

**REVISTA JURÍDICA
DE LA
COMUNIDAD DE MADRID**

JUNIO DE 2023



Revista Jurídica
de la Comunidad de Madrid



**Comunidad
de Madrid**

CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA, JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN LOCAL
ABOGACÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Subdirección General de Asistencia Jurídica Convencional,
Asuntos Constitucionales y Estudios



Revista Jurídica
de la Comunidad de Madrid

Las opiniones expresadas por cada uno de los autores constituyen una manifestación de su derecho de libertad de expresión, sin pretender representar la posición institucional de la Comunidad de Madrid.

@ Comunidad de Madrid

Edita: Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid
Puerta del Sol, 7, 3ª planta – 28013 Madrid
Tel.: 91 580 42 86 – Fax: 91 580 42 69
E-mail: revjuridica@madrid.org

Junio de 2023

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

- JUNIO DE 2023 -

Contenido

1. DISPOSICIONES ESTATALES.....	4
2. DISPOSICIONES AUTONÓMICAS.....	7
3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	9
4. RESOLUCIONES JUDICIALES	12
4.1. Jurisdicción contencioso-administrativa	12
4.2. Jurisdicción social.....	13
5. OTRAS RESOLUCIONES	13
6. COMENTARIOS DOCTRINALES	16
6.1. Limitaciones del Gobierno en funciones en la Constitución y en la regulación estatal. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Regulación autonómica – Fernando Luque Regueiro (Letrado de la Comunidad de Madrid).....	16
6.2. La viabilidad de la acción civil de desahucio frente a ignorados ocupantes: una inversión, de hecho, de la carga de la prueba – Diego García Paz (Letrado de la Comunidad de Madrid).....	44
6.3. La gestión directa descentralizada – Cristina Recarte Llorens (Letrada de la Comunidad de Madrid).....	48
7. ANÁLISIS EN DETALLE: RDL 5/2023	54

1. DISPOSICIONES ESTATALES

- ***Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea:*** debido a la gran extensión de la norma – que cuenta con 226 artículos estructurados en cinco libros, además de 5 DA, 10 DT, 1 DD y 9 DF-, diversidad de su contenido –tocando cuestiones laborales, procesales, mercantiles, en materia de transportes, subvenciones, fundaciones, entidades financieras, tráfico, etc.- y relevancia de algunas de las novedades introducidas, será objeto de un análisis más detenido en el bloque séptimo de esta Revista (**BOE nº 154, de 29 de junio de 2023**).

- ***Real Decreto 369/2023, de 16 de mayo, por el que se regulan las servidumbres aeronáuticas de protección de la navegación aérea, y se modifica el Real Decreto 2591/1998, de 4 de diciembre, sobre la ordenación de los aeropuertos de interés general y su zona de servicio, en ejecución de lo dispuesto por el artículo 166 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social:*** sustituye y deroga el anterior Decreto 584/1972, de 24 de febrero, de Servidumbres Aeronáuticas –que ya había sido objeto de importantes modificaciones desde su promulgación-, con el objeto de actualizar y adaptar la regulación nacional a la normativa internacional y comunitaria en la materia. Consta de siete capítulos, respectivamente referidos a I. Disposiciones generales (en donde se realiza una nueva clasificación de las servidumbres aeronáuticas), II. Servidumbres de aeródromo, III. Servidumbres de instalaciones radioeléctricas aeronáuticas, IV. Servidumbres de limitación de actividades, V. Condiciones generales de protección de la navegación aérea, VI. Aprobación de las servidumbres aeronáuticas, y VII. Aplicación de las servidumbres aeronáuticas. Finalmente, profundiza en la flexibilización de los informes de la Dirección General de Aviación Civil en materia urbanística y de ordenación del territorio, mediante la modificación de la DA 2ª del RD 2591/1998 por la DF 1ª, en consonancia con las últimas modificaciones introducidas en la en la Ley 48/1960, de 21 de julio (**BOE nº 131, de 2 de junio de 2023**).

- ***Real Decreto 442/2023, de 13 de junio, por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, y por el que se traspone parcialmente la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades:*** su art. único introduce un nuevo art. 94 bis en el RRM, sobre la asignación a las sociedades de capital y a las sucursales de sociedades de otros Estados miembros un identificador único europeo (EUID) que permita identificarlas inequívocamente en las comunicaciones entre los registros, al tiempo que modifica el Título II del RRM, introduciendo unos nuevos arts. 308 bis a 308 septies –y una nueva DF 7ª en materia de tasas cobradas por acceder a los documentos e información a que se refieren estos-, para adaptar el ordenamiento interno a la Directiva (UE) 2019/1151 en lo

que se refiere a interconexión de registros, constitución en línea y registro de sucursales, completando así la transposición realizada por la Ley 11/2023, de 8 de mayo (**BOE nº 141, de 14 de junio de 2023**).

