

Traspasos de poderes sin “jueces de medianoche”**

Power Transitions without “Midnight Judges”

RESUMEN

El artículo analiza los problemas que suscitan en España los traspasos de poderes tras el cese del gobierno y durante su permanencia en funciones hasta la toma de posesión del nuevo gobierno. Se aborda con detalle su ámbito de actuación, limitaciones, control o las diferencias entre supuestos de cese, así como, de manera particular, el proceso de colaboración entre gobierno saliente y entrante. Junto a un análisis comparativo con otros regímenes, no solo parlamentarios, y algunos apuntes históricos sobre la institución de la *prorogatio*, se procede asimismo a abordar las diferencias que una permanencia de este tipo puede tener respecto de otros órganos constitucionales.

PALABRAS CLAVE

Gobierno, transiciones, transferencia de poderes, fragmentación parlamentaria, *prorogatio*

ABSTRACT

This article analyzes the problems raised in Spain by the transfer of power after the cessation of the government and during its term until the new government takes office. It addresses in detail its scope, limitations, mechanisms of oversight, and the differences between the different types of cessation, as well as, specifically, the process of collaboration between the outgoing and incoming governments. Along with a comparative analysis with other regimes,

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia y codirector de la revista *Teoría y Realidad Constitucional*. Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y Licenciado en Ciencias Políticas por la UNED. Contacto: fernando.reviriego@der.uned.es. ORCID: 0000-0002-5889-8883.

** Recibido el 18 de marzo de 2025; aprobado el 10 de septiembre de 2025.

Para citar el artículo: Reviriego Picón, Fernando. “Traspasos de poderes sin ‘jueces de medianoche’”, *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 64, enero-abril de 2026, 145-185.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n64.06>

not just parliamentary ones, and some historical notes on the institution of *prorogatio*, it also addresses the differences that such a continuation of power may have with respect to other constitutional bodies.

KEYWORDS

Government, transitions, transfer of powers, parliamentary fragmentation, *prorogatio*

SUMARIO

Introducción. 1. Las transiciones entre gobiernos. 2. La permanencia en funciones. 3. Los supuestos de cese y la composición del gobierno cesante. 4. Las investiduras en contextos de gran polarización política y fragmentación parlamentaria. 5. La extensión de la interinidad gubernamental. 6. El ámbito de actuación de los gobiernos cesantes. 7. Otras permanencias en funciones. Referencias

INTRODUCCIÓN¹

El 20 de enero de 2025, Donald Trump asumió la Presidencia de los Estados Unidos de América, dando inicio a un mandato que, aunque se ya anticipaba conflictivo, turbulento e impredecible, ha desbordado desde el primer día todos los escenarios imaginados. Más allá de este incierto futuro volveremos ahora la mirada unos meses atrás, al 5 de noviembre de 2024, cuando su candidatura, integrada junto con James David Vance, logró la victoria en las elecciones tanto en voto electoral como en compromisarios. Obtuvo casi setenta y ocho millones de votos que se tradujeron en trescientos doce de los quinientos treinta y ocho compromisarios del colegio electoral. Cuarenta y dos más de los necesarios, por tanto, para alcanzar la Presidencia. Una victoria muy holgada que no acertaron a predecir las encuestas. La candidatura del Partido Demócrata, por su parte, conformada por la entonces vicepresidenta Kamala Harris junto con Tim Waltz, obtuvo setenta y cinco millones de votos y doscientos veintiséis compromisarios. La tercera candidatura en voto popular, aunque sin obtener compromisario electoral alguno, fue la de Jill Stein y Butch Ware, que logró casi ochocientos mil votos. Se trata de la segunda ocasión en este país en que un presidente que no ha obtenido la reelección para un segundo mandato consecutivo vuelve al poder tiempo después; en 2020, como es bien sabido, la victoria correspondió a la candidatura encabezada por Joseph Biden

1 Trabajo realizado en el marco del Proyecto “El Estado de partidos: raíces intelectuales, rupturas y respuestas jurídicas en el marco europeo. PID2021-124531NB-I00”.

y Kamala Harris. La única ocasión en que esto había sucedido, hasta la fecha, fue en 1892, cuando Grover Cleveland ganó las elecciones presidenciales.

Este período de transición de poco menos de tres meses, con el 20 de enero como fecha fija de toma de posesión del presidente electo, se estableció en la vigésima enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, ratificada en enero de 1933. Fue aplicada por primera vez en el segundo mandato de Franklin Delano Roosevelt, iniciado en 1937; en el primero de ellos, iniciado precisamente ese año 1933 en que se aprobó la enmienda, no pudo ser de aplicación, al no haber entrado todavía en vigor ésta.

Su objetivo era reducir el período de interinidad que media entre la elección y la toma de posesión, que hasta ese momento se producía en los primeros días del mes de marzo posterior a la celebración de las elecciones, alcanzando los cuatro meses, por tanto. Un lapso de tiempo que estaba muy justificado en épocas anteriores, pensemos en finales del siglo XVIII o parte del XIX, cuando las comunicaciones no estaban todavía muy avanzadas y resultaba preciso dar un mayor margen para las gestiones previas al inicio del mandato. Pero que puede tener menor sentido en la actualidad, por más que en otros regímenes presidencialistas podemos ver que esos períodos son muy superiores, a veces llegando incluso a los seis meses.

Directamente conectado con esta misma cuestión de las transiciones de poder, cabe destacar que tres décadas después, en 1963, se aprobó la Presidential Transition Act para ayudar a resolver los problemas complejos que se pueden producir en esos momentos, especialmente en lo relativo a la formación del nuevo gobierno; y, también, que, cuatro años más tarde, en 1967, fue aprobada otra enmienda a la Constitución, la vigésimo quinta, vinculada al procedimiento de sucesión presidencial para los supuestos de incapacidad, renuncia, destitución o fallecimiento del presidente².

Hasta aquí, y pese al actual momento de gran polarización política y división social que se vive en este país, nada más que un proceso normal en un régimen democrático con elecciones periódicas y libres, donde rige la temporalidad y reversibilidad del poder y, en suma, la alternancia de diferentes opciones políticas.

A diferencia de lo acontecido en 2020, tras las elecciones presidenciales de aquel año, donde se llegó a producir incluso un asalto al Capitolio, auspiciado por el propio presidente saliente (hoy nuevamente en el ejercicio del cargo), y que desató una profunda crisis en el país³, en esta ocasión el traspaso de

2 Sobre esta enmienda, que pretendió solventar las carencias normativas detectadas tras el asesinato del presidente John Fitzgerald Kennedy en 1963, *vid.* Birch Evans, B. *One Heartbeat Away: Presidential Disability and Succession*, Indiana: Bobbs-Merrill Company, 1968 y Feerick, J.D. *The Twenty-fifth Amendment. Its complete history and applications*, New York: Fordham University Press, 1992.

3 Como consecuencia de este asalto, y durante aquel proceso interinidad, se presentó un *impeachment* contra el presidente Donald Trump que no llegó a alcanzar las mayorías necesarias;

poderes ha sido más ordenado, fluido y pacífico. También el proceso previo que suele iniciarse meses antes del propio proceso electoral con los candidatos. Esto es algo que debería reconocerse al gobierno saliente; en todo caso, lo cierto es que esa normalidad debería ser lo habitual en todos estos procesos, más allá de las especiales circunstancias, algunas excepcionales, que puedan llegar producirse en estos momentos y que deba por tanto afrontar el ejecutivo saliente⁴.

Ahora bien, en el seno de esa transición de 2024/2025 ha habido varias decisiones del presidente saliente que han empañado parcialmente dicho proceso, oscureciendo en alguna medida lo correcto del proceso en su conjunto.

Nos referimos, por un lado, al indulto total otorgado por el presidente a su propio hijo Hunter Biden, condenado por tres cargos federales, y, por otro, a los indultos preventivos concedidos a varios de sus hermanos y cónyuges respectivos –estos últimos en sus últimos minutos de presidencia–. Quizá para acallar las críticas suscitadas entre medias de ellos también se conmutaron las penas de más de un millar de personas. Nunca hasta esa fecha se habían concedido tantos indultos en un mismo día en este país, algo que ha sido superado holgadamente por lo realizado por Donald Trump nada más tomar posesión⁵. Pero mucho menos si únicamente nos fijamos en estos momentos de transición, donde el equipo saliente está capitidismuido, algo que suele caracterizarse en la política estadounidense con la conocida expresión *lame duck*.

Con independencia de lo criticable de esos indultos concedidos por el presidente a sus familiares, lo cierto es que la concesión de indultos suele ser muy habitual en estos períodos de transición, casi podría decirse que un clásico⁶. Lo pudimos ver también, por ejemplo, en el anterior traspaso de poderes tras las elecciones de 2020. El entonces presidente saliente, Donald

hubo únicamente cincuenta y tres senadores que votaron a favor del mismo, cuando la mayoría precisa es de sesenta y siete. Sobre este proceso de transición, *vid.* Marchick, D. Tippet, A. Wilson, A. J. *The peaceful transfer of power*, Virginia: UVA Press, 2022.

4 Pensemos, por ejemplo, en la declaración de independencia de varios estados del Sur justo antes de la toma de posesión de Abraham Lincoln en 1861 y durante los últimos días del mandato de James Buchanan a quien se acusó de inacción durante estos momentos; de hecho, varios de los miembros de su gabinete se alinearon con este proceso secesionista y con la creación de la Confederación que terminaría provocando la Guerra de Secesión.

5 Alrededor de mil seiscientos indultos precisamente a personas condenadas o imputadas por el asalto al Capitolio de 2021.

6 Un problema que evidentemente no está limitado al caso de Estados Unidos, pues lo cierto es que podríamos traer a colación múltiples ejemplos que suceden en otros países, en ocasiones con un amplio e interesante debate doctrinal. En general, hay un cierto acuerdo en que decisiones de este tipo pueden tomarse en estos períodos de interinidad, aunque excluyendo los que pudieran tener un claro significado político. En el caso de España, cabe recordar que hace pocos años el Tribunal Supremo tuvo que conocer si una decisión de este tipo (en este caso la decisión discutida era la contraria, la denegación a la concesión de un indulto por un Gobierno en funciones) se ajustaba al marco de actuación de un gobierno en estos períodos; el Tribunal avaló la capacidad de un gobierno en este período para conceder o denegar indultos.

Trump, otorgó múltiples indultos (alguno también a familiares), en el marco de una transición nada modélica. Como controvertidos fueron también unos pocos años atrás algunos indultos concedidos por Bill Clinton al dejar la Presidencia y que dieron lugar al *Pardongate*: especialmente el de Marc Rich, que hasta ese momento se encontraba en el listado de personas más buscadas por el FBI y que se vinculaba a la financiación de campañas electorales de su mujer, Hillary Clinton. Aunque sin indultos tan discutibles, cabe citar que en los últimos días de Barak Obama en la Casa Blanca éste concedió un amplísimo número de ellos (en la línea de los concedidos durante su mandato, en el que se aprobaron más indultos que en la suma de las diez anteriores presidencias); el récord de los concedidos un mismo día, hasta que éste ha sido superado, por mucho, por los concedidos por Donald Trump⁷. Lo mismo podría decirse de otros trasposos presidenciales. De hecho, no podemos dejar de olvidar que ya con ocasión del primer trasposo presidencial de su historia se concedieron varios indultos. Así lo hizo George Washington poco antes de la toma posesión de John Adams en marzo de 1797.

Precisamente, parece oportuno recordarlo, al terminar el mandato del propio Adams en 1801 y antes de la toma de posesión de Thomas Jefferson en 1801 se produjo en estos momentos de transición el nombramiento de los denominados “jueces de medianoche”, que dieron lugar a una decisión clave en el Derecho constitucional, la *STS Marbury v. Madison* de 1803^[8]. Dicha sentencia, como es sabido, analizó el problema de la firma por parte de John Marshall, secretario de Estado del presidente federalista John Adams, de numerosos nombramientos de jueces de ideas federalistas la noche anterior a que el presidente Thomas Jefferson tomara posesión de la Presidencia. La historia es de todos conocida. Algunos de estos nombramientos quedaron sin firmar con la llegada, y consecuente interrupción de las firmas, del *Attorney General* del nuevo presidente⁹. Un intento de colonización de la justicia ciertamente criticable, en el marco de una más amplia campaña de designación de personas afines para diferentes puestos que se vino haciendo desde semanas antes del trasposo. Algo que encendió naturalmente los ánimos de los republicanos. Sólo en el último mes se contaron más de doscientos nombramientos para puestos federales de los que casi un centenar fueron para

7 El indulto más polémico de la historia de los Estados Unidos se produjo, no obstante, en los momentos iniciales de un mandato presidencial, en concreto el concedido por el presidente Gerald Ford al dimitido Richard Nixon por causa del “Watergate”. Por razones diferentes también han generado un amplio rechazo los concedidos por Donald Trump también al inicio de su mandato y a los que ya hemos hecho referencia *supra*.

8 Sobre esta emblemática sentencia *vid.* el detallado trabajo de Nelson, W. E. *Marbury v. Madison. The origins and legacy of judicial review*, Kansas: University Press, 2000.

9 Willoughby, W. W. *The Supreme Court of the United States. Its History in our Constitutional System*, Baltimore: John Hopkins Press, 1890, p. 86.

puestos judiciales o jurídicos¹⁰. Entre estos se incluía el de William Marbury como juez de paz del Distrito Federal de Columbia, que fue el que dio origen a esta trascendental sentencia. Recordemos que durante la última semana del mandato presidencial, y en el seno de una complicada sucesión tras la victoria electoral republicana y la derrota federalista, se llegó a nombrar alrededor de medio centenar de jueces. Ahí es nada.

Resulta reseñable, recuerdo quizá de lo acontecido en este proceso de transición, que el propio presidente Jefferson escribía en 1808, pocas semanas antes de la celebración de las elecciones, que se encontraba tan cerca del momento de su retiro que ya no intervenía en las cuestiones más que expresando su opinión, ya que le parecía justo permitir ejercer la iniciativa a su sucesor en aquellas medidas cuya ejecución, y, más aún, cuya responsabilidad tuviera que soportar. Sin citarlo de manera expresa parece que apuntaba a evitar en estos momentos casos como el de los “jueces de medianoche”¹¹. Jefferson no se presentó a estas elecciones al haber terminado un segundo mandato; si bien no existía todavía previsión expresa (hubo que esperar a la vigesimosegunda enmienda que sería aprobada en 1951), optó por continuar la tradición iniciada por el primer presidente de los Estados Unidos, George Washington.

