

LA PERMANENCIA EN FUNCIONES DEL GOBIERNO EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO¹

The Outgoing Government in the Supreme Court's Doctrine

FERNANDO REVIRIEGO PICÓN

Universidad Nacional de Educación a Distancia

fernando.reviriego@der.uned.es

Cómo citar/Citation

Reviriego Picón, F. (2017).

La permanencia en funciones del Gobierno en la doctrina del Tribunal Supremo.

Revista Española de Derecho Constitucional, 109, 379-405.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.109.13>

Resumen

En este trabajo, se aborda la permanencia en funciones del Gobierno tras su cese y las implicaciones que conlleva en su ámbito de actuación. El análisis se centra en la doctrina del Tribunal Supremo y, de forma particular, en las tres sentencias que hasta la fecha han analizado si determinadas decisiones de un Gobierno cesante (la denegación de un indulto, la concesión de una extradición y la aprobación de un decreto en materia de dopaje) se encuadran dentro del contorno del despacho ordinario de los asuntos públicos, un concepto jurídico indeterminado con el que la Ley del Gobierno delimitó el ámbito de acción natural de un Gobierno en esta situación. Se analizan igualmente algunas de las cuestiones más problemáticas del Gobierno que permaneció en funciones tras las elecciones de diciembre de 2015 durante un período de más de trescientos días.

Palabras clave

Gobierno en funciones; competencias; control; despacho ordinario de los asuntos públicos; interés general; Tribunal Supremo.

¹ Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación *Formas de participación política en los sistemas de gobierno multinivel y mejora de la calidad democrática*. Investigador principal: J. TUDELA, referencia DER2015-68160-C3-1-P, 2016.

Abstract

These notes tackle the continuity of the Government after its dissolution as well as the consequences brought about in its scope of action. The analysis focuses in the doctrine of the Supreme Court and, more specifically, in the three sentences that have to date studied whether certain decisions of the outgoing Government (namely, the rejection of pardon, the granting of an extradition and the approval of a decree concerning doping) could be framed into the ordinary management of public affairs. With this rather indeterminate juridical concept the Government Law limited the competences of the outgoing Government. Likewise, some of the most controversial issues faced by the interim Government from December 2015 up to October 2016 are analysed.

Keywords

Outgoing Government; competences; control; ordinary office of public affairs; general interest; Supreme Court.

SUMARIO

I. LA PERMANENCIA EN FUNCIONES DEL GOBIERNO Y EL DESPACHO ORDINARIO DE LOS ASUNTOS PÚBLICOS. II. LA LABOR DELIMITADORA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: 1. La STS 5639/2005, de 20 de septiembre (Sala 3.ª, Sección 6.ª). 2. La STS 8303/2005, de 2 de diciembre (Sala 3.ª, Pleno). 3. La STS 2602/2013, de 28 de mayo (Sala 3.ª, Sección 4.ª). III. EL NECESARIO CONTROL DEL GOBIERNO EN FUNCIONES: 1. La dilatada interinidad del Gobierno tras las elecciones de diciembre de 2015. 2. El control jurisdiccional y la parlamentarización del Gobierno cesante.

BIBLIOGRAFÍA.

I. LA PERMANENCIA EN FUNCIONES DEL GOBIERNO Y EL DESPACHO ORDINARIO DE LOS ASUNTOS PÚBLICOS

En situaciones de normalidad, la permanencia en funciones del Gobierno tras su cese es un período de tiempo relativamente breve (hasta el último traspaso de poderes la media no alcanzaba los cuarenta días) en el que la actuación de este, que continúa en *prorrogatio* de funciones hasta la toma de posesión del que ha de sucederlo, debe limitarse al despacho ordinario de los asuntos públicos; más allá de esos supuestos, solo puede actuar en casos de urgencia o por razones de interés general.

Así lo dispuso con claridad la tardía Ley del Gobierno, que trataba de delimitar en un ejercicio de ingeniería constitucional el perímetro de su actuación y continuidad funcional. El objetivo era conjugar sobre este período de transición la díada control-flexibilidad sin introducir excesivas rigideces o corsés, conforme a la que ya con anterioridad a la ley era opinión mayoritaria en sede doctrinal: la actividad de un Gobierno en este estado debía mantenerse dentro de dicho contorno, sobre la base de un principio de mínima intervención. A ello se añadieron en ese mismo cuerpo legal previsiones más específicas, que sirvieron para precisar esa redefinición competencial del Gobierno, dentro del entramado institucional.

Se trataba de encontrar, dentro de la complejidad que podía presentar la situación, criterios de certidumbre y garantía (D'Orazio, 1980: 817 y ss.), en la actuación de un Gobierno carente ya de la confianza de la Cámara y sobre el que no se proyecta la responsabilidad en los términos habituales, y que por ello no puede pretender la libertad de fines típica de su tarea ordinaria. Por el propio carácter de su actuación y su forma de renovación resultaba claro que

no era posible incorporar las soluciones articuladas en otros órganos constitucionales.

Estas previsiones concretaban, así, el convencimiento de la transformación de la legitimidad gubernamental durante ese período que pasaba a contemplarse ahora desde la perspectiva de la eficacia que se pretende para la gestión de un período de transición iniciado con el cese y que finalizará con la llegada del nuevo Gobierno. Se pretende que la sucesión de un Gobierno por otro no afecte la continuidad fundamental de la acción gubernamental ni que se produzcan parálisis o disfuncionalidades en el conjunto del sistema.

Estamos ante conceptos jurídicos indeterminados que habrán de concretarse casuísticamente mediante el análisis detallado de las específicas decisiones que se adopten o, en su caso, dejen de adoptarse por considerarse extramuros de aquellos; y que se erigen como principios fundamentales de legitimación del ejercicio del poder durante estos períodos, en los que resulta clave la noción de *lealtad institucional*, con el objeto aquí de facilitar el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno.

El tránsito precisa, sin duda, un adecuado flujo de información y transparencia por parte del Gobierno cesante, quizás una suerte de acuerdo de traspaso, con relación a los asuntos pendientes y estado de tramitación, al estilo de lo previsto en alguna ley autonómica; aunque esto sería ya un momento posterior al tema que ahora nos ocupa. Se trata de mitigar lo que Schabert (1999: 57 y ss.) consideraba una de las paradojas del poder al tomar posesión el nuevo Gobierno; así, al comenzar su ejercicio no hay en realidad poder alguno; una idea que ejemplificaba con dos traspasos de poderes en dos ámbitos muy diferentes: los de Roosevelt en 1933 y Mitterrand en 1981.

Este tipo de conceptos nos permite hablar en sede teórica de esferas concéntricas que enmarcan dichas decisiones: la exterior deja fuera el espacio de certeza negativa, la interior cubre el espacio de certeza positiva; entre ambas, queda una de incertidumbre (Jellinek, 1964: 37 y ss.).

Los conceptos jurídicos indeterminados han de concretarse en el momento aplicativo para que resulten entonces perfectamente identificables: «Los términos polares del concepto tienen un amplio halo, en los términos tradicionales, que distingue en los conceptos indeterminados, un núcleo de certeza, de absoluta certeza, un halo de imprecisión o de posible incertidumbre, y un lugar —más o menos alejado del centro, pero inexorable— de certidumbre categóricamente negativa» (García de Enterría, 1996: 69 y ss.). De esta forma, por muy difusos que puedan ser los límites del concepto, el criterio que nos permite avistar «hasta dónde alcanzan esos límites lo proporciona su esencia o núcleo, porque el concepto llega hasta donde ilumina el resplandor de su núcleo» (Sainz Moreno, 1976: 197).

Esa franja intermedia, esa suerte de penumbra con una panoplia de incógnitas, constituye un punto de posible fricción. La valoración de si una determinada actuación entra o no en ese concepto dependerá, en un primer momento, de la interpretación que el Gobierno cesante efectúe conforme a su *margen de apreciación*. Pero como conceptos de este tipo son susceptibles de control jurisdiccional, luego podrá entrar en juego un nuevo criterio, si bien el juez puede entrar aquí en un campo minado de apreciaciones políticas². Y, por supuesto, también ha de contarse con el eventual control parlamentario.

El problema se deriva del hecho de que no existen en la teoría asuntos corrientes por naturaleza (Bouyssou, 1970: 669), al ser aquellos que correspondan a la marcha ordinaria de la vida (Lachaze, 1952: 66); lo que en un momento puede ser calificado como tal cabrá considerar que excede tal carácter en otro momento diferenciado.

