos de derecho constitucional*, tomo II, con Aragón Reyes, M. (dir.) y Aguado Renedo, C. (coord.), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, pp. 192-195.

Luque Regueiro, F., "Limitaciones del Gobierno en funciones en la Constitución y en la regulación estatal. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Regulación autonómica", *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 2023, 2023.

Pons Portella, M., "El gobierno en funciones en la nueva Ley 1/2019, de 31 de enero, del Gobierno de las Illes Balears", *RJIB. Revista jurídica de les Illes Balears*, nº 17, 2019 pp. 47-94.

Reviriego Picón, F., Brage Camazano, J., "Gobierno en funciones y despacho ordinario de los asuntos públicos (las SSTS de 20 de septiembre y 2 de diciembre de 2005)", *Teoría y realidad constitucional*, nº 18, 2006, pp. 445–486.

Reviriego Picón, F., "Artículo 101", *Comentarios a la Constitución Española: En memoria de Pablo Pérez*, coord. por Montesinos Padilla, C.; dir. por Sáiz Arnaiz, A. y Bustos Gisbert, R., Tirant Lo Blanch, 2024, pp. 1453-1465.

Ripollés Serrano, M. R., "Gobierno en funciones y control parlamentario", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 109, 2017, pp. 155–183.

Seijas Villadangos, E., "El control de las actuaciones de un Gobierno en funciones", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 42, 2017, pp. 102-127.

Torres Gutiérrez, A., "La Actuación del Gobierno en Funciones y su Control Jurisdiccional y Político: A propósito de la Sentencia del TC de 14 de Noviembre de 2018", *Civitas Europa: revue juridique sur l'évolution de la nation et de l'État en Europe = revista jurídica sobre la evolución de la nación y del estado en Europa = legal journal on the development of nation and State in Europe*, nº 42, 2019, pp. 189-205.

## REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Asunto C388/16, *Comisión Europea vs. Reino de España*, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Décima), de 13 de julio de 2017, C-388/2016.

STC 97/2018, de 19 de septiembre, ECLI:ES:TC:2018:97.

STC 124/2018, de 14 de noviembre, ECLI:ES:TC:2018:124.

STC 10/2023, de 23 de febrero, ECLI:ES:TC:2023:10.

STS, de 20 de septiembre de 2005, RJ 2005\7502, Recurso núm. 123/2004.

STS, de 2 de diciembre de 2005, RJ 2006\2271, Recurso núm. 161/2004.

STS, de 28 de mayo de 2013, ECLI:ES:TS:2013:2602.

STS 1793/2017, de 22 de noviembre, ECLI: ES:TS:2017:4202.

STS 2078/2017, de 27 diciembre, ECLI:ES:TS:2017:4743.

STS 5/2018, de 24 de enero, ECLI:ES:TS:2018:165.

STS 308/2018, de 27 de febrero, ECLI:ES:TS:2018:627.

STS 447/2018, de 20 de marzo, ECLI: ES:TS:2018:935.

STS 507/2019, de 11 de abril, ECLI:ES:TS:2019:1239.

STS 1326/2020, de 15 de octubre, ECLI:ES:TS:2020:3378.

STS 1711/2020, de 14 de diciembre, ECLI:ES:TS:2020:4186.

SAN, de 20 septiembre 2017, ECLI:ES:AN:2017:3628.

SAN, de 20 de junio de 2018, ECLI:ES:AN:2018:2755.

SAN, de 24 de enero de 2020, ECLI:ES:AN:2020:422.

STSJA, de 7 de septiembre de 2017, ECLI:ES:TSJAND:2017:7921.