Como podemos ver, son muchos los problemas que pueden suscitarse en los traspasos de poderes, derivado tanto de las cuestiones a que deba enfrentarse el gobierno saliente como a la cooperación que se preste por parte de este al gobierno entrante; algo que abordaremos en estas notas y, de forma más específica, en un régimen parlamentario como el nuestro.

1. LAS TRANSICIONES ENTRE GOBIERNOS

Aunque es evidente que en la mayor parte de las ocasiones las transiciones entre gobiernos evolucionan de manera ordenada y pacífica, no es menos cierto que estos momentos se revelan, tanto en la teoría como en la práctica, particularmente complejos, especialmente cuando se produce un cambio de orientación política.

10 Abraham, H. J. *The Judicial Process. An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France*, New York-Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 340.

11 Análisis de diferentes transiciones presidenciales en Estados Unidos pueden verse en Kumar, M. J. *Before the oath*, John Hopkins University Press, Baltimore, 2015, Burke, J. P. *Presidential Transitions: From Politics to Practice*. Lynne Rienner Publishers, Boulder, CO, 2000, Clinton, W. D. & Lang, D. G. (eds.). *What makes a succesful transition?*, University Press of America, Lanham, 1993, Brauer, C. M. *Presidential transitions*, Oxford University Press, N. York, 1986 o Henry, L. L. *Presidential transitions*, Brookings Institution, Washington, 1960). Con más cercanía en el tiempo, con el telón de fondo del tempestuoso traspaso de poderes (incluido asalto al Capitolio) entre Donald Trump y Joe Biden puede verse Marchick, D. Tippet, A. Wilson, A. J. *The peaceful transfer of power*, Virginia: UVA Press, 2022.

Ya apuntaba Toqueville en su obra *La Democracia en América* (1835) que la elección del jefe del gobierno presenta casi siempre como consecuencia un defecto de estabilidad tanto en la política interior como en la exterior del Estado. A su juicio, los procesos electorales producen una clara perturbación que, si bien no provoca una sede vacante en el poder ejecutivo, sí lo hace cuando menos en espíritu. Especialmente porque el pensamiento del poder ejecutivo al acercarse las elecciones se centra la lucha electoral que se avecina, en tanto que no tiene porvenir cierto, no puede emprender nada y continúa con desidia lo que otro debe terminar. No gobernará ya tanto por el interés del Estado como por su reelección, primando el interés individual sobre el general¹². Ese será a su criterio el principal problema de la fase previa de esos períodos, sin llegar a plantearse la posibilidad de alguna restricción competencial en estos momentos, sobre la base de que sus decisiones pudieran condicionar las del futuro ejecutivo entrante, en caso de no obtener esa reelección. Tampoco lo analizará desde la problemática de la diada continuidad/discontinuidad que lógicamente debe contemplarse dentro de una visión global. Recordemos cómo García Pelayo destacaba que el Estado “solo tiene existencia en cuanto que es actual, y esta actualidad la alcanza únicamente en cuanto actúa”, esto es “en cuanto que de modo permanente e ininterrumpido realiza una serie de actos por y en virtud del poder que le es peculiar”, una idea a la que añade que “su ser, por consiguiente, no consiste en la permanencia parménica, sino en el devenir heraclitiano; sus constantes, su status, no son más que momentos de una renovación permanente”¹³.

Si bien será la evolución del poder ejecutivo, y su afirmación progresiva en el paso del Estado liberal al Estado democrático y social con la asunción continua de competencias por parte mismo en su *vis* expansiva, la que lleve a fijar mayor atención a la perspectiva de la continuidad y discontinuidad del gobierno, lo cierto es que incluso en el inicial desarrollo de la teoría de la división de poderes, encontramos algunas referencias ciertamente ilustrativas sobre esta cuestión.

Cabe apuntar, así, como Locke, en su *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*¹⁴, al hilo de reflexiones sobre la continuidad del Poder legislativo, ya señalaba precisamente la idea apuntada *supra*: que, si bien no es necesario, y ni siquiera conveniente, que el Poder Legislativo se encuentre siempre en funcionamiento –idea esta última que también reproduce de manera destacada Montesquieu en su obra *Del espíritu de las leyes*¹⁵–, sí es absolutamente imprescindible que el Poder Ejecutivo lo esté. Destacará de esta manera el

12 Tocqueville, A. *De la démocratie en Amérique* (I-VIII), 1835.

13 García Pelayo, M. *Derecho constitucional comparado*, Madrid: Alianza Editorial, 1984, p. 103.

14 Locke, J. *The Second Treatise of Civil Government*, capítulo XII, 1690.

15 Montesquieu. *De l'esprit des lois*, 1748, Libro XI, capítulo VI.

filósofo inglés que, aunque no resulte preciso siempre aprobar nuevas leyes, sí es fundamental asegurar el cumplimiento de las ya establecidas, necesitadas por tanto de una ejecución continua para que permanezcan en vigor. Más adelante, y al abordar la disolución del gobierno, apuntaba así con claridad que el cese de la ejecución implicaría que el pueblo degenerara en multitud confusa, sin orden ni conexión, añadiendo con posterioridad 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 para el entendimiento humano e incompatible con la sociedad. Aunque de tenor diferenciado, resultarían ilustrativas, asimismo, las breves consideraciones que con anterioridad en el tiempo realizó Hobbes en su *Leviatán*¹⁶ respecto del derecho de sucesión, con el objeto de prevenir el retorno al estado de guerra.

Vinculado a esta problemática, aunque desde un enfoque de actuación (mejor, omisión) completamente diferente, ¿cómo no recordar también el *Manifiesto de los Persas* suscrito por un amplio número de diputados de tendencia absolutista de las Cortes de Cádiz y que sirvió de detonante a la restauración absolutista en 1814¹⁷? En el primero de sus puntos se recordaba la costumbre de los antiguos persas de permitir cinco días de anarquía tras la muerte de un rey, para que lo negativo de la experiencia apuntalara la fidelidad en el sucesor¹⁸. El período de transición se contemplaba aquí de forma totalmente dispar. No interesaba tanto esa continuidad en el interregno como la estabilidad futura, aunque fuera al coste de un temporal vacío de poder. Se planteaba que esa interinidad, en su desorden y caos, sirviera de cimiento de la continuidad monárquica.

Más allá de esta reseña meramente anecdótica, resulta claro, en todo caso, que la visión respecto de estos períodos resulta diferente en los regímenes presidencial y parlamentario.

En los regímenes presidencialistas debe tenerse presente que el plazo de mandato del Ejecutivo es fijo, como ya hemos visto, y se produce una elección previa al cese. No obstante, ello no impide que puedan llegar a establecerse determinadas previsiones normativas respecto del último período de desempeño del cargo o de la forma de realizar de la mejor forma posible ese traspaso de poderes, pues, en ocasiones, no se cuenta con la adecuada

16 Hobbes, *Leviatán*, capítulo ix, 1651.

17 El texto fue firmado por sesenta y nueve diputados y entregado a Fernando VII por Bernardo Mozo de Rosales, diputado por Sevilla. Al poco tiempo, Fernando VII firmó el llamado Decreto de Valencia, de 4 de mayo de 1814, que decretó la disolución de las cortes y la derogación de la Constitución.

18 “Era costumbre en los antiguos persas pasar cinco días en anarquía después del fallecimiento de su rey, a fin de que la experiencia de los asesinatos, robos y otras desgracias les obligase a ser más fieles a su sucesor. Para serlo España a su V. M. no necesitaba igual ensayo en los seis años de su cautividad, del número de los españoles que se complacen al ver restituido a V. M. al trono de sus mayores, son los que firman esta reverente exposición con el carácter de representantes de España [...]”.

colaboración del gobierno saliente. En el caso de Estados Unidos la ya citada transición entre Donald Trump y Joseph Biden en 2020/2021 es sin duda la más negativa que se ha producido desde esa perspectiva. No obstante, podrían citarse también otras que, sin llegar a ese extremo, también hicieron muy complicado el proceso por esa ausencia de colaboración. Así, por ejemplo, en el antes citado traspaso de poderes de 1933 en que Franklin Delano Roosevelt accedió a la Presidencia por vez primera, fue nula la cooperación del gobierno saliente, presidido por Herbert Hoover; un traspaso que, como bien relató Schlesinger, puede simbolizarse con la anécdota de un despacho oval vacío, carente incluso de cualquier material con el que poder empezar a trabajar¹⁹. Para facilitar estos trasposos cabe recordar la antes reseñada Presidential Transition Act de 1963, reformada en diferentes ocasiones, y que se aplicó por primera vez con el acceso de Richard Nixon a la Presidencia. Se prepara así al nuevo ejecutivo antes de su toma de posesión informándole de cuestiones pendientes, proyectos en curso o datos relevantes de los diferentes departamentos y agencias, unido a una liberación de fondos para facilitar determinadas actuaciones. En estos períodos suele evitarse, en general, la toma de decisiones de alto impacto político por parte del gobierno saliente o que puedan condicionar en exceso al gobierno entrante.

En los regímenes parlamentarios, en los que ahora nos centraremos, y de forma específica en el caso español, esa falta de automatismo, que puede implicar en casos excepcionales transiciones muy dilatadas (recordemos, por ejemplo, el caso de Bélgica entre 2018 y 2020 o el de España entre 2015 y 2016, por citar algunos²⁰), ha llevado a que se reflexione con mayor detalle sobre estos períodos. En palabras del profesor Aguiar de Luque, uno de los autores que más tempranamente se acercaron en nuestra doctrina a esta problemática, la figura del gobierno en funciones es esencialmente una institución que viene “gestada por la propia necesidad práctica del régimen parlamentario en el que la renovación del Ejecutivo no se produce con el automatismo de que hace gala el régimen presidencial; obviamente descontando el singular régimen parlamentario británico dada la tradicional configuración de su sistema de partidos”²¹.

19 Schlesinger, A. M. *The age of Roosevelt. The coming of the New Deal*, Boston: Mariner Books, 1958, pp. 2 y ss.

20 En el caso de Bélgica fueron necesarios más de seiscientos días para conformar un nuevo ejecutivo tras la dimisión del Primer Ministro belga Charles Michel en diciembre de 2018 y en el de España más de trescientos tras las elecciones generales de diciembre de 2015. Sobre estas permanencias en funciones *vid.* Delpérée, F. *Les crises de gouvernement*, Académie royale de Belgique, Bruselas, 2020; y Aranda Álvarez, E. (coord.). *Lecciones constitucionales de 314 días con el Gobierno en funciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

21 Aguiar de Luque, L. “La posición del gobierno cesante o en funciones en el ordenamiento constitucional español”, en *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Garrorena Morales, A. (ed.), Madrid, Tecnos-Asamblea Regional de Murcia, 1990, pp. 261 y ss.

2. LA PERMANENCIA EN FUNCIONES

La periódica sucesión entre gobiernos plantea el problema de evitar soluciones de continuidad en el órgano político central del Estado moderno. Se intenta prevenir así el eventual vacío o parálisis de poder que pudiera darse tras el cese de un gobierno y durante los trámites necesarios para la elección o designación de uno nuevo y su toma de posesión, manteniendo la estabilidad y garantizando la continuidad de las funciones gubernamentales esenciales. En una idea que recoge con mucha sencillez este complejo problema, parece claro que, si bien no resulta preciso abogar por un legislador que se encontrara constantemente aprobando normas, sí se antoja inimaginable que transcurriera siquiera un segundo sin gobierno. Esto es así evidentemente en circunstancias completamente extraordinarias –no queda tan lejos en el tiempo la crisis del covid-19–, pero, asimismo, durante situaciones completamente ordinarias, en donde la labor de los gobiernos resulta indispensable. Cuestión diferente es que luego puedan establecerse o no limitaciones expresas en esos momentos.

La articulación instrumental que se utiliza de cara a solventar los eventuales vacíos de poder en los regímenes parlamentarios suele concretarse con la predeterminación de continuidad del órgano ya cesado, más estrictamente de los titulares que ejercen dicha función orgánica, hasta la toma de posesión del siguiente, en un fenómeno que se ha terminado por convertir en un principio general de derecho público; a esto se denomina continuidad o permanencia en funciones, *prorogatio* de funciones.

Nos encontramos, como es bien sabido, ante un instituto surgido en la Roma Antigua para habilitar la continuidad del magistrado cesado y que terminó por generalizarse con posterioridad.

Si bien en un primer momento se trató de una previsión de carácter excepcional, utilizado especialmente con ocasión de las campañas militares –*imperium militiae*²², de forma paulatina se fue extendiendo el recurso a este instrumento hasta el punto de resultar ordinaria su utilización. En no pocas ocasiones las necesidades terminaron por provocar prórrogas casi continuas, siendo precisamente en el paso de la República al Imperio cuando se intensificó su uso. Como apunta Romano²³, la breve duración de las magistraturas republicanas llevó a un uso institucionalizado de la *prorogatio* frente a ese uso puntual en un primer momento. En la práctica se consiguió una mejor gestión de las provincias romanas. Cabe citar de esta manera la *Lex Baebia* (181 a. C.), que sancionó “la aplicación sistemática en Hispania

22 Vid. Romano, A. A. *La prorogatio negli organi costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 83 y ss.; Marini, F. S. *Il principio di continuità degli organi costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 2; Coli, U. “Sui limiti di durata delle magistrature romane”, *Studi in Onore di Vincenzo Arangio-Ruiz* (vol. iv), Editore Jovene, Napoli, 1953, pp. 395 y ss.; Severini, F. “Proconsule”, *Nuovo digesto Italiano*, vol. x, Torino, 1939, p. 644.

23 Romano, A. A. *La prorogatio negli organi costituzionali*, cit., p. 84.

del método más cómodo del que disponía la República para atender a sus crecientes necesidades organizativas, la *prorogatio imperii*, procedimiento que, en concierto, con las magistraturas correspondientes, constituiría en adelante el principal soporte del sistema provincial”²⁴. Se hizo especialmente para cónsules y pretores. Obligada reseña será la *Lex Cornelia de provinciis ordinandis* (81 a. C.), durante la Dictadura de Sila, que recogió con posterioridad de forma expresa este tipo de previsiones, conectada al aumento del número de provincias derivado de las expansiones territoriales y las reorganizaciones administrativas. La aplicación progresiva de ese instituto permitió que el Senado dispusiera siempre de magistrados suficientes y que se concediera “además mayor capacidad al sistema, evitando así que el Senado continuase aumentando la nómina de pretores cada vez que constituía una nueva provincia”²⁵. Un instituto que, no obstante, no queda claro que se aplicara a todas las magistraturas, como, por ejemplo, a una tan singular como la magistratura censoria²⁶, que disponía de un mandato temporal más amplio que otras: dieciocho meses; recordemos que el censo se efectuaba normalmente cada cinco años, *quinto quoque anno*.