Situaciones nuevas e imprevistas (por ejemplo, una disolución automática tras una investidura frustrada que dilate sobremanera el período de interinidad, como la que ya hemos vivido) pueden hacer variar perspectivas y conclusiones. En abstracto, parece oportuno confiar en que se asiente en sede parlamentaria el control de las actuaciones del Gobierno sobre la base del análisis de criterios de oportunidad. Ante la duda, y ya que la acción del Gobierno está limitada y condicionada la libertad de sus fines, contenidos y formas de actuación³, parece ciertamente aconsejable la abstención del Gobierno.

Esas múltiples variables y esas fronteras un tanto permeables llevan a que la indeterminación pueda aprovecharse en no pocas ocasiones por el Gobierno de turno para ir un poco más allá de lo que aparentemente pudiera ser el campo ordinario de acción.

Pero, también, si ello resulta conveniente, para retraerse frente a decisiones menos populares, con el objetivo de que sea otro Gobierno el que las tenga que adoptar, una «excusa para la inacción» (Bouyssou, 1970: 655 y ss.; Mascarenhas, 1978: 440 y ss.) que no es sino una dejación de la función de Gobierno. Se pueden encontrar ejemplos de muy diverso tipo en la práctica del Gobierno de la nación y, asimismo, en la de los gobiernos autonómicos, donde las limitaciones son similares en líneas generales (Reviriego, 2003: 321-382).

También en el ámbito comparado se ha reflexionado desde mucho tiempo sobre el modo de abordar los problemas que se suscitan o pueden suscitarse a la hora de abordar los traspasos entre Gobiernos y el *telos* de la actividad de los Gobiernos en situación de interinidad. En la doctrina alemana, belga, francesa

² Al hilo de concretas decisiones objeto de resoluciones judiciales, véase Galizia (1962).

³ Sobre esta cuestión y la contraposición entre acción del Gobierno y actividad administrativa, véase García Fernández (1995: 145 y ss.).

o italiana, por ejemplo, encontramos muy interesantes trabajos, al hilo sobre todo de conflictivas sucesiones entre Gobiernos.

II. LA LABOR DELIMITADORA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Abordaremos ahora, con los mimbres anteriores, cómo se ha contemplado, desde la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS), la delimitación material de la competencia de un Gobierno en funciones y, de forma más particular, el análisis del despacho ordinario de los asuntos públicos.

Los parámetros de actuación en este caso, como nos recuerda Aragón, vienen constituidos de una manera objetiva, ya que su «canon de control es un conjunto normativo, preexistente y no disponible para el órgano que ejerce el control jurídico» (frente al carácter subjetivo del control político en el que «no existe canon fijo y predeterminado de valoración, ya que esta descansa en la libre apreciación realizada por el órgano controlante, es decir, que el parámetro es de composición eventual y plenamente disponible»). Precisamente, por tal carácter objetivado, «la limitación no resulta, como en el control político, de un choque de voluntades, sino de una norma abstracta, y el órgano de control no es un órgano limitante, sino actualizador de una limitación preestablecida, ajeno, en principio, a toda relación de supremacía o jerarquía con el órgano limitado»; estamos así ante órganos no limitadores sino «verificadores de limitaciones preestablecidas», órganos, en expresión de Schmitt, que «no mandan sino que frenan» (Aragón, 1995: 91 y ss.).

El control judicial sobre la actuación de un Gobierno en este estado, con independencia del concreto supuesto de cese, permanece en toda su extensión e intensidad (STS 2602/2013, de 28 de mayo, Sala 3.^a, Sección 4.^a). Ello no entra en contradicción con el hecho de que exista alguna específica limitación para un concreto supuesto de cese o que las circunstancias de ambiente (una revalidación de una mayoría en unas elecciones, por ejemplo) puedan modular el margen de actuación dibujado por los conceptos jurídicos indeterminados arriba expuestos. Como apuntó tempranamente Revenga (1988: 52 y ss.): «la perpetuación del nexo fiduciario ensancha el margen de maniobra del Gobierno en funciones».

Tres son las Sentencias del TS en las que se han analizado, bajo el prisma de las limitaciones de la Ley del Gobierno, la actuación de un Gobierno en este estado, por causa precisamente de esa situación. Evidentemente, son más los supuestos en que decisiones tomadas por Gobiernos durante estos períodos han podido ser recurridas, pero al margen de esa permanencia y esa legitimidad

transformada que limita la actuación del Gobierno por mor de las previsiones de su ley reguladora.

En estas tres Sentencias se han analizado decisiones tomadas por los Gobiernos que permanecieron en funciones tras las elecciones generales de marzo de 2004 (STS de 20 de septiembre y STS 2 de diciembre de 2005) —un análisis de estas dos primeras en Brage y Reviriego (2006: 445 y ss.)— y noviembre de 2011 (STS de 28 de mayo de 2013).

En las dos ocasiones se trataba de períodos de permanencia en funciones de carácter material, y no formal, en expresión de Revenga (1988: 68), pues la nueva orientación política que tendría el futuro Gobierno resultaba evidente al conocerse los resultados objetivos en las elecciones ya celebradas.

Esos períodos de permanencia en funciones fueron ciertamente muy dispares. El primero de ellos, especialmente traumático por los atentados terroristas acontecidos con inmediata anterioridad a la celebración de elecciones generales. El segundo, aunque escasamente conflictivo en lo que al período de permanencia en funciones se refiere, estuvo dominado por las reflexiones y críticas vertidas a la acelerada reforma constitucional que la precedió y sus consecuencias inmediatas; no obstante, como apuntaremos, alguna puntual decisión de este Gobierno en funciones (por ejemplo, el indulto concedido a un banquero) sí que se reveló polémica siendo finalmente recurrida.

Las cuestiones analizadas en estas Sentencias son igualmente muy heterogéneas: la concesión de una extradición (Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de abril de 2004), la denegación de una petición de indulto (Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de marzo de 2004) y la aprobación de un decreto sobre control del dopaje (RD 1744/2011, de 25 de noviembre).

1. LA STS 5639/2005, DE 20 DE SEPTIEMBRE (SALA 3.ª, SECCIÓN 6.ª)

Esta Sentencia fue la primera en que el TS abordó la actuación de un Gobierno en funciones bajo los parámetros del art. 21 de la Ley del Gobierno, y precisamente para anular la decisión tomada sobre la base de la extralimitación del ámbito normal de actuación de un Gobierno en este estado.

Se anuló, en concreto, la concesión de la extradición de una ciudadana británica a las autoridades italianas, al entender que dicha decisión había excedido con claridad del despacho ordinario de los asuntos públicos; una de las casi un centenar de decisiones en materia de extradición (activa, pasiva) adoptadas durante aquel período de permanencia en funciones.

Un caso de extradición pasiva donde, como es sabido, la decisión del Gobierno de conceder dicha extradición debe venir precedida del criterio

positivo emitido por el Tribunal competente; en el caso de que este la deniegue, el Gobierno se encuentra vinculado por la decisión, solo disponiendo de margen de actuación (para conceder o denegar) cuando aquel lo autorice. Ello se encuentre o no en funciones.

La eventual denegación en ese segundo supuesto podrá producirse en el ejercicio de la soberanía nacional, atendiendo al principio de reciprocidad o a razones de seguridad, orden público o demás intereses esenciales para España. Esta opción, que se encuentra inspirada en los sistemas francés o italiano y que resulta criticada por un amplio sector de la doctrina que apuesta por un sistema exclusivamente jurisdiccional, se pretendió justificar en la exposición de motivos de dicho cuerpo normativo por el diferente campo y la distinta finalidad de los tribunales y el Gobierno «técnico y sobre todo tutelar del derecho a la libertad los primeros y políticos esencialmente el segundo».

En el caso analizado, el TS estimará el recurso contencioso interpuesto anulando el acuerdo del Consejo de Ministros. La decisión se tomó sobre la base de que la no vinculación del Gobierno respecto de la decisión del Tribunal exige a aquel «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»; un pronunciamiento que, a juicio del TS, lleva a que el Gobierno ejercite 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 que asimismo, «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».

Estamos ante la única ocasión hasta la fecha en que una decisión de un Gobierno en funciones ha sido anulada por los tribunales por considerarse extramuros de su ámbito de actuación, bien ordinario, bien extraordinario (urgencia o interés general).

Se trata de una decisión que a nuestro juicio opta por una visión muy restrictiva de la permanencia en funciones del órgano gubernamental, ya que, siendo aceptable considerar que el acuerdo de un Gobierno sobre una extradición (en un sentido u otro), es un acto de soberanía; ello se nos antoja compatible con su caracterización como una gestión ordinaria de los asuntos públicos.