Su prescripción podía determinarse bien en relación con un plazo temporal tasado –hecho que resultaba ser el más frecuente–, mas también en relación con un concreto acontecimiento o la verificación de un cierto hecho. A título de ejemplo, cabe referir la *prorogatio* concedida a Lucrecio para la reconstrucción de una Génova devastada por Magón, la que habilitó la continuidad de Escipión hasta la finalización de la guerra en África, la que se otorgó a los cónsules Fulvio y Claudio para la conquista de Capua o la de Marcelo para acabar la guerra iniciada en Sicilia²⁷.

En todo caso, lo que en la actualidad conocemos como *prorogatio* es sólo una de las modalidades que aquélla revestía en esos momentos, ya que, de idéntica manera, albergaba en su seno una suerte de prórroga. La *prorogatio* podía traer causa bien de un acto expreso del Senado o del pueblo, o de la mera ausencia del nuevo titular. Aquella intervención requerida en el primer caso se identifica con nuestra actual prórroga. Señala De Martino²⁸ que el primer ejemplo en el que fue preciso recurrir a una votación popular se produjo con Publilio Filone en el año 327 a. C. mientras se encontraba al

24 Díaz Fernández, A. “La creación del sistema provincial romano y su aplicación durante la República”, *La administración de las provincias en el Imperio romano*, Blázquez Martínez, J. M. y Ozcáriz Gil, P. (coords.), Dykinson, Madrid, 2013, p. 21.

25 Ibídem, pp. 25-37.

26 Polo Toribio, G. “La *prorogatio* en la magistratura censoria”, en *Revista General de Derecho Romano*, n.º 13, 2009, pp. 1-15.

27 Las dos primeras en Livio 30.1, las dos últimas en Livio 26.1. La edición que hemos consultado de la *Historia de Roma* de Tito Livio es la publicada por Harvard University Press, Londres (vol. VII para el libro XXVI y vol. VIII para el libro XXX, 1970 y 1971, respectivamente).

28 De Martino, F. *Storia della Costituzione Romana* (vol. II), Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1973, pp. 221 y ss.

frente de la guerra con Nápoles. Muy cercanas en el tiempo a esta fueron las concedidas con ocasión de las guerras samnitas y en concreto las de Lucio Papirio Cursor²⁹.

No es éste, no obstante, el único recurso que puede establecerse para servir de puente entre el cese de un gobierno y su sustitución por otro, puesto que las diferentes soluciones que en su caso lleguen a instrumentarse dependen de muy variadas cuestiones como la específica estructura político-institucional de que se trate, la posición de la Jefatura del Estado, o los objetivos pretendidos, que pueden ir, por ejemplo, de una mera permanencia en funciones al mantenimiento de la neutralidad de un proceso electoral.

En cualquier caso, sí resulta ser el más simple, y en aquellos ordenamientos que acuden a otros instrumentos diferenciados se combinan, en todo caso, con mayor o menor duración con aquél.

Cabe apuntar, por citar alguno, los denominados “gobiernos en espera de confianza”, “dimisionarios”, o “de gestión”. El primero es aquel gobierno que, nombrado y formado, no ha sido investido todavía de la confianza parlamentaria. Con el segundo nos encontramos ante un gobierno cuyo presidente ha dimitido, pero no le ha sido aceptada todavía dicha dimisión por la Jefatura del Estado. El tercero es aquel que se crea *ex novo* —o que cuanto menos altera sensiblemente la composición del órgano gubernamental—, para la gestión de un proceso electoral, ya sea ordinario o venga provocado por un frustrado procedimiento de investidura. Cada uno de éstos responde a una óptica o justificación dispar. La superposición de todos estos institutos en comparación con un gobierno en funciones nos revela múltiples especificidades, entra las que podría destacarse la finalidad o el objetivo buscado. Por más que existe una cierta identidad entre la finalidad de éste con el gobierno de gestión o provisional, y hay una semejanza casi absoluta en el supuesto del gobierno dimisionario, la disparidad respecto del gobierno en espera de confianza resulta clara (aquí nos encontraríamos ante un órgano transitorio con una presunción de continuidad *iuris tantum*), aunque en los casos de *prorogatio* formal³⁰ encontraríamos algunos elementos convergentes. De la misma manera, la composición y competencia de estos resulta diferente, ya que mientras en el caso del gobierno dimisionario permanece inalterada, en el caso del gobierno en espera de confianza ya ha variado, pues ya se ha procedido al traspaso de poderes, y por lo que respecta al gobierno provisional, ésta difiere en gran medida por causa del valor que con ese instituto se pretende proteger, esto es, la neutralidad y transparencia gubernamental a la hora de la celebración de las elecciones. Coincidencia básica en todos ellos es la existencia de una

29 Tito Libio 9.11.

30 Revenga Sánchez, M. “El Gobierno en funciones”, *Gobierno y Administración en la Constitución* (vol. II), vv. AA. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, 1988, pp. 52 y ss.

legitimidad en sus titulares, aunque modulada y de distinta naturaleza, condicionada a acontecimientos diferentes: el traspaso de poderes, en unos casos, la confirmación de la confianza, en otro. En el caso de los gobiernos de gestión no está de más recordar que durante la tramitación de la Constitución llegó a presentarse una enmienda en el Senado que establecía que para el hipotético caso en que se produjera la disolución de las cámaras por el agotamiento de los plazos sin que candidato alguno hubiera obtenido la confianza del Congreso de los Diputados, se procediera al nombramiento de un gobierno de transición que se encargara de la gestión del proceso electoral³¹. Dicha enmienda quiso justificarse sobre la base de una aparente deslegitimidad del gobierno cesado y sobre el intento de ofrecer las mayores garantías de neutralidad durante el proceso electoral. Las presuntas bondades de una previsión de este tenor, de la que únicamente pueden ofrecerse reseñas testimoniales en el ordenamiento comparado (o en otros ámbitos diferenciados, como las corporaciones locales y la administración ordinaria de los asuntos por parte de una comisión gestora en determinados supuestos³²), no parece que sean mayores y ni siquiera idénticas, a la de una estricta *prorogatio* gubernamental en su aspecto instrumental. Parece difícil concebir que pudiera ser una concepción adecuada en una sociedad democrática moderna que se asienta lógicamente, en el pluralismo y la alternancia, aunque, lógicamente, no podemos dejar de mencionar que en circunstancias ciertamente excepcionales este instituto tomó cierta virtualidad en un caso muy específico a través de una debatida aplicación del artículo 155 CE mediante el que se cesó al Gobierno de la Generalitat de Cataluña y se procedió a su sustitución hasta el nombramiento del nuevo gobierno que surgiera tras las elecciones convocadas al amparo del mismo artículo. El presidente del Gobierno de la Nación asumió las funciones y competencias del presidente de la Generalitat, aunque delegando sus funciones en la vicepresidenta del Gobierno y ministra para las Administraciones Territoriales³³.

La *prorogatio* fue la fórmula acogida en exclusividad por nuestro constituyente para la resolución de estos problemas respecto del gobierno en su artículo 101. Ello con independencia de que pudiera tener que articularse para determinados supuestos de cese en conjunción con la suplencia, como sucedería, por ejemplo, en el caso del fallecimiento del presidente. Una previsión que estableció para los diferentes supuestos de cese (elecciones generales, pérdida de la confianza parlamentaria, dimisión o fallecimiento del presidente del gobierno³⁴), mas también para articular de forma no traumática la entrada

31 Enmienda n.º 585. Los debates de ella pueden verse en *Diario de Sesiones del Senado* n.º 51, del 7 de setiembre de 1978.

32 *Vid.* arts. 61 de la Ley 7/1985, del 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local y 183 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

33 R. D. 944/2017, del 27 de octubre.

34 Llama la atención que el constituyente excluyera conscientemente, y sin justificación alguna, la incapacidad como supuesto de cese. Si bien estuvo recogida durante toda la trami-

en vigor de la Constitución conforme la Disposición Transitoria Octava del texto constitucional. El entonces presidente del Gobierno, Adolfo Suárez, entre las dos opciones de que disponía, esto es, la de dimitir, activando el correspondiente procedimiento ordinario de investidura (art. 99 CE), o la de disolver las cámaras recurriendo al cuerpo electoral (art. 115 CE), optó por esta segunda, justo el mismo día que la Constitución se publicaba en el *Boletín Oficial del Estado*³⁵. Con esta técnica se permitía así dar continuidad a uno de los órganos básicos de la organización política y así evitar, en palabras de Sánchez Agesta, la “vacación” de gobierno³⁶.

3. LOS SUPUESTOS DE CESE Y LA COMPOSICIÓN DEL GOBIERNO CESANTE

La Constitución española señala con claridad los supuestos que provocan el cese del gobierno. Se establece así que desencadenan el mismo la celebración de elecciones generales, la pérdida de la confianza parlamentaria en los casos previstos constitucionalmente –pérdida de una cuestión de confianza y triunfo de una moción de censura– y la dimisión o fallecimiento del presidente del gobierno. Una relación cerrada que deja fuera, sorprendentemente, como ya hemos apuntado, supuestos que no por improbables consideramos que deberían haber sido recogidos expresamente por el Constituyente, como ocurre, por ejemplo, con la incapacidad del presidente del gobierno.

Hasta el momento, en las cuatro décadas de vigencia de nuestro texto constitucional se han concretado tres de estos supuestos. En la mayor parte de las ocasiones (trece en total) por acontecer el supuesto habitualmente ordinario, la celebración de elecciones generales (1979, 1982, 1986, 1989, 1993, 1996, 2000, 2004, 2008, 2011, 2015, 2019 y 2023). En una, por dimisión presidencial (1981) al renunciar el presidente a continuar ejerciendo la función de gobierno y, en otra, por el triunfo de una moción de censura (2018). Por lo que hace referencia a la segunda de las elecciones celebrada en 2019, así como a las celebradas en 2016, lo cierto es que el gobierno ya estaba en funciones con anterioridad siendo una mera continuidad de una misma permanencia, puesto que estas elecciones se celebraron al amparo del artículo 99.5 CE por la imposibilidad de investir candidato alguno y haber transcurrido dos meses desde la primera votación de investidura fallida.

Carece de sentido entrar a analizar con detalle todos ellos, aunque sí parece oportuno ofrecer algunas pinceladas de aquellas cuestiones que resulten

tación parlamentaria, sólo se eliminó en el momento final por decisión de la Comisión Mixta Congreso-Senado, en lo que fue una clara extralimitación de sus funciones, ya que no existió discrepancia alguna en este punto entre las dos cámaras.

³⁵ Real Decreto 3073/1978, del 29 de diciembre.

³⁶ Sánchez Agesta, L. *Sistema político de la Constitución española de 1978* (7.ª ed. - 1.ª ed. 1980), Edersa, Madrid, 1994, p. 273.

relevantes en su devenir, bien para determinar el momento concreto del cese, la composición del gobierno o su ámbito de acción.

Pero antes es importante destacar una idea. Todos estos presupuestos provocan el cese del gobierno y activan su permanencia en funciones, señalando el momento *a quo* de la misma, con un menor ámbito de actuación y una finalidad concreta orientada al traspaso de poderes, pero no son del todo equivalentes, ni mucho menos.

No nos referimos aquí, por citar dos circunstancias de diverso tenor, al hecho de que en el supuesto de celebración de elecciones generales el legislador haya establecido una limitación competencial no prevista para el resto de supuestos, ni tampoco a la dimensión temporal de la moción de censura donde por su carácter constructivo esa permanencia en funciones queda reducida a la mínima expresión.

Esa ausencia de equivalencia a que hacemos mención entronca con la propia complejidad del análisis de estos períodos y de la delimitación de la actuación de un gobierno en este estado, incluso entre mismos supuestos de cese en circunstancias diferentes, o incluso coyunturas políticas.

Pongamos un ejemplo para clarificar esta idea. No es lo mismo un supuesto de elecciones generales en el que el partido en el gobierno obtiene la confianza de la ciudadanía, puede que, incluso, obteniendo la mayoría absoluta de las actas en el Congreso, que otro en el que obtenga unos resultados desastrosos, abocándole prácticamente a la desaparición. Lo acontecido con las elecciones de octubre de 1982 o marzo de 2000 podría ser una buena muestra de permanencias en funciones con significados absolutamente dispares. Ambos gobiernos cesaron y los dos permanecieron en funciones hasta la llegada del que les había de suceder. La diferencia es que, en un caso, 1982, el cambio de orientación política era claro; el partido hasta entonces en el gobierno pasó de contar con ciento sesenta y ocho diputados a tener solo once; ciento cincuenta y siete diputados menos. Mientras que en el otro, 2000, apenas quedaba por ver cómo sería la futura reorganización ministerial interna del gobierno; aquí, el partido que sustentaba al gobierno aumentó su representación de ciento cuarenta y seis escaños, con un cuarenta y dos por ciento de los votos emitidos, a ciento ochenta y tres —una mayoría absoluta holgada, por tanto—, con un cincuenta y dos por ciento de los sufragios.

Evidentemente, si cogiéramos otro supuesto, por ejemplo, la dimisión, sería muy diferente una motivada por meras razones personales o por la asunción de otro cargo, que otra provocada por acusaciones de corrupción o indicios de haber cometido un concreto delito. Aquí en todo caso sólo tenemos un ejemplo a nivel nacional en estos años, la de Adolfo Suárez en 1981, pero resulta claro que el motivo de la misma modificará la visión de ese período. Si tomamos ejemplos del ámbito autonómico, es fácilmente contrastable que fueron ciertamente diferentes las dimisiones de Juan Hormaechea a mediados de los noventa tras su inhabilitación judicial o la de Manuel Chaves años

después para asumir el cargo de ministro y vicepresidente en el Gobierno de la Nación.

Al hilo de esto último, por lo que hace referencia a las causas originadoras del cese, es importante insistir en lo insatisfactorio de excluir supuestos como la ya apuntada incapacidad presidencial o la formulación de la acusación contra el presidente por traición o por cualquier delito contra la seguridad del Estado. Más allá de que en este segundo caso las mayorías exigidas por el artículo 102 CE permitirían pensar en una lógica presentación paralela de una moción de censura, lo cierto es que ello no es obligado y en ocasiones la práctica política nos muestra situaciones que ni en pura teoría se hubieran podido imaginar (sin ir más lejos, dentro del procedimiento de investidura, la eventual investidura telemática de un presidente autonómico huido de la justicia, como se barajó tras las elecciones autonómicas catalanas convocadas al amparo del artículo 155 CE³⁷). La no inclusión de esos supuestos en la relación del artículo 101 CE no impidió que un sector de la doctrina asimilara ambos como causas de cese, cuestión con la que no coincidimos, solo resultando posible aquí en primera instancia la suplencia del presidente incapacitado. En el ámbito autonómico, junto a estos supuestos, se recoge de forma general como causa de cese la pérdida de la condición de diputado de la asamblea respectiva, que, como es bien sabido, es una exigencia para la investidura.

En relación con el momento *a quo* del cese hay que destacar que para el supuesto de cese más habitual –el asociado a la renovación de las cámaras–, el Constituyente lo asoció al momento de la celebración de las elecciones. Una opción que, más allá de su claro simbolismo, es a nuestro juicio ciertamente insatisfactoria, habiendo sido preferible adelantar el cese al momento de la disolución de las cámaras, ya que la situación a partir de ese momento es ciertamente dispar que con anterioridad. No existe un criterio objetivo-material que justifique polarizar alrededor de este único elemento secuencial (celebración de elecciones) los criterios legitimadores de la actuación gubernamental, ya que prescindir de la previa disolución parlamentaria no hace sino dibujar una ficción que establece un punto de inflexión artificial, un elemento que no tendría mayor teleología que la simbólica. Revenga Sánchez destaca así acertadamente que, aunque “sostener la aminoración de la capacidad operativa del gobierno que decreta la disolución nos sitúa en el plano del deber ser”, lo cierto es que “la pérdida parcial de la legitimidad para actuar es deducible de varios factores ínsitos en la Constitución material y, señaladamente, el significado que tiene el ejercicio del derecho de disolución del Parlamento y la organización en términos sumamente restrictivos de la continuidad funcional de las cámaras parlamentarias”³⁸.

37 STC 19/2019, del 12 de febrero.

38 Revenga Sánchez, M. “El Gobierno en funciones”, en *Gobierno y Administración en la Constitución* (vol. II), Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, 1988, pp. 1506/1507.

Cabe añadir también que el carácter constructivo de la moción de censura reduce la permanencia en funciones al tiempo mínimo imprescindible para el traspaso de poderes y constitución del nuevo gobierno, con lo cual las posibilidades de extralimitación quedan ciertamente domeñadas. En la única moción triunfante hasta la fecha (2018), transcurrieron apenas seis días entre la votación de la moción y la toma de posesión de los miembros del gobierno, e incluso podría pensarse que éste fue un tiempo excesivo, vinculado quizá al hecho de que inicialmente no parecía seguro que la moción pudiera salir triunfante.

Por lo que hace referencia a la composición del gobierno cesante hay que apuntar que no se ve alterada, en principio, durante la permanencia en funciones. Esto es, la prescripción de continuidad hasta la toma de posesión del nuevo gobierno alcanza a la totalidad de integrantes del gobierno, comenzando por su presidente, incluso en el caso de cese debido a su dimisión. Lógicamente en el caso del fallecimiento del presidente del gobierno sus funciones serán asumidas por los vicepresidentes, conforme el correspondiente orden de prelación, y, en defecto de ellos, por los ministros, según el orden de precedencia de los departamentos.

Esto no imposibilita, no obstante, que puedan producirse variaciones durante la misma por motivos muy diversos, siempre que ello no impida la acción del gobierno, frontera a partir de la cual cabría entrar a valorar las eventuales responsabilidades en que se podría incurrir.

A lo largo de estos años hemos podido ver así cómo miembros del gobierno eran suplidos durante la permanencia en funciones normalmente por la asunción de otro cargo o por presentarse a otros procesos electorales coincidentes en el tiempo de esa *prorogatio*, aunque también, en ocasiones, por escándalos políticos surgidos en esos mismos períodos o que se han podido conocer entonces.

Lo cierto es que cabe imaginar supuestos en que esta continuidad pueda resultar contraproducente o poco comprensible o justificable. Podríamos traer a colación aquí, aunque en el ámbito autonómico, el caso ya citado de la continuidad en funciones a mediados de la década de los noventa del presidente cántabro Juan Hormaechea; recordemos que éste presentó su dimisión, tras su inhabilitación por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, permaneciendo alrededor de nueve meses en el cargo hasta la celebración de nuevas elecciones generales, y mientras se resolvía el recurso contra dicha inhabilitación posteriormente confirmada. Desde otra perspectiva, también podríamos destacar aquí la (asimismo llamativa) permanencia en funciones de Alberto Ruiz Gallardón, casi una década después, compaginando la presidencia en funciones de la Comunidad con la Alcaldía de Madrid en una clara incompatibilidad que los informes jurídicos solicitados transformaron en una “mera concurrencia de funciones”. Lo excepcional del caso, tras un proceso de investidura bastante accidentado que devino en una disolución automática

de la Asamblea, no debió permitir a nuestro juicio dicha compatibilidad. La opción más correcta hubiera sido la suplencia en dicho cargo por alguno de los consejeros del gobierno cesante.

Incompatibilidades a un lado, lo cierto es que en los casos en que el cese haya venido provocado por la dimisión del presidente, no parece descabellado optar por una no necesaria continuidad del presidente al frente; en algunos supuestos, como los apuntados *supra*, sería harto recomendable. Cabe recordar que esta fue una opción que se barajó durante la tramitación constituyente y de hecho el Anteproyecto así lo recogía –no sólo para la dimisión, sino también para los casos de pérdida de la confianza parlamentaria–³⁹. La discontinuidad del presidente del gobierno se tomó de esta forma como regla por más que su continuidad resultaba exigida para el supuesto que habría de resultar teóricamente más frecuente. Para Álvarez Conde⁴⁰ esta regulación ponía de manifiesto la finalidad última de la prórroga de funciones: la continuidad de la función de dirección de la Administración, que se vería satisfecha con el mantenimiento de los ministros y demás órganos superiores de los departamentos ministeriales, dentro de la idea clave de compaginar en su funcionamiento “los principios de estabilidad, permanencia y responsabilidad” y en el ajuste en sus funciones a un “gestionar” más que “gobernar”. Esta opción de discontinuidad para el supuesto de dimisión, que el constituyente descartó con claridad, trató de recuperarse, sorprendentemente, en el temprano Proyecto de Ley Orgánica del Gobierno, de la Administración del Estado y de la Función Pública de 1980^[41]. Podemos apuntar igualmente que son varias las CCAA que optan por la discontinuidad en estos supuestos, bien de forma genérica o bien para los casos en que esta dimisión venga provocada por el acceso a un cargo incompatible con dicha función. Cabe citar, a título de ejemplo, cómo la dimisión del presidente de Murcia en abril de 2017 y su sustitución de forma interina hasta la investidura del nuevo presidente vino habilitada vinieron habilitadas por la reforma, poco tiempo atrás, de su Ley de Gobierno; esta dimisión se produjo para evitar el triunfo de una moción de censura contra el mismo, vinculada a su imputación en el denominado “Caso Púnica”. A mayor abundamiento, aunque el supuesto es escasamente comparable, cabe recordar que la propia Ley Orgánica del Estado de 1967 establecía que la asunción interina de las funciones del presidente del gobierno dimitido, una vez aceptada su dimisión por el jefe del Estado y oído el Consejo del Reino, correspondería al vicepresidente o vicepresidentes o al ministro que designara el jefe del Estado.

39 *Boletín Oficial de las Cortes*, n.º 44, del 5 de enero de 1978.

40 Álvarez Conde, E. “El Gobierno en funciones”, en *Documentación Administrativa*, n.º 246/247, 1996-1997, p. 201.

41 *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados, I Legislatura. Serie A, 5 de febrero de 1980, n.º 109-1.

En este punto, quizá tampoco sería desproporcionado optar por dicha discontinuidad en los casos de pérdida de una cuestión de confianza; en los de la moción de censura la rapidez en la sustitución parece hacer innecesario tomar cualquier prevención. Cabe traer a colación aquí lo recogido por el artículo 82 de la Constitución de la II República, que permitía la destitución del presidente antes de la expiración del mandato, dejando de ejercer las funciones en el mismo momento en que el Congreso, por una mayoría cualificada de sus miembros, adoptara tal propuesta.

4. LAS INVESTIDURAS EN CONTEXTOS DE GRAN POLARIZACIÓN POLÍTICA Y FRAGMENTACIÓN PARLAMENTARIA

Resulta habitual que se hable de parlamentos fragmentados para definir el panorama político de los últimos años en nuestro país. Precisamente en una de las últimas jornadas en que colaboramos desde el Centro de Estudios de Partidos junto con el Congreso de los Diputados, la Fundación Manuel Giménez Abad, el Instituto de Derecho Parlamentario y el Instituto Manuel García Pelayo, nos servimos de esa adjetivación llevando aquellas por título “El Parlamento fragmentado y la forma de gobierno”. Se abordaron allí diferentes cuestiones vinculadas a esa fragmentación analizada tanto desde una perspectiva general como más concreta, vinculada, por ejemplo, a las funciones legislativa y presupuestaria, control del gobierno, organización y funcionamiento de las cámaras, nombramiento de cargos [...] y, por supuesto, a su incidencia en la formación de gobiernos y trasposos de poderes que estamos abordando⁴².

Cierto es que en los últimos años suele haber un mayor número de fuerzas políticas representadas y que los dos principales partidos han visto reducido sensiblemente su fuerza parlamentaria tanto en el ámbito nacional como en el autonómico. Ello ha derivado en muy complejos procedimientos de investidura e incluso en dos legislaturas fallidas muy cercanas en el tiempo (XI y XIII), así como en el triunfo de una moción de censura entre medias de estas. Pero, más allá de eso, y aunque estemos acostumbrados a utilizarlo, quizá el término fragmentado no sea en primera instancia el más preciso.

Hablar de fragmentación nos conecta a algo quebrado, agrietado o roto; que, quizás, también, ya veremos, pero a lo mejor no por esa simple cuestión numérica de la cifra de fuerzas representadas. En todo caso, y, aunque profundizaremos en esta cuestión más adelante, para tratar de quitar en primera instancia esa connotación negativa, pueda ser más correcto hablar de parlamentos fraccionados, repartido en bloques. Aunque también habrá quien prefiera aquella otra terminología por la evidente tensión y polarización de las diferentes fuerzas políticas. Tensión y polarización que, lamentablemente,

42 Las ponencias se han publicado en la obra colectiva *El parlamento fragmentado y la forma de gobierno*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2024.

es evidente un día tras otro, generando una atmósfera política difícilmente respirable. Ejemplos no faltan, e incluso en cuestiones que deberían por su relevancia alejarse de esos marcos de enfrentamiento y abordarse desde pactos de estado contruidos sin visiones cortoplacistas que apenas tienen como norte el horizonte del próximo proceso electoral, cualquiera que fuere.

Con independencia de la terminología que utilicemos, lo cierto es que ello genera en la práctica una serie de problemas en la dinámica parlamentaria, visible especialmente en ese primer momento de la conformación de los gobiernos, lo cual deriva también en una prolongación de los períodos de interinidad entre el cese de un gobierno y el advenimiento de otro, lo que se conoce como permanencia en funciones del gobierno cesante.

Ahora bien, lo cierto es que esa ausencia de mayorías claras por parte de un partido y un bipartidismo menos robusto del que estábamos acostumbrados, no es extraño en otros países y ello no provoca *per se* (salvo casos muy concretos, pensemos en el caso belga ya citado) un alargamiento *sine die* de estos períodos de interinidad. Es evidente, pero no está de más recordarlo. No son pocos los países que tienen cámaras con múltiples partidos representados y están acostumbrados a la búsqueda de acuerdos e incluso a la conformación de gobiernos de coalición, incluso entre las dos principales fuerzas políticas; pensemos, por ejemplo, en las *Große Koalitionen* alemanas que se conforman esencialmente entre la CDU y el SPD, como parece que va a volver a articularse tras las elecciones de febrero de 2025. Pero es que la misma reflexión la podemos realizar si observamos algunos parlamentos autonómicos, donde no ha sido extraño ver a lo largo de los años una amplia representación de fuerzas políticas. En Cataluña, por ejemplo, tras las últimas elecciones de mayo de 2024, un parlamento de ciento treinta y cinco diputados cuenta con ocho grupos parlamentarios.

Esa mayor representación de fuerzas y menor bipartidismo construye, qué duda cabe, un escenario, pero no podemos dejar de lado en ningún momento que son los actores los que desarrollan la obra.

Está claro que en un sistema muy fuertemente bipartidista resulta más fácil esa conformación de gobiernos, la permanencia de estos, y en consecuencia se reducen al mínimo los períodos de interinidad, algo que facilita la gobernabilidad y la finalización ordinaria de las legislaturas. Pensemos, por ejemplo, que hasta hace una década las dos principales fuerzas políticas podían repartirse el ochenta o casi el noventa por ciento de los escaños.

Pero la ausencia de ese fuerte bipartidismo no implica que se genere una incapacidad absoluta para lograr esos objetivos. Es la voluntad política, insistimos, la búsqueda de puntos de encuentro, entre rivales políticos (no enemigos, algo que parece haberse olvidado en la política española actual) la que debe generar el cierre de acuerdos para una investidura y en su caso, incluso, para un programa de gobierno.

No es por tanto ese fraccionamiento por sí sólo, sino su combinación con una polarización política que no permite construir puentes de comunicación con otras formaciones políticas para buscar consensos mínimos, en esa dialéctica schmittiana amigo-enemigo, la que provoca esa incapacidad de formar mayorías y que alarga las situaciones de interinidad.

Recordando las palabras del profesor Alzaga, hemos transitado de un disenso razonable a un conflicto radical, y la ausencia de ese clima de consenso deriva en males para una sociedad que difícilmente pueden solventarse con instrumentos de ingeniería constitucional; quizá porque –recordando a Rokeach⁴³– “hemos sustituido la utópica ambición platónica del gobierno de los sabios por lograr que la democracia supusiese el gobierno de los mejores, por un presente en que asistimos al esfuerzo por alistar en los partidos *mentes cerradas*”⁴⁴.

Con las elecciones generales de diciembre de 2015 y junio de 2016 pasamos de un bipartidismo imperfecto a un “multipartidismo exasperado”⁴⁵. Algo que ha continuado tras los procesos electorales de abril y noviembre de 2019 y julio de 2023. Ello pese a que en estas últimas elecciones la suma de las dos principales fuerzas políticas ha podido subir sensiblemente: doscientos cincuenta y ocho diputados entre las dos fuerzas políticas, casi tres cuartas partes de los asientos de la cámara, frente a los doscientos nueve y ciento ochenta y nueve, respectivamente, de las dos anteriores convocatorias.