De hecho, hasta la fecha no había resultado extraño que un Gobierno en este estado autorizara extradiciones. Cabe recordar, incluso, que en el primer traspaso de poderes que siguió a la aprobación de la ley del Gobierno (debido a las elecciones de marzo de 2000), tratando de ajustar la actuación de aquel Gobierno en funciones, los informes jurídicos emitidos avalaron que la tramitación de expedientes de extradiciones activas y pasivas quedaban claramente

comprendidas en la noción de *despacho ordinario de los asuntos públicos* tanto por su carácter habitual o común como por su proliferación durante períodos o etapas precedentes de diferentes Gobiernos en funciones, sin que se hubieran suscitado, en ningún caso, objeciones o reparos. Lo cierto es que la cuestión tampoco había generado doctrinalmente discusión ninguna.

Es, sin duda, el caso concreto que en cada momento se analice el que deberá dar la pauta sobre la extralimitación o no de los cometidos de un Gobierno en estas circunstancias; pero, caso de darse, probablemente pueda producirse más en un caso de denegación, al apartarse aquí del criterio del TS que ha emitido el informe previo, por definición favorable (no como en el caso aquí sentenciado en que la concesión coincide con el criterio técnico del TS).

A mayor abundamiento, y aparte de tener en cuenta la Sentencia del TS que poco tiempo después hubo de conocer el recurso contra otra decisión adoptada durante esa misma permanencia en funciones en una suerte de *overruling* (una sentencia que veremos a continuación), cabe destacar que, con posterioridad, los Gobiernos en funciones han seguido adoptando decisiones de este tipo.

Por citar solo el último período (diciembre de 2015 a octubre de 2016), encontramos tanto concesiones de extradición pasiva como el caso aquí conocido (a diferentes países de personas acusadas por muy diversos delitos: asociación ilícita, homicidio, blanqueo de capitales, etc.), como solicitudes de extradición, especialmente por delitos de terrorismo, incluso en ocasiones pese a la existencia de resoluciones denegatorias previas por parte del Estado receptor (nos referimos al caso de los militares presuntamente implicados en el asalto a la Universidad Centroamericana en El Salvador en 1989 y el asesinato de cinco sacerdotes españoles, entre ellos, Ignacio Ellacuría —Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de marzo de 2016—).

2. LA STS 8303/2005, DE 2 DE DICIEMBRE (SALA 3.º, PLENO)

La segunda de las Sentencias en que el TS tuvo que conocer si la actuación de un Gobierno en funciones se ajustaba a las limitaciones establecidas por la Ley del Gobierno abordó si la denegación de un indulto encontraba acomodo en la actuación ordinaria de un Gobierno en ese estado.

En esta ocasión, se acordó, al amparo del art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que el recurso lo conociera el Pleno de la Sala, dictándose una Sentencia desestimatoria al recurso planteado, aunque nueve magistrados presentaron votos particulares; cuatro de ellos, de forma individual; otros tres, de forma conjunta. Un voto al que se adhirieron dos magistrados

más. Entre estos votos, se contaron los de la práctica totalidad de los magistrados que integraron la sección que dictó en su momento la primera de las Sentencias (apenas un mes y medio antes), no en vano la dictada ahora por el Pleno dio un giro a la interpretación de la actuación de un Gobierno en funciones.

Debemos partir del dato de que la concesión o denegación de indultos por parte de Gobiernos en trance de abandonar sus cargos es una cuestión bastante habitual en la práctica política comparada; si se nos permite la expresión: un clásico en estos momentos de provisionalidad.

Esta cuestión ha sido objeto de sugestivas reflexiones doctrinales, especialmente por parte de las doctrinas alemana o italiana del primer tercio del siglo xx que, como es sabido, abordaron con cierto detalle estos períodos de interinidad y los Gobiernos en este estado; una buena parte de esa doctrina coincidía en excluir los indultos, pero solo aquellos que tuvieran un claro significado político (Stier-Somlo, 1925; Huber, 1932; Heilbrunn, 1932; Dreher, 1932; Racioppi y Brunelli, 1909), una idea que compartimos.

Se trata de un asunto que, recurrentemente, vuelve a salir a la palestra en diferentes trasposos de poderes. Muy conocido fue, por ejemplo, el conocido como *Pardongate* en el traspaso de poderes entre Bill Clinton y George W. Bush; un caso que fue objeto de investigación por parte de la Cámara de Representantes, el Senado y la propia Fiscalía de Nueva York. En aquel traspaso de poderes, se aprovecharon sus últimos momentos para conceder cerca de ciento ochenta indultos. No se debatió entonces tanto la concesión de los indultos (habitual en estos momentos de traspaso de poderes ya desde George Washington) como la persona beneficiaria de estos (Marc Rich —indulto número 140—, hasta ese momento incluido en el listado de personas más buscadas por el FBI y huido de la justicia desde 1983, y de quien se sospechaba que podría haber financiado las campañas políticas de su benefactor y su esposa).

Mas no debemos dejar de lado que el derecho de gracia es una anomalía —cuando menos teórica— en un Estado de Derecho; en expresión de Aragón (prólogo a Aguado, 2001: 17). Como apunta Aguado (2001: 253 y ss.), estamos ante una «válvula de seguridad» del sistema «para superponer la justicia material en los supuestos en los que la justicia formal se haya mostrado insuficiente, e incluso contraproducente, y para procurar la paz social en su caso», aunque lógicamente también puede permitir situaciones injustas. En nuestro país se encuentra regulado por una vetusta Ley (aprobada en 1870, durante el Sexenio Democrático o Revolucionario), reformada recientemente para incluir la obligación semestral del Gobierno de remitir al Congreso de los Diputados un informe en el que se detalle todo lo referido a la concesión o denegación de

indultos y se produzca la comparecencia a esos efectos informativos, de un alto cargo del Ministerio de Justicia, ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados (LO 1/2015, de 30 de marzo). Cabe destacar que en la presente Legislatura se ha presentado una proposición de reforma de dicha Ley para excluir de esta delitos relacionados con la corrupción, así como los vinculados con la violencia de género; a ello se añade en la propuesta la necesidad de que la concesión de indulto total venga acompañada de la conformidad del magistrado o tribunal sentenciador, y que la concesión del indulto se motive en el correspondiente Real Decreto (RD) indicando las razones de justicia, equidad, utilidad pública o debida reinserción social del penado que concurren (BOCG, CD, XII Legislatura, Serie B: Proposiciones de ley, 9 de septiembre de 2016).

En el caso concreto, el TS desestimó el recurso planteado contra la denegación del indulto (una de las 149 denegaciones que ese Gobierno en funciones acordó en el mismo Consejo de Ministros) tras una muy detallada digresión teórica sobre el significado y naturaleza de la permanencia en funciones.

De forma sintética, apuntará que el Gobierno durante este período deberá continuar ejerciendo sus tareas, mas «sin introducir nuevas directrices políticas ni, desde luego, condicionar, comprometer o impedir las que deba trazar el que lo sustituya», al haberse visto privado por el cese de la «capacidad de dirección de la política interior y exterior a través de cualquiera de los actos válidos a ese fin», un hecho que determina que resulte «preciso examinar, caso por caso, cuando surja controversia al respecto, si el discutido tiene o no esa idoneidad en función de la decisión de que se trate, de sus consecuencias y de las circunstancias en que se deba tomar». Y ello lo hace sobre la lógica de que, con independencia de cualquiera que sea la causa que provoca el cese del Gobierno y su entrada en funciones, «permanece en toda su extensión e intensidad el control judicial de su actuación».

Al analizar el despacho ordinario de los asuntos públicos, la Sentencia entiende que tal ámbito «no es el que no comporta valoraciones políticas o no implica ejercicio de la discrecionalidad» y que tampoco lo será el que «versa sobre decisiones no legislativas, sino el que no se traduce en actos de orientación política». Hay que tener en cuenta (otro factor a baremar) que la denegación de indulto no impide una nueva petición, y que no es preciso (como sí ocurría hasta 1993⁴) aguardar un año hasta la siguiente solicitud.

El TS, consciente de la modificación de la doctrina respecto de la Sentencia antes analizada, aunque tratando de hacer su pronunciamiento con la

⁴ Véase Orden de 10 de septiembre de 1993, por la que se dan instrucciones sobre la tramitación de solicitudes de indultos.

mayor de las sutilezas, hablará de dar un «nuevo paso en el proceso de definición» del estatuto del Gobierno en funciones.