5. LA EXTENSIÓN DE LA INTERINIDAD GUBERNAMENTAL

Como bien apuntó Bouyssou⁴⁶ tiempo atrás, es una evidencia que no necesita demostración que la duración de la crisis resulta determinante a la hora de realizar cualquier análisis sobre la actuación de un gobierno en este estado.

La permanencia en funciones de los gobiernos en los regímenes parlamentarios es habitualmente un período de tiempo muy breve, dentro de su indeterminación; se sabe que el traspaso va a producirse, pero se desconoce en qué momento: *certus an, incertus quando*.

En ocasiones, no obstante, la complejidad de formar gobierno deriva en dilaciones muy dilatadas. Hay países, incluso, en que esa situación se alarga tanto que suele verse desde un prisma de cierta habitualidad, algo casi crónico.

43 Rokeach, M. *The open and closed mind*, Basic Books, 1960.

44 Alzaga Villaamil, O. *Del consenso constituyente al conflicto permanente*, Trotta, Madrid, 2011.

45 Elia, L. *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1958.

46 Bouyssou, F. “L’introuvable notion d’affaires courantes. L’activité des gouvernements démissionnaires sous la Quatrième République”, en *Revue Française de Science Politique*, xx, n.º 4, 1970, pp. 970, pp. 654 y ss.

Así ocurre, por ejemplo, en Bélgica, que cuenta con un sistema multipartidista muy fragmentado y polarizado, consecuencia de múltiples factores estructurales y políticos⁴⁷. Pocos años atrás, y tras la dimisión de Charles Michel en diciembre de 2018, el Gobierno llegó a permanecer en funciones durante más de seiscientos días, hasta que en octubre de 2020 fue investido nuevo presidente tras formarse un gobierno de coalición de siete partidos, tres francófonos y cuatro flamencos. Durante este tiempo se adoptaron algunas decisiones que suscitaron cierta polémica sobre la base de si podían entenderse o no, como asuntos corrientes, como por ejemplo la propuesta de Didier Reynders como comisario europeo en representación de este país⁴⁸.

En el caso de España, la media de tiempo de dicha permanencia hasta las elecciones de diciembre 2015 no llegaba apenas a los cuarenta días; la más breve de todas fue la que siguió a la dimisión del presidente Suárez. Aquellas elecciones de 2015 dieron como resultado una cámara baja con una alta fragmentación parlamentaria en el marco de una intensa polarización política, que imposibilitaron la investidura de candidato alguno y derivaron en una nueva repetición electoral en el 2016, que llevó a que la permanencia se extendiera por más de trescientos días. Un tiempo que pudo haber sido todavía más extenso ya que casi sobre la campana de la nueva disolución se produjo la investidura del candidato, a la sazón también presidente en funciones. Algo similar, aunque con una menor duración temporal –cerca de doscientos cincuenta días–, ocurrió pocos años después, entre 2019 y 2020; en concreto, tras las elecciones de abril 2019, que también tuvieron que ser repetidas, no consiguiéndose la investidura de un candidato hasta enero de 2020, en lo que fue el primer gobierno de coalición de la democracia⁴⁹.

La importancia del aspecto temporal es clara, en tanto que, a mayor período de permanencia en funciones, más cuestiones serán las que deban recabar la atención del gobierno en funciones. De igual forma, esa extensión temporal puede transformar la valoración sobre si un determinado acto encaja en el radio de acción normal de un gobierno en esa situación de interinidad.

Los diferentes supuestos de cese permiten dibujar diferentes escenarios, siendo el menos problemático el derivado del triunfo de una moción de censura por causa del propio carácter constructivo de la moción que prácticamente diluiría la permanencia en funciones. Por el contrario, el más complejo desde

47 Delpérée, F. *Les crises de gouvernement*, Académie Royale de Belgique, Bruselas, 2020.

48 Sobre la gestión de los “affaires courantes” durante estos períodos de interinidad gubernamental puede verse el n.º 15 de *Les focus du Centre d'Études Jacques Georgin*, 2020.

49 La investidura del presidente del Gobierno se produjo por mayoría simple en segunda votación con 167 votos a favor, 165 en contra y 18 abstenciones: *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente*, 7 de enero de 2020, XIV Legislatura, n.º 4. El gobierno de coalición obtuvo el apoyo de ocho formaciones políticas (PSOE, Unidas Podemos, PNV, Más País, Compromís, Nueva Canaria, BNG y Teruel Existe) y precisó la abstención de otras dos (ERC y EH Bildu).

la perspectiva de su duración sería precisamente el más habitual, celebración de elecciones generales, ya que normalmente será el de mayor duración. No obstante, cabe que alguno de los otros supuestos que simplemente activan el artículo 99 CE y que por sí solos no tendrían a priori que dar lugar a una larga interinidad (dimisión o fallecimiento del presidente del gobierno, por ejemplo) se combine igualmente con una disolución de las cámaras por la imposibilidad de investir candidato alguno.

La duración temporal puede ser breve, horas o días, en casos como una moción de censura o una dimisión por motivos personales que no implique pérdida del apoyo parlamentario, por citar algún ejemplo. O puede durar uno o dos meses para el supuesto habitual de cese debido a la celebración de elecciones generales. Todo ello en circunstancias ordinarias y caso de no tener que recurrir a la previsión del apartado quinto del artículo 99 del texto constitucional. Sea uno u otro supuesto, como bien apuntó el Tribunal Supremo, en una de las primeras sentencias en las que ha debido abordar un recurso contra decisiones tomadas durante un traspaso de poderes “se comprende sin dificultad que España no puede quedarse sin gobierno ni siquiera unas horas”⁵⁰.

La relajación de la mayoría exigida para investir al candidato a presidente, en el caso de que en primera votación no se obtuviera la mayoría absoluta de los votos, es una de las pocas previsiones que, queriendo facilitar la investidura, coadyuva a reducir el período de permanencia en funciones. Lo mismo podría señalarse respecto de las previsiones de disolución automática, al concebirse de alguna forma como una suerte de último apremio a los diputados para que se pongan de acuerdo en la investidura.

No se opta, como sí se hace en otros ordenamientos, por investiduras automáticas que cierren la situación de interinidad y el período de permanencia en funciones, aunque, claro está, este tipo de investiduras dejan al gobierno entrante en una situación que a nuestro juicio puede tener más problemas que ventajas. Estas propuestas se han revitalizado al hilo de los últimos trasposos de poderes, siendo varios los autores que han apuntado la posibilidad de reformar el texto constitucional para incluir la investidura automática del candidato que fuera propuesto por la fuerza política con mayor representación parlamentaria⁵¹. Estaríamos hablando en consecuencia de una conexión indirecta o subsidiaria, en tanto que no exime en ningún caso de activar el procedimiento ordinario de investidura –proposición de candidato, consultas y consiguientes votaciones–. En el ámbito autonómico, estas previsiones únicamente se contemplan ya en el Estatuto de Autonomía de Castilla La Mancha; también se estableció en su momento en las comunidades de Andalucía y Navarra, pero terminó por eliminarse esta posibilidad.

50 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a, Pleno) del 2 de diciembre de 2005.

51 García Fernández, J. y Montilla Martos, J. “Encuesta sobre el Gobierno en funciones”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 40, 2017, pp. 14-19.

Fue con ocasión de las elecciones generales de diciembre de 2015 (que tuvieron que repetirse ex artículo 99.5 CE en junio de 2016, esa “bomba de relojería” de la que hablara Rubio Llorente⁵²) y abril de 2019 (que también tuvieron que repetirse en noviembre de ese mismo año por idéntico motivo) cuando el acercamiento al estudio de la permanencia en funciones del gobierno fue más intenso. El escenario era diferente a los vividos hasta ese momento y los problemas suscitados afectaban a varios bloques de cuestiones.

La extensión de la interinidad fue el elemento más visible, unido a la detección de algunas lagunas normativas que hasta ese momento habían pasado desapercibidas. Por primera vez en varias décadas la permanencia en funciones se alargaba en el tiempo y sin visos de cierre. No había candidato alguno que pudiera integrar una mayoría suficiente en el Congreso de los Diputados (absoluta en primera votación o simple en segunda) para permitir su investidura y la conformación de un nuevo gobierno, pero tampoco existía la posibilidad de acudir a un nuevo proceso electoral, por mor de una disolución automática de las cámaras, mientras no se diera el supuesto previsto por el artículo 99.5 CE. La activación del reloj de los dos meses allí contemplados precisaba una votación de investidura frustrada, pero el candidato inicialmente propuesto por el rey (que en ese momento era precisamente el presidente en funciones del gobierno) había declinado la propuesta al saberse incapaz de conseguir las mayorías necesarias. Con este escenario inédito, de repente nos encontramos ante una suerte de laguna normativa que hasta ese momento no se había detectado. ¿Qué ocurre si no hay candidato que consiga aunar una determinada mayoría ni candidato que se presente ante la cámara, aunque no tenga esa mayoría? Se trataba de una pregunta que hasta ese momento nadie parecía haberse planteado y que mostró una suerte de laguna normativa. Y el tiempo comenzó a correr, y a correr... Al final ese espacio temporal (hablamos del transcurrido tras esas primeras elecciones citadas, las de 2015, hasta el cese de la situación de interinidad) se alargó casi un año. Las elecciones generales habían tenido lugar el 20 de diciembre de 2015 y la investidura del candidato que obtuvo la confianza del Congreso no se produjo hasta el 29 de octubre de 2016. Previo a eso las cámaras se habían disuelto automáticamente y se habían celebrado unas nuevas elecciones el 26 de junio de 2016. Trescientos catorce días, por tanto, transcurrieron entre esas primeras elecciones, con el cese consiguiente del gobierno, y la investidura del candidato, que precisamente era presidente en funciones de ese gobierno cesante. Dos días después el *Boletín Oficial del Estado* publicó el Real Decreto por el que se nombraba al nuevo –en realidad, el mismo– presidente del Gobierno⁵³. Finalmente fueron más de trescientos

52 Rubio Llorente, F. “Los poderes del Estado”, *La forma del poder*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, p. 178.

días de interinidad, pero pudieron ser todavía muchos más. Recordemos que, tras la forzosa repetición electoral, la primera votación de investidura del candidato (no otorgada) se había producido el 31 de septiembre, con lo cual la investidura del 29 de octubre se había producido justo en el trance de una nueva disolución que hubiera alargado varios meses esa situación de interinidad. De hecho, como era una posibilidad nada descartable se aprobó una reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral que redujo el período de la campaña electoral para el caso de una convocatoria automática de elecciones por una investidura frustrada⁵⁴. El motivo de esta reforma vino derivado del hecho de que si esa nueva disolución se producía, las nuevas elecciones, las terceras en el espacio de un año, se celebrarían el día de Navidad. Finalmente, no hubo nueva disolución ni se alargó por tanto *sine die* ese período de interinidad, pero puso sobre la mesa múltiples cuestiones sobre las que comenzó a debatir la doctrina. Reflexiones que se centraron por un lado en el propio procedimiento de investidura y en la forma de solventar esa laguna detectada. Y por otro en el ámbito de actuación de un gobierno en este estado y su control. Sobre lo primero, procedimiento de investidura, únicamente apuntar que se aventuraron diferentes propuestas, algunas incluyendo posibles reformas constitucionales, otras proponiendo simples reformas de la ley de gobierno, aunque ninguna terminó por concretarse; aunque lo cierto es que ahora tampoco parece que sea un tema que se encuentra en la inmediata agenda política. Sobre lo segundo, ámbito de actuación del gobierno en estos períodos y control del mismo, particularmente su control parlamentario, se debatió mucho, e incluso llegó a ser objeto de un conflicto de competencias ante el Tribunal Constitucional, por la negativa del gobierno en funciones a someterse a dicho control, cuestiones en las que entraremos a continuación.

6. EL ÁMBITO DE ACTUACIÓN DE LOS GOBIERNOS CESANTES

La permanencia en funciones del gobierno tras su cese es una cuestión a la que no fue ajena el constituyente, como ya hemos señalado, por más que lo contemplara desde una previsión muy escueta. Recordemos que, tras indicarse en el artículo 101 del texto constitucional los diferentes supuestos de cese, se estableció la necesaria permanencia del gobierno cesante hasta la toma de posesión del nuevo gobierno.

Nada se señaló en todo caso respecto de su ámbito de actuación que no quedó recortado expresamente en modo alguno. Esa ausencia de previsión constitucional en un sentido limitador resultaba completamente acorde con

53 Real Decreto 414/2016, del 30 de octubre; el 4 de noviembre se publicaron los decretos de nombramiento del resto de miembros del Gobierno: reales decretos 415, 416 y 417, del 3 de noviembre.

54 Ley Orgánica 2/2016, del 31 de octubre.

lo que era habitual en el ámbito comparado, donde eran muy pocos los textos que en aquellos momentos recogían previsiones de ese tenor. Cabe citar, no obstante, la coetánea Constitución portuguesa de 1976, que estableció que antes del examen del programa del Gobierno por la Asamblea, o después de la dimisión de aquél, el Gobierno debe limitarse a la práctica de los actos estrictamente necesarios para asegurar la gestión de los asuntos públicos. O, más atrás en el tiempo, la Constitución danesa de 1953 al prever, para los casos en que el Gobierno hubiera perdido la confianza del *Folketing* o hubiera pedido su dimisión, que los ministros sólo podrían despachar durante su permanencia en funciones los asuntos ordinarios para asegurar la continuidad de sus funciones. Podemos señalar también que tras la caída del Muro varios de los textos constitucionales aprobados en los países del Este recogieron expresas previsiones de continuidad de los gobiernos e, incluso, alguno de ellos, limitaciones durante estos períodos; se recoge de esta forma, por ejemplo, en la constitución de Hungría de 2011 que el Gobierno ejercerá sus facultades como Gobierno provisional desde la terminación de su mandato y hasta la formación del nuevo Gobierno sin poder aprobar decretos salvo en casos de urgencia y limitándose igualmente las competencias en materia de relaciones internacionales al no poder tampoco firmarse tratados. Si bien en los últimos años resulta un poco menos inhabitual la regulación expresa de este fenómeno, seguimos encontrándonos ante una cuestión que se desenvuelve en la práctica totalidad de los supuestos en el terreno de los usos constitucionales y en la apelación a la buena fe y auto restricción del órgano gubernamental⁵⁵. No obstante, parece preciso aclarar que la falta de regulación de esta cuestión no es sino el reflejo de esa misma falta de constancia y tardío reconocimiento normativo del órgano gubernamental.