Buena parte de los votos particulares discrepantes abundaron en la idea del carácter extraordinario de los indultos, al menos en su teleología (más allá de su transformación en la práctica política), para considerar que, en abstracto, es una competencia que no debe ejercer un Gobierno en esa situación de interinidad. La idea coincide con lo que apuntara Guillén en su detallado estudio sobre el Gobierno cesante al señalar que «la discrecionalidad, la imposibilidad de alcanzar las más altas consecuencias del control, y la irreparabilidad son argumentos más que suficientes como para poner en cuarentena esta función durante el tiempo en que el Gobierno esté en funciones» (Guillén, 2002: 104).

En todo caso, lo cierto es que los diferentes Gobiernos en funciones han utilizado esta facultad de forma habitual. Así ha sido, por ejemplo, durante la última permanencia en funciones tras las elecciones de diciembre de 2015; cabe apuntar así los habituales indultos con motivo de la Semana Santa (se concedieron trece en relación con cofradías de penitentes —Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de marzo de 2016—). Aunque también hay que señalar que algunos indultos concedidos en estos períodos han resultado muy polémicos, incluso objetos de recurso. Podemos destacar así que, en el anterior traspaso de poderes —tras las elecciones de noviembre de 2011—, se recurrió, por vía contenciosa y vía penal, el concedido por el Gobierno de Rodríguez Zapatero a un conocido banquero. Dicho indulto (RD 1761/2011, de 25 de noviembre) se concedió no solo sobre la pena de arresto mayor a que se le había condenado, sino también con relación a los impedimentos para ejercer la actividad bancaria, devolviendo al condenado la «reconocida honorabilidad comercial y profesional» exigida al efecto. El recurso contencioso fue inadmitido por carencia de legitimación activa (ATS 7353/2012, de 6 de julio. Sala de lo Contencioso) mientras que la querrela fue desestimada por el TS al entender que la concesión del indulto no era constitutiva de delito alguno (ATS 9613/2012, de 9 de octubre. Sala de lo Penal). Por lo que hace referencia al objeto de estas notas, debemos señalar que la permanencia en funciones fue alegada por el querellante, en el segundo de los recursos, «como exponente de un ingrediente adicional de arbitrariedad».

Volviendo a la sentencia objeto de este apartado interesa prestar atención a una reflexión incidental que encontramos en el voto particular que uno de los magistrados discrepantes, Espín Templado, realiza (tras un apunte sobre los actos del Gobierno) sobre una cuestión previa: la posibilidad o no de establecer limitaciones a un Gobierno en este estado en sede legal. A su juicio las limitaciones establecidas en la Ley del Gobierno plantean serias dudas de

constitucionalidad, lo que hubiera debido llegar al planteamiento ante el Tribunal Constitucional (TC) de una cuestión de inconstitucionalidad. Pues «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 solo puede imponer aquellos límites que deriven de la propia Norma constitucional, sea explícita o implícitamente». Una opción contraria supondría a juicio del magistrado discrepante «asumir indebidamente una posición cuasiconstituyente y afectar de manera irremediable al equilibrio de poderes y al adecuado ejercicio por estos de sus funciones constitucionales tal y como queda diseñado por la Constitución». Así, entiende que las limitaciones establecidas en la capacidad de actuación del Gobierno en funciones en el art. 21.3 de la Ley de Gobierno resultan «dudosamente compatibles con la Constitución, ya que esta no restringe dicha capacidad de actuar de manera genérica ni explícita ni implícitamente, y dicha limitación sustrae al ámbito de la política del sistema democrático parlamentario toda una serie de decisiones políticas y las somete indebidamente al juicio de los tribunales»; el legislador estaría limitando así al Gobierno en funciones la capacidad de «adoptar resoluciones que pertenecen al ejercicio de la función constitucional de gobernar ex art. 97 de la Constitución y que esta no impide».

La idea ya había sido apuntada por un sector de la doctrina tiempo atrás. Pérez Tremps, por ejemplo, señaló su dudosa constitucionalidad —lo hacía respecto de las previsiones del proyecto de ley del Gobierno con contenido casi idéntico— por una razón de ausencia de cobertura constitucional, al considerar que «no existe en la Norma Fundamental ninguna base normativa que permita restringir legalmente las competencias que la propia Constitución (CE) reconoce al Gobierno; es más, la figura del Gobierno cesante está expresamente recogida en el art. 101.2 CE para señalar que sigue en funciones, pero sin recortar o limitar el alcance de esas funciones» (Pérez Tremps, 1997: 111 y ss.). Y lo acompañaba con algunos ejemplos que permitían ver las posibles disfuncionalidades de determinadas limitaciones; pues, si bien la lógica democrática conducía a no abordar las cuestiones limitadas por el entonces Proyecto, la coyuntura política podía hacerlas necesarias. Uno de los ejemplos precisamente es un supuesto concretado en la última permanencia en funciones; de esta forma, un escenario en el que unos nuevos Presupuestos fueran imprescindibles, vinculados a nuestra posición en el seno de la Unión Europea (UE). De la misma forma, Santaolalla (2001: 1576) había señalado que la inexistencia de límites constitucionales a la actuación de un Gobierno en funciones determinaba que no pudieran establecerse por vía de ley ordinaria, lo que a su juicio provocaba que la Ley del Gobierno cometiera «un exceso de regulación, que se hace inconstitucional».

3. LA STS 2602/2013, DE 28 DE MAYO (SALA 3.ª, SECCIÓN 4.ª)

La última sentencia del TS en la que se ha abordado la posible extralimitación de un Gobierno en funciones ha sido la STS 2602/2013, de 28 de mayo (Sala 3.ª).

En esta ocasión, la cuestión de fondo fue la impugnación, por parte de la Asociación de Ciclistas Profesionales, de un RD de modificación de los procesos de control de dopaje y los laboratorios de análisis autorizados, por el que se establecieron medidas complementarias de prevención del dopaje y de protección de la salud en el deporte (RD 1744/2011, de 25 de noviembre, de modificación del RD 641/2009, de 17 de abril). La norma se adoptó en el marco de las sucesivas candidaturas de una ciudad española a los Juegos Olímpicos tratando de adaptar la normativa a los compromisos adquiridos en la Convención Internacional contra el Dopaje de la UNESCO y como consecuencia inmediata de la STC de 13 de octubre de 2011 (apenas un mes antes de encontrarse en funciones el Gobierno) que había anulado el RD 1462/2009, de 18 de septiembre, que modificó en su momento el RD 641/2009, de 17 de abril. La declaración de nulidad se había producido por la falta de informes que resultaban preceptivos.

En su resolución, el TS apela a su doctrina sentada en la STS 8303/2005, de 2 de diciembre (Sala 3.ª), que acabamos de comentar; y recuerda que 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».

Está clara la idea en la argumentación de evitar lo que la doctrina francesa vino en denominar «testamentos ministeriales» (Bouyssou, 1970; y Lachaze, 1952) con los que el Gobierno cesante se proyecte en el futuro.

La doctrina, aplicada al caso, llevó a la desestimación de una demanda, al entender que la aprobación del RD no excedió en modo alguno dicho contorno, por suponer su aprobación nuevas orientaciones políticas; no consideró preciso el TS ni siquiera analizar si podría entrar en los otros supuestos previstos por la ley, urgencia o interés general, al entender que se acomodaba claramente en ese primer marco de acción.

La quiebra de la relación de confianza que está en el origen del Gobierno en funciones vuelve ser el elemento de anclaje sobre el que hace girar sus reflexiones el TS para concluir que aquel debe continuar en el ejercicio de sus tareas, mas sin la introducción de nuevas directrices políticas y sin poder condicionar el camino futuro a transitar por el Gobierno que habrá de sustituirlo.

La idea se concreta en la afirmación de que «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», con lo que resultará necesario «examinar, caso por caso, cuando surja controversia al respecto, si el discutido tiene o no esa idoneidad en función de la decisión de que se trate, de sus consecuencias y de las circunstancias en que se deba tomar». Ese despacho, por tanto, «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». Y el TS, con buen criterio, no apreciará en la normativa aprobada ni orientaciones políticas de nuevo cuño ni condicionamientos, compromisos o impedimentos para la actuación del futuro Gobierno.

Se consolida, por tanto, la interpretación de la Sentencia de diciembre de 2005, apuntándose la necesidad de que la valoración de la inclusión de un acto en el marco del despacho ordinario de los asuntos deba apreciarse, caso por caso, teniendo en cuenta su naturaleza, mas en conjunción con las consecuencias de la decisión y el contexto en que se produzca.