Sin precisar un análisis en profundidad, ni mayores aproximaciones, se deduce la naturaleza diferenciada y específico significado que tiene el gobierno en estos períodos, y la transformación de su legitimidad, aunque, por supuesto, sin transformarse desde una vertiente pública a una privada, como acontecía en la *prorogatio* romana⁵⁶. Satrústegui muy tempranamente, en una reflexión que compartimos, señalaba que en estos períodos “el programa gubernamental desaparece como parámetro de la política del Gabinete, reduciéndose su función a un plano de conservación y tutela de los intereses públicos, tal

55 Para más detalle, Reviriego Picón, F. *El Gobierno cesante o en funciones en el ordenamiento constitucional español*, BOE, Madrid 2003, pp. 9 y ss.

56 Como ya señaló Romano al compararla con la formulación moderna de dicho instituto, la diferencia más remarcable consiste en el hecho de que en derecho romano el magistrado, tras la expiración del cargo, se convertía en un *privato cittadino*, que permanecía en el ejercicio de los poderes de la magistratura hasta la llegada de su sucesor. Romano, A. A. *La prorogatio negli organi costituzionali*, cit., p. 83.

y como viene exigido por el principio de continuidad del Estado”⁵⁷. En todo caso, lo cierto es que hasta la aprobación de la Ley del Gobierno fueron varias las interpretaciones que la doctrina dio a esta cuestión. Oscilaron entre una apertura máxima en la que el Gobierno en funciones seguía siendo Gobierno a todos los efectos no teniendo limitación alguna (más allá de las implícitas derivadas del propio sistema, como podría ser, por ejemplo, que un presidente cesado por haber presentado la dimisión tratara de proceder a la disolución de las cámaras) y el entendimiento de que su actividad debía reconducirse a los actos de ordinaria administración o atender, más allá de ese marco, asuntos que por su urgencia no admitan demora al no poder aguardar a la constitución del nuevo Gobierno.

Hubo que esperar así casi dos décadas para que se previeran limitaciones expresas al gobierno cesante en virtud de la tardía Ley del Gobierno⁵⁸.

Por un lado, de forma concreta, fijando con claridad aquellas competencias que un gobierno en funciones o su presidente no podrían ejercer en momento alguno. De esta forma, se prohibió que un presidente en funciones propusiera la disolución de alguna de las cámaras o de las Cortes Generales, la convocatoria de un referéndum consultivo o planteara la cuestión de confianza. Junto a ello se prohibió igualmente, en este caso al gobierno en funciones, la aprobación del proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado, la presentación de proyectos de ley al Congreso de los Diputados o al Senado, y, asimismo, el ejercicio de delegaciones legislativas, esto último únicamente para el caso de que el cese del gobierno se hubiera debido a la celebración de elecciones generales.

Por otro, estableciendo pautas genéricas de actuación que se materializan en primera instancia a través de la previsión de conceptos jurídicos indeterminados: despacho ordinario de los asuntos públicos, urgencia o interés general. El primero de ellos, el que delimitaría el campo de acción ordinario de un gobierno en este estado, guardaría identidad con los utilizados habitualmente por la doctrina como asuntos de trámite u ordinaria administración. La interpretación en todo caso se revela compleja, por más que cabe afirmar la existencia de esferas de certeza positiva y negativa en el mismo, debiéndose resolver las dudas o los denominados “juicios problemáticos” en el análisis casuístico de los supuestos⁵⁹. Hasta la fecha, sólo en una ocasión

57 Satrústegui Gil-Delgado, M. *Análisis comparado de la sucesión gubernamental: los casos de Italia, Portugal y España*, tesis doctoral inédita, UCM, 1983, p. 76. De este mismo autor, vid. “Artículo 101. El cese del Gobierno y el Gobierno cesante”, *Comentarios a las Leyes Políticas*, Alzaga Villaamil, O. (dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985.

58 Ley 50/1997, del 27 de noviembre.

59 Vid. a título de ejemplo: Jellinek, W. *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägungen*, Scientia Verlag Aalen, 1964; Crisafulli, V. “Il governo tra nomina e fiducia”, *F. A.*, 1957; Mascarenhas Gomes Monteiro, A. “L’expédition des affaires courantes”, *R. Pu.*, n.º 3, 1978.

se ha anulado una decisión tomada por un gobierno cesante (en concreto la concesión de una extradición⁶⁰) por exceder el despacho ordinario de los asuntos públicos, aunque lo cierto es que, de manera inmediata, apenas mes y medio después, se corrigió la doctrina por el Tribunal Supremo (con ocasión de la denegación de un indulto⁶¹) configurando de manera más amplia ese ámbito de actuación. En un intento de hacer más suave el *overruling* el Tribunal prefirió concretarlo en un “nuevo paso en el proceso de definición” del estatuto de un gobierno en funciones⁶². En los escasos casos en los que el Tribunal Supremo ha tenido que volver a conocer desde entonces de recursos contra decisiones de un gobierno en funciones por haberse tomado precisamente en este período, se ha seguido manteniendo la doctrina de 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”. Junto a este control *ex post*, cabe apuntar igualmente que en ocasiones puntuales el Consejo de Estado, en su condición de supremo órgano consultivo del gobierno, y especialmente durante la amplia permanencia en funciones de 2015 y 2016, ha dictaminado que determinadas decisiones no debían ser tomadas por gobiernos durante estos períodos al exceder su ámbito de actuación ordinario y comprometer la actuación del futuro gobierno en temas de gran relevancia⁶³, aunque entendido que otras, pese a exceder de este ámbito, sí eran admisibles por encuadrarse en situaciones de urgencia, que habilitan un campo más amplio de acción y en las que luego entraremos. En todo caso, y ante cualquier duda que pudiera plantearse, parece deseable, como así ha apuntado mayoritariamente la doctrina, la abstención del gobierno⁶⁴, como así se ha hecho, por ejemplo, a lo largo de estos años en relación con el nombramiento de determinados cargos⁶⁵.

60 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª, Sección 6.ª) del 20 de septiembre de 2005.

61 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª, Pleno) del 2 de diciembre de 2005.

62 *Vid.* Reviriego Picón, F. “La permanencia en funciones del Gobierno en la doctrina del Tribunal Supremo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 109, 2017, pp. 379 y ss.

63 Cabe apuntar, por ejemplo, durante esta permanencia en funciones los dictámenes emitidos con ocasión de varios proyectos de real decreto, concretamente los de aprobación del Reglamento Penitenciario Militar, anotación y cancelación de notas desfavorables en la documentación militar personal y establecimiento de un sistema de reducción de cotizaciones por contingencias profesionales en casos concretos. En los dos primeros casos el Consejo concluyó que sólo tras tomar posesión y constituirse el Gobierno podían elevarse al Consejo de Ministros para su aprobación los correspondientes proyectos o propuestas salvo que no fuera posible espera sin producir un perjuicio al interés general; se señalaba así que la iniciativa normativa quedaba extra muros de despacho ordinario de los asuntos públicos, siendo sólo posible su adopción en casos de urgencia o interés general, que no habían sido alegados ni acreditados en el expediente ni tampoco se deducían del mismo. En el tercero se apuntaba la misma conclusión, aunque con el añadido de que esa decisión condicionaba y comprometía la acción del futuro Gobierno en un tema de gran relevancia.

64 González Alonso, A. “El Gobierno en funciones”, Aragón Reyes, M. y Gómez Montoro, A. (coords.), *El Gobierno. Problemas constitucionales*, CEPC, Madrid, 2005, p. 143.

Esta misma expresión del despacho ordinario de los asuntos públicos es utilizada en buena parte de las leyes de gobierno autonómicas, junto con otras similares como la gestión ordinaria, el funcionamiento normal de los servicios públicos y el normal o buen funcionamiento de la administración. Aunque fueron pocas las que inicialmente lo recogieron⁶⁶, puntuales reformas o nuevas leyes de gobierno las han ido incorporando a la mayor parte de comunidades autónomas, previéndose incluso en alguna de ellas leyes específicas para regular estos períodos⁶⁷. Son minoría ya las comunidades en que no se han previsto limitaciones de este tipo. La última en establecer limitaciones para estos períodos ha sido Canarias⁶⁸ recogiendo de una manera similar a lo ya previsto por lo que hace referencia a los criterios generales de actuación apuntados (limitación de la gestión al “despacho ordinario de los asuntos que le corresponden y a facilitar el traspaso de poderes al nuevo presidente o presidenta”), aunque con algunas diferencias puntuales respecto de atribuciones concretas⁶⁹. Un poco más atrás en el tiempo tuvieron mucho interés algunas de las previsiones contenidas en las leyes de integridad y ética pública y transparencia y buen gobierno, de Aragón y Galicia, respectivamente⁷⁰. En el caso de Aragón se hizo de una forma un tanto diferente a lo habitual con una amplísima relación de competencias que no pueden ejercerse durante la permanencia en funciones, que ya servirían de elemento delimitador de ese campo de acción, reservándose esa previsión genérica para el resto de órganos de la Administración; de esta forma, por lo que a esto último hace referencia, se estableció que los restantes órganos

65 Un caso singular, por la relevancia del cargo y sus funciones, aconteció con ocasión de la larga permanencia en funciones de 2019/2020, ya que durante ese tiempo (julio de 2019) terminó el mandato legalmente previsto del director del Centro Nacional de Inteligencia. Se entendió aquí que el nombramiento del sucesor excedería el despacho ordinario de los asuntos públicos, optándose por una suplencia en funciones a cargo de la secretaria general, que fue confirmada como nueva directora una vez formado el nuevo gobierno.

66 Muy tempranamente lo hizo el País Vasco con la Ley 7/1981, del 30 de junio, bajo la rúbrica de garantizar el “buen funcionamiento de la Administración”, unido a la necesidad de facilitar el adecuado traspaso de poderes y la imposibilidad de plantear una cuestión de confianza.

67 Podemos citar así la Ley 4/2015, del 26 de febrero, de regulación del proceso de transición entre gobiernos en la Comunidad Autónoma de Extremadura, que profundizó en la necesaria labor informativa de los gobiernos cesantes y en el establecimiento de medidas concretas para favorecer el traspaso de poderes; todo ello articulado sobre base de tres principios que deben concretar la continuidad del gobierno en estos momentos: principio de neutralidad política, principios de lealtad y colaboración y principios de información y transparencia.

68 Ley 4/2023, del 23 de marzo, de la Presidencia y del Gobierno de Canarias.

69 Quedan vedadas aquí la disolución del parlamento, la definición del programa de gobierno, la modificación del número, denominación y competencias de las consejerías, así como el nombramiento y cese de los miembros del gobierno –salvo declarar el cese por fallecimiento, constitución de curatela con facultades representativas, inhabilitación o incompatibilidad o disponer el cese por dimisión.

70 Ley 5/2017, del 1.º de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón; y Ley 1/2016, del 18 de enero de transparencia y buen gobierno de Galicia.

de la Administración autonómica, u organismos públicos dependientes, ejecutarán sus competencias “garantizando en todo caso la continuidad en la prestación de los servicios públicos, especialmente en los ámbitos educativo, social y sanitario”. Por lo que hace referencia a Galicia, y en este específico punto, se contempló más escuetamente con la mera referencia a la gestión del despacho de asuntos ordinarios, aunque también con un extenso listado de competencias que tendría prohibido ejercer un gobierno cesante⁷¹. Cabe añadir que, en líneas generales, salvo casos muy puntuales en que se han llegado a anular determinadas decisiones tomadas por gobiernos cesantes⁷², la doctrina sentada por los tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas cuando se han recurrido decisiones tomadas durante estos períodos de interinidad ha sido la de una configuración amplia del despacho ordinario de los asuntos públicos.

Este primer marco del despacho ordinario de los asuntos públicos sólo sería superable en casos de urgencia, mas también en los que existiera un interés general debidamente acreditado. Con esta última previsión se posibilita, a nuestro parecer, una habilitación expansiva para la práctica totalidad de las actuaciones que pretenda acometer un gobierno en este estado más allá de las competencias prohibidas específicamente en los apartados cuarto a sexto del artículo 21 de la Ley del Gobierno, llegándose, sin pretenderlo, a una suerte de concepción casi maximalista de la actuación del Gobierno durante estos períodos.

Coincidimos así en buena medida con aquel sector de la doctrina que, ya al tiempo de la aprobación de la Ley, ha venido afirmando que esta referencia del interés general ha diluido la frontera existente entre un gobierno en situación de normalidad y el cesado que permanece en funciones ya que “razones de interés general suficientes debe haber siempre en la acción y decisión de uno y otro” y que, en buena medida, esto supone “la desnaturalización de los límites genéricos propios de la situación en funciones”⁷³. De alguna

71 Se prohíbe así a un gobierno en este estado: enviar proyectos de ley al Parlamento, hacer uso de las delegaciones legislativas otorgadas por el Parlamento, así como aprobar decretos de desarrollo normativo de leyes u órdenes en ejecución de normas legales o reglamentarias, autorizar convenios o acuerdos con el Gobierno de España o con otras comunidades autónomas, entidades locales y universidades, adquirir compromisos de gasto que no tengan la consideración de gasto corriente, aprobar convocatorias de pruebas de acceso o de provisión de puestos de trabajo para cualquier categoría de personal empleado público, aprobar o modificar las relaciones de puestos de trabajo del sector público autonómico, adjudicar contratos que tengan vigencia plurianual y, en todo caso, aquellos cuya estimación económica supere una determinada cuantía, así como resolver expedientes que pongan fin a la aprobación o denegación de planes previstos en la normativa de ordenación territorial o medioambiental.

72 Vid. SSTSJ de Andalucía 7921/2017, del 7 de septiembre, 8833, 8834, 8835/2017, todas del 21 de septiembre y 10319/2017, del 11 de octubre.

73 Así lo apuntó, por ejemplo, L. Parejo Alfonso, indicando que habría sido preferible hablar de “necesidad” referida a un interés general, “La regulación del Gobierno y la Administración; continuidad y discontinuidad en la política de desarrollo constitucional en la materia”,

manera nos encontraríamos ante el mismo escenario planteado justo hace un siglo ante el Tribunal de Garantías del Reich durante la efímera República de Weimar, donde este sostuvo, en su decisión del 21 de noviembre de 1925 que el Gabinete dimisionario tenía la potestad de poder llevar a cabo todo lo exigido por el interés del Estado. Lo hizo al examinar el texto del artículo 20 de la Constitución prusiana de 1920^[74] en lo dispuesto al término negocios o asuntos pendientes, que fue el marco de acción al que ajustó la actuación del gobierno en estos períodos de interinidad: “Para que una restricción a las prerrogativas de un gobierno se configure como asuntos corrientes es necesario que esté explícita y claramente indicada en qué medida los poderes (de un gobierno de asuntos o de gestión) se distinguen de los de un gobierno normal. Es seguro en todo caso que un gobierno dimisionario es plenamente responsable de su gestión, y que está no solo autorizado, sino asimismo obligado, de emprender todo aquello que exige el interés del Estado”⁷⁵.

Resulta evidente que las múltiples variables existentes y las permeables fronteras entre los contornos apuntados llevan a que la indeterminación pueda aprovecharse en no pocas ocasiones por el gobierno de turno para ir más allá de lo que aparentemente pudiera ser el campo ordinario de acción.

Pero lo cierto es que también pueden servir para evitar tener que tomar decisiones impopulares, con el objetivo de que sea otro gobierno el que las tenga que adoptar; nos encontraríamos aquí ante excusas para la inacción⁷⁶.

No hay que dejar de lado igualmente, como ya hemos apuntado *supra*, que no es lo mismo una causa de cese de otro, e incluso que, dentro de un mismo supuesto, pueden existir ciertas variables que modulen la actividad en estos

Documentación Administrativa, n.º 246/247, 1997, pp. 38-39. En un sentido similar respecto del concepto de *interés general*, desde una perspectiva muy crítica de la regulación del gobierno en funciones de la Ley del Gobierno y del conjunto de la norma en su conjunto (el autor calificará este artículo de inocuo “como el 95 por 100 de la Ley 50/1997”), *vid.* Santamaría Pastor, J. A. “La *prorogatio* de los órganos constitucionales. Apuntes mínimos sobre un tema que no lo es”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 84, 2008, pp. 22 y ss. Este autor señalará que este artículo 21 “es un supuesto ejemplar de ejercicio intelectual inútil o, si se quiere, un vano intento de poner puertas al campo. El deber constitucional de todo Gobierno es gobernar y adoptar en todo momento todas las medidas que la sociedad y la economía requieran, porque su legitimidad no se agota con el acto mágico de celebración de unas elecciones, sino sólo en el instante en que es físicamente sustituido por otro. Y, además, es lo que hacen y harán todos en este período, sin perjuicio de la inactividad forzada e incomprensible que provoca toda convocatoria electoral”.

74 Ese mismo año la Constitución austríaca prescribió que en los supuestos de cese del Gobierno federal y hasta la constitución del nuevo, el presidente federal confiaría a miembros del Gobierno saliente o a altos funcionarios de los departamentos federales el despacho de los asuntos.

75 Cit. en Amphoux, J. *Le Chancelier Federal dans le régime constitutionnel de la République Federale d'Allemagne*, LGDJ, Paris, 1962, p. 153.

76 Bouyssou, F. “L'introuvable notion d'affaires courantes. L'activité des gouvernements démissionnaires sous la Quatrième République”, en *Revue Française de Science Politique*, xx, n.º 4, 1970, pp. 655 y ss.; Mascarenhas Gomes Monteiro, A. “L'expédition des affaires courantes”, *R. Pu.*, n.º 3, 1978, pp. 440 y ss.

períodos. En todos los supuestos hay una permanencia en funciones, pero la visión de su ámbito de actuación en ese tiempo no puede ser la misma. Son períodos que pueden no verse siempre de unos mismos parámetros, lo cual puede afectar la visión de ese campo de acción. Si bien es cierto que hay algunos elementos que en todos ellos se configuran de la misma manera (apuntemos, por ejemplo, la imposibilidad de disolver las cámaras en esos períodos), las circunstancias del cese condicionarán buena parte de su actuación.

Para terminar este apartado, cabe señalar que durante la permanencia en funciones más dilatada hasta la fecha (más de trescientos días tras las elecciones de diciembre de 2015) se adoptaron algunas decisiones ciertamente dudosas a nuestro juicio de enmarcarse en el ámbito de acción de un gobierno en ese estado, aunque lo cierto es que —más allá de la criticable posición del gobierno contraria a someterse al control parlamentario y que fue objeto de un conflicto entre órganos constitucionales⁷⁷— hubo bastante autocontención por parte del gobierno cesante. Entre esas decisiones discutibles se puede apuntar la concesión de una prórroga temporal de sesenta años a una compañía energética para continuar la explotación de una fábrica de celulosa. A lo llamativo del plazo de concesión se unió la ausencia de urgencia y el hecho de que en ese mismo mes el presidente del Gobierno en funciones renunció a presentarse a la investidura, siendo en ese momento más factible el cambio de orientación política, por más que finalmente y tras una nueva convocatoria electoral se produjo la continuidad de ese proyecto de gobierno. Junto a ello, debemos destacar que en esta misma permanencia en funciones y por causa de las limitaciones existentes respecto de la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado se reformó la Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera⁷⁸, para que cuando una decisión de la Unión Europea obligara a revisar los objetivos de estabilidad ya fijados, el gobierno en funciones estuviera habilitado para adoptar el Acuerdo correspondiente previsto por dicha ley, aunque sin incluir el límite de gasto no financiero.

7. OTRAS PERMANENCIAS EN FUNCIONES

Si hasta aquí nos hemos acercado a los problemas que puede suscitar la permanencia en funciones del gobierno, parece oportuno ahora, para tener un dibujo más completo de estos períodos y su naturaleza, terminar estas notas con algunas reflexiones sobre las diferencias que esta permanencia puede tener respecto de la de otros órganos constitucionales. Ello nos permitirá una

77 Contra la negativa a someterse al control parlamentario por parte del Gobierno, el Congreso de los Diputados interpuso un conflicto de atribuciones que fue resuelto por la STC 124/2018, del 14 de noviembre, que estimó el recurso, concluyendo lógicamente que el criterio del Gobierno de no someterse a control parlamentario vulneró la atribución conferida por el artículo 66.2 CE.

78 Ley Orgánica 1/2016, del 31 de octubre.

comparativa que creemos que pueden aportar elementos adicionales para la comprensión de estos períodos. De forma particular lo haremos respecto del Consejo General del Poder Judicial, órgano al que, durante su última y dilatada permanencia en funciones, se recortaron muy severamente sus competencias. A diferencia del gobierno o de las Cortes Generales respecto de los que el constituyente sí estableció algunas previsiones sobre su permanencia en funciones (*prorogatio* en el primer caso y articulación de diputaciones permanentes para garantizar la continuidad de la actividad parlamentaria en el segundo⁷⁹), nada se estableció en esta materia respecto del Consejo del Poder Judicial; tampoco respecto de otras instituciones como el Tribunal Constitucional o el Defensor del Pueblo. Para los dos primeros las leyes de desarrollo se decantaron por un sistema de *prorogatio*, mientras que para el último se optó por una sustitución interna por sus adjuntos tras el transcurso del mandato, caso de no haberse elegido sustituto.

En el caso concreto del Consejo General del Poder Judicial fue la Ley Orgánica 1/1980, del 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial la que incluyó una escueta mención, parecida a la del artículo 101 CE aunque en la práctica cabría señalar algunas diferencias por mor, al menos, de las limitaciones implícitas a un gobierno en funciones. Se estableció así allí que tras el plazo de cinco años de la constitución del Consejo y hasta la fecha de constitución del siguiente, el Consejo continuaría “en el ejercicio de sus funciones”. No se recogió limitación expresa alguna, por tanto. Una previsión similar se contempló un lustro después en la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, del 1.º de julio, aunque con una terminología mucho más cercana al artículo 101 CE relativo al gobierno: “El Consejo saliente continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Consejo”. Pero tampoco aquí se estableció limitación alguna y, en realidad, no parecía tener sentido incorporarla ya que las diferencias, por ejemplo, con la propia situación de un gobierno en ese estado serían muchas.

No obstante, no podemos perder de vista que tampoco en aquel momento había limitación alguna para los períodos de permanencia en funciones del gobierno. Como es bien sabido, hubo que esperar a la tardía Ley del Gobierno de 1997 para incluir un listado de limitaciones, de competencias tanto del presidente como del gobierno, unido a una previsión general de actuación delimitada a través de los conceptos de despacho ordinario de los asuntos públicos, urgencia y razones de interés general. Esta regulación no vino precedida, a diferencia de lo que sucedió con el Consejo desde 2018, de algún supuesto conflictivo de traspaso de poderes, más allá de que en los trasposos producidos hasta la fecha sí pudiera encontrarse alguna decisión del gobierno que se debatió si

79 Sobre este órgano parlamentario *vid.* Guillén López, E. *La continuidad parlamentaria: las diputaciones permanentes*, Madrid: Civitas, 2002.

debía haberse tomado en esos momentos de interinidad. Luego volveremos sobre ello y sobre las específicas limitaciones allí contenidas.

Fue durante la larga permanencia en funciones del Consejo que debía haber terminado mandato en 2018 cuando se planteó, y materializó, la posibilidad de establecer limitaciones durante ese período. Una previsión justificada en la idea de que hay competencias que no deben ejercitarse por el Consejo en funciones, sino que se entendía que debían corresponder al Consejo entrante; sea cual sea el momento en que ese traspaso se produzca, por supuesto. Es cierto que ya en algunas renovaciones de los vocales del Consejo General del Poder Judicial se habían producido ciertos retrasos (incluso de hasta de dos años en el caso del Consejo que debía haber sido renovado en 2006 y permaneció en funciones hasta 2008), pero lo acontecido en la última renovación resulta absolutamente incalificable. Debiendo haberse llevado a cabo ese nombramiento de los nuevos vocales en diciembre de 2018, no se materializó hasta julio de 2024; así, el Consejo permaneció en funciones, por tanto, más del doble tiempo de permanencia de lo que debiera ser su mandato ordinario. Cabe destacar que la propia Comisión Europea, en sus diferentes informes sobre el Estado de derecho, puso de manifiesto desde 2020 su honda preocupación por esa falta de renovación. Incluso en el Informe de 2023 recomendó a nuestro país que procediera con carácter prioritario a la renovación del Consejo, y que justo con posterioridad comenzara un proceso que permitiera “adaptar el nombramiento de sus vocales elegidos entre jueces y magistrados, teniendo en cuenta las normas europeas relativas a los consejos del poder judicial”⁸⁰.

Mas antes de entrar a apuntar las limitaciones que finalmente se impusieron a un Consejo en funciones, conviene apuntar que los retrasos en la renovación también han llevado a reflexionar sobre la posible forma de articular los mismos, y en concreto sobre la posibilidad de suprimir incluso el instituto de la *prorogatio*. Así lo defendió, por ejemplo, Santamaría Pastor, quien entendía que una supresión de este instituto para determinados órganos (nunca para el gobierno) podía tener más ventajas que inconvenientes. Ello porque, como destacaba, si bien “la situación óptima del sistema político y jurídico exige que la cobertura de los órganos constitucionales se lleve a cabo de forma regular y temporánea”, eso no impide señalar a su juicio que “es difícil afirmar, sin incurrir en catastrofismos artificiales, que la inactividad durante un plazo relativamente dilatado de alguno de estos órganos, por falta

80 Tras la renovación los miembros del nuevo Consejo trabajaron en una propuesta, pero no fue posible presentar una que tuviera un aval mayoritario, sino que se presentaron dos diferentes en febrero de 2025, una avalada por el denominado sector “conservador”, otra por el denominado sector “progresista”. Lamentablemente los intereses son muchos y las idas y venidas respecto de la forma de elección de los vocales que hemos ido viendo a lo largo de estos años no parece augurar, tampoco ahora, un panorama muy halagüeño. Sobre todo, cuando los principales partidos parecen tener como único norte la colonización de esta institución.

de cobertura de sus vacantes, supondría una quiebra del sistema o la aparición de turbulencias especiales en la vida del común de los ciudadanos (dejo siempre a un lado al gobierno como motor de la vida política, claro está)”⁸¹. En el caso de esos otros órganos (sus reflexiones se vinculaban esencialmente a las crisis generadas con ocasión de renovaciones en el Consejo General del Poder Judicial y en el Tribunal Constitucional, aunque extendiéndolo a otros órganos que también han optado por este instrumento), se decantaba por esa supresión, o al menos porque se procediera a un uso muy limitado, ya que a su juicio provocaba efectos perversos por la falta de interés que podía generar en la renovación al producirse esa continuidad por parte de algún/os partidos hasta que no se consiguiera una renovación entre afines, por la deslegitimación del órgano en su actuación, etc.⁸².

No es esta una propuesta que haya suscitado grandes apoyos, habiéndose reflexionado más sobre la oportunidad de limitar o no las competencias de estos órganos durante sus permanencias en funciones, y de manera más específica la del Consejo General del Poder Judicial, algo que se plasmó finalmente con la aprobación de la Ley Orgánica 4/2021, de 29 de marzo, al mismo tiempo que el Consejo estaba en funciones. Pretendía servir de estímulo, a juicio de sus promotores, para forzar al principal partido de la oposición a negociar la renovación ya que se acusaba al mismo del bloqueo por responder la conformación del Consejo a unas mayorías diferentes a las que ahora tenían las cámaras y que, no olvidemos, son las que eligen a los veinte vocales. Nada de esto se apuntaba, no obstante, en la exposición de motivos de la ley donde se destacaba que con esta regulación se salvaguardaban las facultades necesarias para garantizar el funcionamiento normal del Consejo, evitándose una parálisis en su funcionamiento. No se incluyó un listado de competencias que un Consejo en funciones no pudiera asumir, sino que se optó por hacer una relación detallada de las competencias que sí podía ejercer. De esta manera, se introdujo un nuevo artículo 570 bis para enumerar las atribuciones a las que debía ajustarse y limitarse en los casos en que no se hubiera producido la renovación en el plazo previsto. También se dispuso una previsión de cierre para garantizar el funcionamiento ordinario del órgano estableciendo que el Consejo en funciones puede realizar todas

81 Santamaría Pastor, J. A. “La *prorogatio* de los órganos constitucionales. Apuntes mínimos sobre un tema que no lo es”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 84, 2008, p. 15. Aguiar de Luque, por su parte, en el marco de dicho debate, propuso una eliminación de la *prorogatio* como criterio general para mantener a la totalidad de los integrantes del Consejo, articulándolo con exclusividad para el “Presidente y aquellos vocales (dos juristas y dos judiciales) que en el momento de la conclusión del mandato formaran parte de la Comisión Permanente”, aunque con competencias limitadas, “Una nueva reflexión sobre la *prorogatio* de los órganos constitucionales. Una discrepancia y algunas puntualizaciones a J. A. Santamaría”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 85, 2009.