III. EL NECESARIO CONTROL DEL GOBIERNO EN FUNCIONES

Señalaba acertadamente Calhoun en sus «Disquisición sobre el Gobierno», publicada póstumamente, que el Gobierno cuenta con una fuerte tendencia al desorden y al abuso de sus poderes, tal como lo prueba la experiencia y casi todas las páginas de su historia, y ello por la propia constitución de nuestra naturaleza, que hace al Gobierno indispensable.

Indispensable en todo momento, y de ahí la necesidad de articular instrumentos, como la *prorrogatio* de funciones (aquel instituto surgido en la Roma antigua para habilitar la continuidad del magistrado cesado —la temporalidad era uno de los caracteres de las magistraturas romanas—, que se utilizó primigeniamente con ocasión de las campañas militares y que terminó por generalizarse con posterioridad), que habiliten su continuidad en los momentos de tránsito entre Gobiernos y que impidan la parálisis de la maquinaria del Estado.

Se trata de evitar así el ocasional vacío de poder que pudiera darse en la dirección política del Estado entre el cese de un Gobierno y los trámites necesarios para la elección o designación de uno nuevo y su toma de posesión. Se garantiza, de esta manera, que la dinámica político-institucional no se vea afectada al no detenerse la actividad del Gobierno, por más que se transforme en una labor más de gestor que de gobierno con capacidad de dirección política.

No cabe prescindir durante ese período (breve normalmente, pero que puede dilatarse como hemos podido comprobar) del órgano político central

en el Estado moderno. En una idea que recoge con sencillez este complejo problema, podemos señalar que, si bien no resulta preciso abogar por un legislador que se encontrara constantemente aprobando normas, sí parece inimaginable permanecer sin Gobierno; una reflexión que podemos ver plasmada en una de las Sentencias analizadas (STS 8303/2005, de 2 de diciembre) de la siguiente forma: «Se comprende sin dificultad que España no puede quedarse sin Gobierno ni siquiera unas horas».

La idea se remonta incluso a Locke; en su «Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil»; y, al hilo de reflexiones sobre la continuidad del poder legislativo, ya apuntaba, que, si bien no es necesario, y ni siquiera conveniente que el poder legislativo se encuentre siempre en funcionamiento, sí es absolutamente necesario que el poder ejecutivo lo esté. Más adelante, y al abordar la disolución del Gobierno, advertía que el cese de la ejecución implicaría que el pueblo degenerara en una multitud confusa, sin orden ni conexión, añadiendo que, allí donde las leyes no se pudieran ejecutar, es lo mismo que si no hubiera leyes, y un Gobierno carente de leyes sería un misterio inexplicable en política, inconcebible a la comprensión humana e incompatible con la sociedad.

Resulta evidente que el funcionamiento del Estado se asienta hoy de manera directa, más aún que en tiempos de Locke, en la actuación del órgano gubernamental, el centro de gravedad del sistema político en su conjunto; una consecuencia de la combinación de múltiples y variados factores, nos encontramos ante lo que resulta ser un fenómeno generalizado en las democracias contemporáneas y un postulado de los tiempos modernos (Zylenenos, 1976: 216). El Estado «solo tiene existencia en cuanto que es actual, y esta actualidad la alcanza únicamente en cuanto actúa, es decir, en cuanto que de modo permanente e ininterrumpido realiza una serie de actos [...] por y en virtud del poder que le es peculiar» (García Pelayo, 1984: 103).

Pero garantizar su capacidad operativa cuando está llamado a ser sustituido debe combinarse con la alteración de su naturaleza y posición constitucional, y en consecuencia con la afección del ámbito de sus competencias, ya que no cabe una identificación absoluta con las que corresponderían a un Gobierno en situación ordinaria. Eso es así, aunque, al mismo tiempo, será difícil amarrar los criterios delimitadores ya que pueden encorsetar en exceso su actuación ante la incertidumbre del porvenir de los acontecimientos futuros a los que tendrá que hacer frente.

El problema de un Gobierno en este estado no es, pues, configurarlo como un órgano mermado o disminuido, sino el concreto amojonamiento de su ámbito de actuación «bajo la doble presión de una tendencia a la inactividad [...] y de la imperiosa necesidad de realizar los fines constitucionales que compete a los poderes constituidos, necesidad que debe contemplarse

en el contexto de las nuevas condiciones que disminuyen sensiblemente las funciones y competencias del Gobierno»; tratando así de evitar que estos Gobiernos en el umbral de su liquidación se «proyecten en el futuro» perturben la actuación del siguiente Gobierno (García Herrera, 1985: 87 y ss.). Se trata así, como apunta la doctrina, «más de gestionar que de gobernar, de acuerdo con el principio de lealtad constitucional con el nuevo Gobierno emergente y con los demás órganos constitucionales» (Álvarez Conde, 2004: 44 y ss.); ello fijando límites que no impidan actuar con «cierta holgura» cuando la situación lo requiriera y especialmente en los casos de dilación prolongada de esa permanencia en funciones (González Alonso, 2005: 517). Más allá de esa atención a los supuestos de urgencia e interés general, *sede vacante nihil innovetur*.

Esa delimitación, junto con específicas limitaciones, la dibujó el legislador a través del concepto ya analizado del *despacho ordinario de los asuntos públicos*, superable solo en los supuestos de urgencia o por razones de interés general. Pero la delimitación precisa un control; la importancia de la vigilancia atenta sobre la actividad del Gobierno en todo momento se revela de una forma singular en este período, tratando de evitar las presuntas «evasiones» (Elia, 1958: 226) de un Gobierno cesante.

Controles en todos los ámbitos: jurisdiccional por supuesto (como hemos estudiado), pero sin olvidar otros como el parlamentario que resulta capital. No resulta sostenible defender que en estos momentos de transición el control parlamentario pueda desaparecer (bien en forma de preguntas, comparencias...); aunque quepa plantearse, lógicamente, el sentido de algunos instrumentos específicos como pudieran ser las interpelaciones sobre orientaciones futuras del Gobierno.

En este momento procesal, entrarán en juego diferentes factores que pueden modular la visión de la permanencia e introducir variables de esa actuación y su necesario escrutinio. Uno de ellos es la propia duración temporal de esta situación de interinidad.

1. LA DILATADA INTERINIDAD DEL GOBIERNO TRAS LAS ELECCIONES DE DICIEMBRE DE 2015

La permanencia más o menos dilatada en el tiempo tiene una significativa relevancia por variadas razones. Necesariamente, se extiende el ámbito de actuación; cuanto mayor sea el tiempo que el Gobierno permanezca en funciones, mayores serán las cuestiones que merezcan su atención o intervención y, lógicamente, mayores las posibilidades de que el Gobierno se extralimite.

Visto desde otra perspectiva, ello implica que será más intensa la exigencia de actuación positiva que se le requiera. De esta manera, convergen en el mismo punto esa necesidad de actuación y su eventual extralimitación, siendo posible que la falta de intervención en un momento inicial no pueda mantenerse según se dilate dicha situación (Naranjo, 2001: 27 y ss.). Como se ha señalado, será mayor la necesidad de satisfacer el interés general y más importante su cometido cuanto más tiempo dure dicha situación (Revenga, 1988, 68), una idea que, como hace ya casi medio siglo refiriera Bouyssou (1970, 654 y ss.), al analizar el concepto de *asuntos corrientes* no precisaría demostración alguna.

La reflexión doctrinal sobre las implicaciones que la permanencia en funciones tiene con respecto a la actividad del Gobierno se ha intensificado, obvio es decirlo, por el larguísimo período de permanencia en este estado de interinidad que hemos vivido recientemente, a partir de las elecciones generales de diciembre de 2015 (más de diez meses —RRDD 1167 y 1168/2015, de 21 de diciembre y RRDD 414/2016, de 30 de octubre y 417/2016, de 3 de noviembre—). Hasta este momento el traspaso de poderes más extenso había sido el que sucedió a las elecciones generales de 1996 (poco más de dos meses); por el contrario, los más breves fueron los que sucedieron a la dimisión de Adolfo Suárez en 1981 y a las elecciones generales de 2011 (apenas un mes). Un tiempo muy prolongado pero alejado, afortunadamente, del caso belga, donde tuvieron que transcurrir 541 días entre la dimisión del Gobierno Leterme II (abril de 2010) y la formación del Gobierno Di Rupo (diciembre de 2011), y esto último gracias al acuerdo sobre la reforma del Estado (*Un État fédéral plus efficace et des entités plus autonomes*) firmado por ocho partidos belgas⁵.