82 *Ibidem*, pp. 19 y ss.

aquellas otras actuaciones que sean indispensables para ello. En ese listado no se incluían múltiples competencias, que a partir de ahora pasaban a no poder ejercitarse. Limitaciones amplísimas entre las que se incluía las de propuesta de nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo o de los dos magistrados del Tribunal Constitucional (esto sólo inicialmente, como luego veremos), o la interposición de un conflicto de atribuciones frente a otro órgano constitucional, por citar algunas de las más destacadas. La justificación de esa exclusión se hacía sobre la base de que estas competencias habían de corresponder legítimamente al Consejo entrante. La primera de las citadas terminó generando un gran problema de funcionamiento. Como botón de muestra, se llegó a apuntar que, sólo en 2023, esa falta de renovación podía concretarse en que no pudieran dictarse alrededor de dos mil sentencias. Esto es, que esa limitación competencial derivada de la situación de interinidad iba a generar más retrasos en una justicia que lamentablemente nos tiene ya acostumbrados a grandes dilaciones. Lo hemos podido ver recientemente en casos muy mediáticos que no tiene sentido traer a colación ahora. Una limitación que a nuestro juicio desvirtúa en buena medida el sentido de esos períodos de interinidad, por más que con posterioridad se aprobó otra reforma para volver a habilitar alguna de las competencias limitadas entonces, en concreto la propuesta de nombramiento de los dos magistrados del Tribunal Constitucional que le corresponden a este órgano⁸³, coincidiendo con el momento de renovación de la cuota de magistrados correspondientes al gobierno y al Consejo General del Poder Judicial. Es claro, como así se produjo, que ello supondría un cambio de mayorías en el Tribunal que tendría implicaciones importantes, en un momento en que iban a llegar al alto tribunal cuestiones ciertamente conflictivas y leyes muy emblemáticas. El argumento antes utilizado para la primera reforma se diluía ahora entre los intereses del ejecutivo respecto de esa prerrogativa.

Las limitaciones derivadas de reforma de 2021 fueron objeto de varios recursos de inconstitucionalidad que fueron desestimados⁸⁴; también habían sido alegados vicios formales en los que no entraremos pero que corrieron igual suerte. Consideró el Tribunal que el establecimiento de un estatuto para el Consejo General del Poder Judicial en funciones es una opción legítima del legislador, destacando que la Constitución nada se señala respecto de lo que acontece tras la finalización del mandato de los miembros del Consejo si no se ha procedido a su renovación. Por lo que hace referencia a esa limitación competencial el Tribunal entendió que las limitaciones establecidas no atentan la independencia judicial ni vulneran previsión constitucional alguna. De manera específica señaló en primer lugar, una evidencia, que no era otra que “el establecimiento de un régimen jurídico específico del Consejo General

83 Ley Orgánica 8/2022, del 27 de julio.

84 SSTC 128/2023, del 2 de octubre, y 15/2024, del 30 de enero.

del Poder Judicial en funciones no tiene otra finalidad que dar respuesta a una eventual anomalía: el incumplimiento del mandato constitucional de renovar cada cinco años los vocales del órgano de gobierno del Poder Judicial”. Sobre esa base determinó que debía reconocerse al legislador “la potestad normativa necesaria, no solo para desarrollar las funciones propias del Consejo, sino incluso para establecer un régimen excepcional aplicable transitoriamente una vez que expira el mandato constitucional de cinco años, única previsión clara e inequívoca del artículo 122.3 CE, sin que de ese reconocimiento se pueda derivar vulneración alguna de los artículos 122.2, 123.2 y 161.1.d CE, ni suponga atribuir facultades constituyentes al legislador”. No fue en absoluto una decisión unánime: Por el contrario, contó con votos particulares discrepantes, suscritos por cuatro de los once magistrados del Tribunal Constitucional. Se sostuvo en el mismo que debería haberse estimado el recurso por vulneración de esos tres artículos de la Constitución ya citados: 122, 123.2 y 161.1.d CE. Entendieron estos cuatro magistrados que la regulación contenida en dicha norma supone una clara “desnaturalización del órgano de gobierno del Poder Judicial cuando está en funciones, al privarle de las potestades esenciales atribuidas para el cumplimiento de su cometido constitucional, y por afectar a los principios de independencia judicial y separación de poderes”. Señalaron así que, por más que el Consejo General del Poder Judicial sea, recordando la STC 191/2016, de 15 de noviembre, “una institución parcialmente disciplinada en la Constitución” y por ello haya un “muy amplio margen o libertad de configuración”, éste se encuentra sujeto a ciertos límites. A su juicio, con dicha reforma se reducía al Consejo, durante estos períodos de interinidad, a mero órgano de gestión administrativa, impidiéndole “ejercer las funciones que tiene constitucionalmente atribuidas como garante de la independencia del Poder Judicial, de forma arbitraria y contradictoria con su naturaleza”. Sin discutir la posibilidad de arbitrar un Consejo General del Poder Judicial en funciones que pudiera “actuar de forma distinta a como lo haría un Consejo con vocales cuyo mandato no haya expirado”, los magistrados discrepantes resaltan que “no puede llegarse hasta el extremo de desvirtuar la naturaleza propia de este órgano, que debe seguir desempeñando las funciones básicas que se le atribuyen en el artículo 122 CE en relación con el funcionamiento del Poder Judicial, pues de lo contrario se frustraría durante un periodo determinado de tiempo, ya sea corto o ya sea largo, la función que le ha sido asignada por el constituyente, ejercer la salvaguarda de la independencia de dicho Poder del Estado”. En su argumentación discutirán también la posibilidad de abordar la reducción competencial del Consejo General del Poder Judicial conectándolo a la permanencia en funciones de otros órganos, como el gobierno, o a lo que ocurriría con la Diputación Permanente de Congreso y Senado: “Las competencias que corresponden al Consejo no pueden asimilarse a las que desempeñan ninguno de estos dos poderes, siendo el Consejo General del Poder Judicial un órgano que, como ya hemos visto, desempeña

una función de garantía de la independencia del Poder Judicial, por lo que no pertenece al ámbito de lo político, y tampoco comparte la naturaleza representativa de la que gozan las Cortes Generales”. Aunque personalmente nos parecen más convincentes los argumentos de la minoría, lo cierto es que el Tribunal desestimó, en su totalidad, los recursos planteado contra la Ley Orgánica 4/2021, de 29 de marzo, que estableció un régimen jurídico al Consejo General del Poder Judicial durante su permanencia en funciones. Un régimen que dejaba bastante limitado competencialmente al mismo. Incluso para poder interponer un conflicto de atribuciones frente a otros órganos constitucionales. Al hilo de esto, no está de más recordar aquí que en las SSTC 97/2018, de 19 de septiembre y 5/2019, de 17 de enero, se abordó precisamente si un presidente en funciones puede interponer recursos de inconstitucionalidad o es una competencia que debe limitarse en este período; con buen criterio el Tribunal Constitucional entendió que no se producía limitación alguna y lo hizo señalando que este recurso protege el interés general y la supremacía de la Constitución y no supone desarrollar programa político alguno. Por su parte, la recuperación puntual de una competencia para el Consejo General del Poder Judicial durante su permanencia en funciones (el nombramiento de los dos magistrados del Tribunal Constitucional) fue objeto también de un recurso de inconstitucionalidad que fue desestimado en su totalidad por la STC 139/2024, de 6 de noviembre.

Para finalizar estas notas conviene recordar que la continuidad en funciones del gobierno presenta elementos propios que lo diferencian del resto de órganos. La razón es sencilla: la disparidad de funciones y de criterios a utilizar en su actuación. Ni siquiera sería preciso hacer referencia detallada a la posibilidad de una renovación parcial y escalonada de aquel órgano o de cualquier otro –en contraposición al gobierno–, ya que la distinción material existente –derivada de esas funciones apuntadas– se produce con independencia de la misma.

REFERENCIAS

- AA. VV. *El parlamento fragmentado y la forma de gobierno*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2024.
- Abraham, H. J. *The Judicial Process. An introductory analysis of the Courts of the United States, England and France*, New York-Oxford: Oxford University Press, 1998.
- Aguiar de Luque, L. “La posición del gobierno cesante o en funciones en el ordenamiento constitucional español”, *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Garrorena Morales, A. (ed.), Madrid, Tecnos-Asamblea Regional de Murcia, 1990.
- Aguiar de Luque, L. “Una nueva reflexión sobre la *prorogatio* de los órganos constitucionales. Una discrepancia y algunas puntualizaciones a J. A. Santamaría”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 85, 2009.

- Álvarez Conde, E. “El Gobierno en funciones”, *Documentación Administrativa*, n.º 246/247, 1996-1997.
- Alzaga Villaamil, O. *Del consenso constituyente al conflicto permanente*, Trotta, Madrid, 2011.
- Amphoux, J. *Le Chancelier Federal dans le régime constitutionnel de la Republique Federale d’Allemagne*, LGDJ, Paris, 1962.
- Aragón Reyes, M. Gómez Montoro, A. (coords.) *El Gobierno. Problemas constitucionales*, CEPC, Madrid, 2005.
- Aranda Álvarez, E. (coord.). *Lecciones constitucionales de 314 días con el Gobierno en funciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- Birch Evans, B. *One heartbeat away: Presidential disability and succession*, Indiana: Bobbs-Merrill Company, 1968.
- Bouyssou, F. “L’introuvable notion d’affaires courantes. L’activité des gouvernements démissionnaires sous la Quatrième République”, *Revue Française de Science Politique*, xx, n.º 4, 1970.
- Brauer, C. M. *Presidential transitions*, Oxford University Press, N. York, 1986.
- Burke, J. P. *Presidential transitions: From politics to practice*. Lynne Rienner Publishers, Boulder, CO, 2000.
- Clinton, W. D. Lang, D.G. (eds.) *What makes a succesful transition?*, University Press of America, Lanham, 1993.
- Coli, U. “Sui limiti di durata delle magistrature romane”, *Studi in Onore di Vincenzo Arangio-Ruiz* (vol. iv), Editore Jovene, Napoli, 1953.
- Crisafulli, V. “Il governo tra nomina e fiducia”, *F. A.*, 1957.
- De Martino, F. *Storia della Costituzione Romana* (vol. II), Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1973.
- Delpérée, F. *Les crises de gouvernement*, Académie royale de Belgique, Bruselas, 2020.
- Díaz Fernández, A. “La creación del sistema provincial romano y su aplicación durante la República”, *La administración de las provincias en el Imperio romano*, Blázquez Martínez, J. M. y Ozcáriz Gil, P. (coords.), Dykinson, Madrid, 2013.
- Elia, L. *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, Giuffré, Milano, 1958.
- Feerick, J. D. *The Twenty-fifth Amendment. Its complete history and applications*, New York: Fordham University Press, 1992.
- García Fernández, J. et al. “Encuesta sobre el Gobierno en funciones”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 40, 2017.
- García Pelayo, M. *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid: Alianza Editorial, 1984.
- González Alonso, A. “El Gobierno en funciones”, Aragón Reyes, M. y Gómez Montoro, A. (coords.) *El Gobierno. Problemas constitucionales*, CEPC, Madrid, 2005.

- Guillén López, E. *El cese del Gobierno y el Gobierno en funciones en el ordenamiento constitucional español*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2002.
- Guillén López, E. *La continuidad parlamentaria: Las diputaciones permanentes*, Madrid: Civitas, 2002.
- Henry, L. L. *Presidential transitions*, Brookings Institution, Washington, 1960.
- Hobbes, *Leviatán*, 1651.
- Jellinek, W. *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägungen*, Scientia Verlag Aalen, 1964.
- Kumar, M. J. *Before the oath*, John Hopkins University Press, Baltimore, 2015.
- Locke, J. *The Second Treatise of Civil Government*, 1690.
- Marchick, D. Tippet, A. Wilson, A. J. *The peaceful transfer of power*, Virginia: UVA Press, 2022.
- Marini, F. S. *Il principio di continuità degli organi costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1997.
- Mascarenhas Gomes Monteiro, A. “L’expedition des affaires courantes”, *R. Pu.*, n.º 3, 1978.
- Montesquieu, *De l’esprit des lois*, 1748.
- Nelson, W. E. *Marbury v. Madison. The origins and legacy of judicial review*, Kansas: University Press, 2000.
- Parejo Alfonso, L. “La regulación del Gobierno y la Administración; continuidad y discontinuidad en la política de desarrollo constitucional en la materia”, *Documentación Administrativa*, n.º 246/247, 1997.
- Polo Toribio, G. “La prorogatio en la magistratura censoria”, *Revista General de Derecho Romano*, n.º 13, 2009.
- Revenge Sánchez, M. “El Gobierno en funciones”, *Gobierno y Administración en la Constitución* (vol. II), vv. AA. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, 1988.
- Reviriego Picón, F. *El Gobierno cesante o en funciones en el ordenamiento constitucional español*, BOE, Madrid 2003.
- Reviriego Picón, F. “La permanencia en funciones del Gobierno en la doctrina del Tribunal Supremo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 109, 2017.
- Romano, A. A. *La prorogatio negli organi costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1967.
- Rubio Llorente, F. “Los poderes del Estado”, *La forma del poder*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991.
- Sánchez Agesta, L. *Sistema político de la Constitución española de 1978* (7.ª ed. - 1.ª ed. 1980-), Edersa, Madrid, 1994.
- Santamaría Pastor, J.A. “La prorogatio de los órganos constitucionales. Apuntes mínimos sobre un tema que no lo es”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 84, 2008.

Satrústegui Gil-Delgado, M. *Análisis comparado de la sucesión gubernamental: los casos de Italia, Portugal y España*, tesis doctoral inédita, UCM, 1983.

Satrústegui Gil-Delgado, M. “Artículo 101. El cese del Gobierno y el Gobierno cesante”, *Comentarios a las Leyes Políticas*, Alzaga Villaamil, O. (dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985.

Schlesinger, A.M. *The age of Roosevelt. The coming of the New Deal*, Boston: Mariner Books, 1958.

Severini, F. “Proconsule”, *Nuovo digesto Italiano*, vol. x, Torino, 1939.

Tocqueville, A. *De la démocratie en Amérique* (I-VIII), Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1990.

Willoughby, W.W. *The Supreme Court of the United States. Its history in our constitutional system*, Baltimore: John Hopkins Press, 1890.