En este período, hemos contado incluso con un procedimiento previsto constitucionalmente, pero que no había sido puesto en práctica hasta el momento, de disolución automática de las Cámaras con nueva celebración de elecciones, derivado de las previsiones del art. 99 de la CE. La posibilidad de que pudieran llegar a celebrarse unas terceras elecciones el día de Navidad llevó a una reforma de la LOREG —LO 2/2016, de 31 de octubre— aprobada finalmente casi a la par que el proceso de investidura.

También hemos asistido a un Gobierno que se ha negado a someterse a control parlamentario, lo que a nuestro juicio no es sino una gravísima anomalía democrática.

Estamos ante el período más extenso de permanencia en funciones que hemos conocido a lo largo de estos años incluso a nivel autonómico,

⁵ Sobre este agitado proceso, véase Delpérée (2013: 121 y ss.).

aunque quizá no haya sido el más controvertido. Recordemos, a título de ejemplo, que el ejecutivo cántabro presidido por Hormaechea permaneció nueve meses en funciones, aquí con el añadido de que el detonante de ese cese vino dado por la condena a penas de prisión e inhabilitación para cargo público por el Tribunal Superior de Justicia de dicha comunidad (Reviriego, 2005: 661 y ss.); o también, aunque aquí la polémica sería de un tenor muy diferente, lo acontecido en la Comunidad de Madrid en 2003, cuando el Gobierno permaneció en funciones durante seis meses con un presidente a su cabeza (y aquí estaba el principal problema) que acababa de ser elegido alcalde de Madrid, generándose un claro supuesto de incompatibilidad, por más que los informes jurídicos transformaron la incompatibilidad en una mera «concurriencia de funciones» que debía producirse por expresa previsión legal (la referencia a la necesaria permanencia en funciones).

En este lapso de tiempo, se han tomado multitud de decisiones, concretadas en actuaciones específicas o en su ausencia.

Incluso se han llegado a aprobar (antes o durante ese período) algunas reformas relevantes de leyes esenciales que han tenido precisamente como causa esta situación de interinidad o su previsión futura, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la Ley Orgánica del Régimen Electoral General o la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Estabilidad Financiera.

En general, sin embargo, y más allá de algunas decisiones puntuales, cabe apreciar que se ha dado una notable autocontención por parte del Gobierno, en ocasiones quizás en exceso, lo que podría achacarse bien a la lógica cautela y prudencia que debe presidir estos períodos, mas sin descartar cálculos electorales, no en vano hasta el último momento estuvo en el aire la celebración de unos terceros comicios.

Si bien resultaría imposible ahora un análisis en profundidad, sí tiene interés, antes de entrar en el análisis de la jurisprudencia del TS, apuntar, cuando, menos, los muros de carga sobre los que se apoyaron las principales reflexiones en este período, que no resulta posible aislar de esa perspectiva temporal —una idea repetidamente puesta de manifiesto por la doctrina al hilo del estudio de complejos períodos de inestabilidad gubernamental⁶—, en conjunción, evidentemente, con otra amplia variedad de factores que modulan esta cuestión, sobre la base de que los criterios delimitadores antes aludidos no tienen un carácter dogmático estricto sino cierta flexibilidad y elasticidad (García Herrera 1985: 83 y ss.).

Conviene, así, hacer un telegráfico apunte, al menos sobre la cuestión presupuestaria, por un lado, y el llamado «desafío secesionista del Gobierno

⁶ A título de ejemplo, véase Huber (1932) y Bouyssou (1970).

catalán», por otro, cuestiones o retos sobre las que giró (más allá del propio tema del control —ausencia o huida de este—) una buena parte del debate político y de las reflexiones doctrinales durante este período.

En el primer caso, el problema principal se planteó a causa de la imposibilidad de aprobar el Proyecto de Presupuestos por parte del Gobierno en funciones, tal como establece la Ley del Gobierno. Ello provocaba el incumplimiento de las exigencias que en esta materia nos vienen de la UE. El Reglamento de la UE número 473/2013 de Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre disposiciones comunes para el seguimiento y evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona euro, recoge muy detalladas previsiones sobre esta cuestión y, de forma particular un calendario presupuestario común.

La cuestión ya había resultado problemática con anterioridad, pues de forma previa a las elecciones de diciembre de 2015 se suscitaban fuertes críticas entre los grupos de la oposición al considerar que era preferible una prórroga presupuestaria antes que condicionar, mediante la aprobación de unos nuevos Presupuestos, la labor de un Gobierno que no se sabía todavía qué signo político podría tener, y especialmente a la vista de las encuestas electorales. Solo una vez comprobado el tortuoso camino posterior, puede apreciarse que, si no se hubieran aprobado aquellos Presupuestos para el año 2016, no hubiese sido descabellado un escenario con dos prórrogas presupuestarias consecutivas. Esto porque tras las elecciones y la investidura frustrada, los nuevos resultados electorales (elecciones de junio de 2016) no permitieron formar Gobierno en primera instancia, debiendo aguardarse hasta finales de octubre, con la consiguiente dilatación de la permanencia en funciones, con las restricciones que ello llevaba aparejado. Por lo demás, hay que señalar que las limitaciones a un Gobierno en funciones en esta materia (recordemos el debate sobre si un Gobierno en este estado podía o no aprobar el denominado «techo de gasto», límite de gasto no financiero recogido en el art. 30 de la LO 2/2012, de 27 de abril) fueron la razón de la reforma de octubre de 2016 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Estabilidad Financiera, con el objetivo de revisar los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública, para adaptarlos a las decisiones del Consejo de la UE (LO 1/2016, de 31 de octubre). A partir de esta reforma, cuando como consecuencia de una decisión de la UE pudiera resultar necesario la revisión de los objetivos ya fijados y el Gobierno se encontrara en esta situación de interinidad, se habilita que pueda adoptar los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública para el conjunto de Administraciones públicas, aunque sin incluir el límite de gasto no financiero del Presupuesto.

Ya con referencia al segundo de los temas apuntados, debemos destacar que algunos de los principales envites de la «deriva soberanista» del Gobierno y el Parlamento de Cataluña coincidieron en el tiempo con un Gobierno debilitado competencialmente y con una mayoría parlamentaria insuficiente para saber si finalmente podría volver a ser investido (como finalmente sucedería, en la frontera de una nueva disolución) el entonces presidente en funciones.

Un escenario de conflicto para el que, en su previsión, se había procedido a modificar al final de la X Legislatura, incluso la Ley Orgánica de Tribunal Constitucional (LO 15/2015, de 16 de octubre). Con dicha reforma, entre otras cuestiones, se estableció un régimen para los casos de incumplimiento de las resoluciones del TS, resultando posible en determinados supuestos, encomendar al Gobierno la ejecución sustitutoria. Aunque en el articulado nada se señalaba al respecto, la exposición de motivos se encargó de aclarar que esta ejecución también resultaba posible durante la permanencia en funciones del Gobierno. Se preparaba la posibilidad de un escenario ignoto en el que un Gobierno en precario tuviera que afrontar determinados desafíos. Como es sabido, esta reforma fue recurrida ante el TC apuntándose entre otras cuestiones que la misma desnaturalizaba el modelo de jurisdicción constitucional; el TC desestimó dicho recurso en una Sentencia que contó con varios votos particulares discrepantes (STC 185/2016, de 3 de noviembre) y que resultó sorprendentemente veloz a la vista de los tiempos habituales.

En este ámbito, lógicamente, las posibilidades de acción del Gobierno no se redujeron en modo alguno, como cualquier otra competencia vinculada a la defensa del orden constitucional. Esta defensa, la protección del ámbito de competencias del órgano gubernamental que implican estas intervenciones impiden la limitación en este supuesto —por todos, García Herrera (1985: 108 y ss.)—, con independencia de que pueda resultar imaginable un uso torticero de esta facultad por consideraciones políticas —conjeturables por lo demás también en una situación de normalidad—, es una observación aplicable a la actuación de otros órganos que pueden encontrarse en situaciones similares; la interposición del conflicto de atribuciones frente a la negativa del Gobierno de someterse al control parlamentario fue de hecho interpuesta por la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados. Se aprobó así, por citar alguna decisión gubernamental, la solicitud al TC de diferentes incidentes de ejecución de Sentencias en relación con la adopción de medidas necesarias ante el incumplimiento de la STC 259/2015, de 2 de diciembre o del ATC 141/2016, de 19 de julio, de forma particular en los que se solicitaba la declaración de nulidad de la resolución del Parlamento de Cataluña que creaba una Comisión de estudio del proceso constituyente o del sometimiento a ratificación del informe y conclusiones de dicha Comisión, amén de otras medidas específicas

(hasta en tres Consejos de Ministros durante este período). También fueron planteados conflictos de competencia, por ejemplo, por la creación, denominación y ámbito de competencia del Departamento de Asuntos Exteriores, Relaciones Institucionales y Transparencia (Decretos 2/2016 y 45/2016) o recursos de inconstitucionalidad contra diferentes leyes (por ejemplo, las leyes catalanas 7/2015, de 14 de mayo; 14, 16 y 17/2015, de 21 de julio; 19 y 24/2016, de 29 de julio) algunas de ellas enmarcadas en esa misma línea. A lo que habría que añadir igualmente decisiones de naturaleza más política, como el envío de «embajadores especiales» para mantener contactos con altos cargos de países europeos y de Estados Unidos para exponer argumentos y datos con relación al proceso independentista bajo la rúbrica «La acción de las comunidades autónomas en el exterior».

Una tercera cuestión interesante fue la referida al plano de la composición del Gobierno en funciones, pues, en parte como consecuencia de esa dilatada permanencia, se redujo sensiblemente el número de sus miembros, debiendo asumirse por otros ministros del Gobierno el despacho ordinario de los asuntos. Las razones fueron diversas en los tres casos, también el período de suplencia: en uno de ellos ocurrió para asumir la ministra de Fomento la Presidencia del Congreso de los Diputados tras la repetición de las elecciones (desde julio de 2016); en otro, para concurrir el ministro de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad como candidato a unas elecciones autonómicas (desde agosto de 2016); en el tercero, el más polémico, por la dimisión del ministro de Industria, Economía y Turismo al aparecer su nombre vinculado a los llamados «papeles de Panamá» (la suplencia más dilatada, desde abril de 2016). Dichas funciones fueron asumidas respectivamente por los ministros de Justicia, de Empleo y Seguridad Social y de Economía y Competitividad, respectivamente (RRDD 160/2016, de 15 de abril; 298/2016, de 18 de julio; 323/2016, de 10 de agosto). En el tercero de los casos apuntados, la polémica se incrementó con posterioridad, ya que se propuso al ministro dimitido como candidato a director ejecutivo del Banco Mundial. La posibilidad de propuesta de un candidato a dicho puesto por parte de un Gobierno en funciones podría considerarse fuera de duda, pudiendo apuntarse el dato de que la candidatura se retrasó, por dicha permanencia en funciones, hasta el último día hábil del plazo que el organismo internacional ofrecía para presentarla; cuestión bien distinta sería la idoneidad de la persona propuesta a la vista de los antecedentes. Esta decisión fue objeto de varias iniciativas de control en la Cámara (preguntas, solicitud de informes o de comparencias en Comisión y Pleno...). Tiene interés apuntar, por último, que durante este mismo período de permanencia en funciones uno de los ministros (de Sanidad) fue condenado por el Tribunal de Cuentas por

causar un perjuicio en las arcas públicas, por haber suscrito un contrato en su etapa anterior al frente de una alcaldía.

2. EL CONTROL JURISDICCIONAL Y LA PARLAMENTARIZACIÓN DEL GOBIERNO CESANTE

Como hemos podido ver, las directrices jurisprudenciales sobre la actuación de un Gobierno en funciones se concretan en que un Gobierno en trance de dejar el cargo debe continuar con el ejercicio de sus tareas «sin introducir nuevas directrices políticas», mas, en paralelo, sin «condicionar, comprometer o impedir las que deba trazar el que lo sustituya». El cese priva así al Gobierno de la «capacidad de dirección de la política interior y exterior a través de cualquiera de los actos válidos a ese fin», una cuestión que se traduce en que resulte necesario dentro de este equilibrio «examinar, caso por caso, cuando surja controversia al respecto, si el discutido tiene o no esa idoneidad en función de la decisión de que se trate, de sus consecuencias y de las circunstancias en que se deba tomar»; si se escapa así del despacho ordinario de los asuntos públicos (STS 8303/2005, de 2 de diciembre). Resulta preciso de esta manera alcanzar criterios homogéneos a aplicar por los tribunales a los efectos de evitar el riesgo que planteaba De Otto a la práctica de este tipo de conceptos.

Solo en una ocasión se ha considerado que la decisión de un Gobierno en funciones se extralimitaba de la que sería su normal cometido —en el caso concreto la decisión de concesión de conceder una extradición (STS 5639/2005, de 20 de septiembre)—. La resolución, como hemos apuntado, resultaba ciertamente discutible, y el propio TS en una decisión muy cercana (al hilo del supuesto de la concesión de un indulto) vino en reconducirla un tanto veladamente. La práctica posterior de los Gobiernos en funciones parece haber dejado en mera anécdota dicha resolución.

La importancia del control jurisdiccional sobre la actuación y eventual extralimitación de un Gobierno en funciones resulta clara; ahora bien, no menos claro es que este control ni suple ni reemplaza el control parlamentario. Este quizá pueda modularse, pero no ha de quedar anulado.

Las propias características que reviste un Gobierno que permanece en funciones nos lleva, como apunta Aguiar de Luque (1990: 270), a una idea que compartimos: a profundizar en la línea de parlamentarización del Gobierno cesante.

Hace ya tres lustros apuntábamos que, tras el cese del Gobierno, la primera labor del Congreso lógicamente es la conformación del nuevo Gobierno, una idea a la que añadíamos que primar la investidura sobre cualquier otra cuestión

no hacía desaparecer en modo alguno el control parlamentario en estos períodos. Siguiendo a López Guerra (2011: 192 y ss.), la propia *prorrogatio* encuentra justificación «no solo por la necesidad del mantenimiento de las tareas de Gobierno, sino también para que exista una posibilidad de control (parlamentario y judicial) de las acciones gubernamentales, con responsables definidos».

La propia naturaleza de la *prorrogatio* determina la obligación de controlar la actuación de un Ejecutivo que no cuenta con el respaldo parlamentario (Gómez Corona: 2016: 151 y ss.). O, como ya lo subrayó De la Peña hace casi dos décadas (1998: 345 y ss.), al poco de aprobarse la Ley del Gobierno, «la libertad, sin control del poder, es una quimera, incluso ante un Gobierno en funciones». En otro entorno, al hilo de la reciente y dilatada crisis belga, Delpérée señala que la regla de conducta es simple «Pas d'action sans contrôle. Pas de contrôle, pas d'action» (2013: 127).

Y al hilo de esta idea debemos volver la mirada nuevamente al criticable criterio del Gobierno que permaneció en funciones tras las elecciones de diciembre de 2015, en una interinidad que duró diez meses y que adoptó como criterio general su no sumisión al control parlamentario; una decisión que no se sostiene en modo alguno y que, como ya hemos apuntado, nos parece una grave desviación en el seno de nuestra estructura institucional.

La insumisión al control parlamentario con la excusa de no haber sido elegido dicho Gobierno por el Congreso resultante de las elecciones (del Senado, que también participa en dicho control y no participa como es bien sabido en los procedimientos de investidura, nada dijo por razones obvias, aunque tampoco se quiso someter a su control) es una decisión absolutamente criticable y carente de cualquier fundamento.

Como apunta Carrillo (2016), el Gobierno con esta decisión «no ha hecho otra cosa que interpretar el control parlamentario a la carta de sus intereses utilizando como coartada institucional el posterior control judicial; con esta impostada confusión la posición del Gobierno hace tabla rasa de la división de poderes y de las reglas más elementales del régimen parlamentario».

Sin duda, nos encontramos ante una notable perversión democrática que ni siquiera ha tenido coherencia con relación a las iniciativas de comparecencia. Podría apuntarse, así, el diferente criterio empleado con relación a las reuniones del Consejo Europeo o de los ministros de Defensa de la OTAN; esta última precisamente fue la primera ocasión en que el Gobierno se negó al control parlamentario y en que el ministro de Defensa rehusó comparecer en la comisión correspondiente, y que estuvo en el origen del conflicto de atribuciones finalmente planteado.

Compartimos plenamente la idea, reflejada en el recurso planteado por el Congreso de los Diputados, de que el Gobierno, incluso en funciones, debe

seguir respondiendo de su actuación ante el Parlamento; estaríamos ante una anomalía constitucional si llegara a aceptarse en nuestro sistema un Gobierno ajeno al control en donde el órgano representativo de la soberanía popular no pudiera cotejar el eventual exceso de la actividad del Gobierno o su dejación de funciones, ya que eso sería tanto como aceptar «la existencia de espacios vacíos dentro del art. 66 donde el Gobierno podría actuar libremente sin control parlamentario, lo cual se sitúa en las antípodas de lo que representa y significa la forma democrática de nuestro Estado»; la cuestión no sería si cabe el control, que sobre ello no cabe duda, sino el alcance, la modulación y el ajuste de ese control circunscrito a las competencias que mantiene el Gobierno.

Esta decisión del Gobierno (queda pendiente la resolución del conflicto de atribuciones en su momento planteado por el Congreso) oscurece en buena medida cualquier otra adoptada durante este período (en el que insistimos parece haber existido bastante autocontención, quizá en exceso), aunque ciertamente alguna de ellas ha resultado dudosa, ya que hemos contado con decisiones puntuales tomadas por un Gobierno en interinidad, cuando su continuidad estaba todo menos asegurada, con unas previsiones temporales bastante llamativas. Recordemos, a título de ejemplo, que a finales de enero de 2016, al mismo tiempo que el presidente del Gobierno en funciones declinaba el ofrecimiento del rey de someterse a la investidura como candidato a la presidencia, el Gobierno aprobó una prórroga temporal de sesenta años a la compañía Ence para continuar la explotación de una fábrica de celulosa en la ría de Pontevedra. El hecho de que diez meses después fuera investido con la confianza del Congreso de los Diputados ese mismo presidente no impide apuntar lo dudoso de una decisión de este tipo en aquel momento de la permanencia en funciones. La actuación de un Gobierno en funciones debe detenerse en la línea divisoria a partir de la cual se estarían cumpliendo únicamente las funciones programáticas del Gobierno cesante y no la satisfacción genérica del interés general.

Bibliografía

- Aguado Renedo, C. (2001). *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*. Madrid: Civitas.
- Aguar de Luque, L. (1990). La posición del Gobierno cesante o en funciones en el ordenamiento constitucional español. En A. Garrorena Morales (ed.). *El Parlamento y sus transformaciones actuales*. Madrid: Tecnos.
- Alguacil González-Auriolos, J. y Reviriego Picón, F. (2010). La permanencia en funciones del Gobierno en los ordenamientos autonómicos. *Asamblea*, 22, 313-340.

- Álvarez Conde, E. (1997). El Gobierno en funciones. *Documentación Administrativa*, 246-247, 191-218.
- Aragón Reyes, M., Carrillo, M., García Fernández, J. y García Roca, J. (2004). Encuesta sobre el Gobierno, *Teoría y Realidad Constitucional*, 14, 11-63.
- Álvarez Vélez, M. I. (2017). El control parlamentario. Las incertidumbres sobre el control de un Gobierno en funciones. *Asamblea*, 35.
- Aragón Reyes, M. (1995). *Constitución y control del poder*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- y Gómez Montoro, A. (2005). *El Gobierno. Problemas constitucionales*, Madrid: CEP.
- Bouyssou, F. (1970). L'introuvable notion d'affaires courantes. L'activité des gouvernements démissionnaires sous la Quatrième République. *Revue Française du Science Politique*, 20 (4), 645-680. Disponible en: <https://doi.org/10.3406/rfsp.1970.393244>
- Brage Camazano, J. y Reviriego Picón, F. (2006). Gobierno en funciones y despacho ordinario de los asuntos públicos. *Teoría y Realidad Constitucional*, 18, 445-483.
- Carrillo, M. (2016). Parlamento y Gobierno en funciones. *La Ley* (8780), 1.
- D'Orazio, G. (1980). Considerazione critiche sulla prorrogatio nell'organizzazione costituzionale italiana. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 3.
- Delpérée, F. (2013). Gouverner sans gouvernement, *Bulletin de la Classe des Lettres et des Sciences Morales et Politiques*, 33.
- De la Peña Rodríguez, L. (1998). El control parlamentario del Gobierno en funciones a la luz de la Constitución. En F. Pau i Vall (coord.). *Parlamento y control del Gobierno*. Navarra: Aranzadi.
- Dreher, E. (1932). *Geschäftsregierung und Reichsverfassung*. Dresden: Risse-Verlag.
- Elia, L. (1958). Amministrazione ordinaria degli organi costituzionale. En *Enciclopedia del Diritto*, (II). Milano: Giuffrè.
- Galizia, M. (1962). Crisi di gabinetto. En *Enciclopedia del Diritto* (XI). Milano: Giuffrè.
- García-Pelayo, M. (1984). *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Editorial.
- Guillén López, E. (2002). *El cese del Gobierno y el Gobierno en funciones en el ordenamiento constitucional español*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.
- García-Escudero Márquez, P. (2016). Gobierno en funciones y función legislativa, *Cuadernos Giménez Abad*, 11, 111-116.
- García de Enterría, E. (1996). Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 89, 69-89.
- García Fernández, J. (1995). *El Gobierno en acción*. Madrid: CEC.
- García Herrera, M. A. (1985). La continuidad del Gobierno Vasco. *Revista Vasca de Administración Pública*, 11, 309-349.
- Gómez Corona, E. (2016). Las limitaciones al Parlamento recién constituido durante la *prorrogatio* gubernamental. *Revista de Derecho Político*, 96, 149-180.
- González Alonso, A. (2005). El Gobierno en funciones. En M. Aragón Reyes y A. Gómez Montoro (coords.). *El Gobierno. Problemas constitucionales*. Madrid: CEP.
- Heilbrunn, O. (1932). Rechte und Pflichten der geschäftsführenden Reichsregierung. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 60, 385-403.
- Huber, E. R. (1932). Die Stellung der Geschäftsregierung in den deutschen Ländern. *Deutsche Juristen-Zeitung*.

- Jellinek, W. (1964). *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägungen*. Neu-druck Aalen.
- Lachaze, M. (1952). L'expédition des affaires courantes en période de crise ministérielle. *Recueil Dalloz, Chronique*.
- López Calvo, J. (1996). *Organización y funcionamiento del Gobierno*. Madrid: Tecnos.
- López Guerra, L. (2011). Gobierno en funciones. En M. Aragón Reyes y C. Aguado Renedo (dirs.). *Organización general y territorial del Estado. Temas básicos de Derecho Constitucional* (t. II). Madrid: Civitas.
- Mascarenhas Gomes Monteiro, A. (1978). L'expédition des affaires courantes. *Res Publica*, 3.
- Naranjo de la Cruz, R. (2001). El ámbito funcional del Gobierno cesante. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 6 (37), 23-47.
- Pérez Tremps, P. (1997). Composición, organización y estatuto de los miembros del Gobierno: apostillas al Proyecto de Ley del Gobierno, *Documentación Administrativa*, 246-247, 109-122.
- Racioppi, F. y Brunelli, I. (1909). *Commento allo Statuto del Regno* (t. I). Torino: Unione Tipográfica.
- Revenga Sánchez, M. (1988). *La formación del Gobierno en la Constitución Española de 1978*. Madrid: CEPC.
- (1988b). El Gobierno en funciones. En VV. AA. *Gobierno y Administración en la Constitución* (vol. II). Madrid: Dirección General del Servicio Jurídico del Estado.
- Reviriego Picón, F. (2003). *El Gobierno cesante o en funciones en el ordenamiento constitucional español*. Madrid: BOE.
- (2005). La regulación del Gobierno en funciones en los ordenamientos autonómicos. A propósito del caso cántabro. En P. Lucas Murillo de la Cueva (coord.). *El Gobierno*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sainz Moreno, F. (1976). *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas.
- Sánchez Agesta, L. (1960). Gobierno y responsabilidad. *Revista de Estudios Políticos*, 113-114, 35-66.
- Santaolalla, F. (2001). Artículo 101 CE. En F. Garrido Falla (dir.). *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Civitas.
- Satrústegui, M. (1998). El cese del Gobierno y el Gobierno cesante. En O. Alzaga (ed.). *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (t. VIII). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Schabert, T. (1999). Un príncipe clásico. François Mitterrand frente a una lección comparada de Gobierno. *Revista de Estudios Políticos*, 103, 51-76.
- Stier-Somlo, F. (1925). Geschäftsministerium, laufende Geschäfte, ständiger Ausschuss und Notverordnungen nach preussischen Verfassungsrecht. *Archiv des öffentlichen Rechts*.
- Villone, M. (1994). Art. 94. En *Commentario della Costituzione*, Bologna: Z.E.
- Zilemenos, C. (1976). *Naissance et evolution de la fonction de Premier Ministre dans le régime parlementaire*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.