- ***Real Decreto 443/2023, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrollan las exenciones fiscales relativas a las Fuerzas Armadas de los Estados miembros de la Unión Europea afectadas a un esfuerzo de defensa en el ámbito de la política común de seguridad y defensa y se establece el procedimiento para su aplicación, y por el que se modifica el Reglamento de los Impuestos Especiales, aprobado por el Real Decreto 1165/1995, de 7 de julio***: desarrolla las exenciones fiscales previstas en las leyes del IVA e Impuestos Especiales para las importaciones, entregas, adquisiciones intracomunitarias de bienes y prestaciones de servicios por las fuerzas armadas de cualquier Estado miembro distinto de España, destinadas al uso de dichas fuerzas o del personal civil a su servicio, siempre que estén afectadas a un esfuerzo de defensa realizado para llevar a cabo una actividad de la Unión en el ámbito de la política común de seguridad y defensa. Por su parte, la modificación del Reglamento de los Impuestos Especiales únicamente afecta a la adición de un art. 57 ter, relativo a la autocertificación de los pequeños productores independientes de bebidas alcohólicas para poder beneficiarse de la aplicación de los tipos impositivos reducidos fijados en otros Estados miembros (**BOE nº 141, de 14 de junio de 2023**).

- ***Real Decreto 444/2023, de 13 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 1106/2020, de 15 de diciembre, por el que se regula el Estatuto de los consumidores electrointensivos***: adapta el procedimiento de certificación como consumidor electrointensivo y el mecanismo de compensación de cargos a los consumidores electrointensivos a las nuevas «Directrices sobre ayudas estatales en materia de clima, protección del medio ambiente y energía 2022» (Comunicación de la Comisión 2022/C 80/01). Asimismo, amplía su ámbito de aplicación, anteriormente limitado a las industrias manufactureras, también a las industrias extractivas (**BOE nº 141, de 14 de junio de 2023**).

- ***Real Decreto 445/2023, de 13 de junio, por el que se modifican los anexos I, II y III de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental***: modifica los anexos I, II y III de la Ley 21/2013, que regulan los proyectos sometidos a la evaluación ambiental ordinaria y simplificada, respectivamente, a fin de garantizar una adecuada transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2011/92/UE. En particular, se revisan los umbrales de los proyectos determinantes de la aplicación de cada uno de los anteriores procedimientos (anexos I y II) y se incluyen en el anexo III unos criterios generales para la aplicación de la evaluación de impacto ambiental simplificada a determinados proyectos que, aun estando por debajo de los umbrales regulados en el anexo II, se encuentren situados en zonas de especial sensibilidad ambiental o afecten de manera especial al medio hídrico (**BOE nº 141, de 14 de junio de 2023**).

- ***Real Decreto 446/2023, de 13 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación, para la indexación de los precios voluntarios para el pequeño***

consumidor de energía eléctrica a señales a plazo y reducción de su volatilidad (BOE nº 141, de 14 de junio de 2023).

- ***Real Decreto 448/2023, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios**: el registro tiene por objeto la inscripción de las asociaciones de consumidores y usuarios, así como de las federaciones, confederaciones y uniones de consumidores y usuarios de ámbito estatal, que cumplan con los requisitos exigidos en su art. 9. El reglamento regula la estructura y funcionamiento del registro, los requisitos y procedimiento de inscripción y sus relaciones con los restantes registros de asociaciones y demás órganos de la Administración. De conformidad con su art. 21, los efectos de la inscripción registral consistirán en permitir a la asociación utilizar los términos consumidor o usuario, la denominación de asociación de consumidores y usuarios o cualquier otra expresión similar, en el sentido del art. 25 del TRLGDCU, otorgando a las asociaciones inscritas los derechos previstos en el art. 37 de dicho texto refundido (BOE nº 141, de 14 de junio de 2023).*

- ***Real Decreto 524/2023, de 20 de junio, por el que se aprueba la Norma Básica de Protección Civil**: se dicta en desarrollo de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, que contempla, como segundo instrumento normativo del sistema, una Norma Básica a la que encomienda el establecimiento de las directrices básicas para la identificación de riesgos de emergencias y las actuaciones para su gestión integral, así como el contenido mínimo y los criterios generales para la elaboración de los planes de protección civil, su aprobación y registro, y el desarrollo por los órganos competentes de las actividades de implantación necesarias para su adecuada efectividad. Su DD única deroga la Norma Básica de 1992, dictada al amparo de la anterior Ley 2/1985, de 21 de enero, así como diversas directrices y planes en la materia (BOE nº 147, de 21 de junio de 2023).*

- ***Real Decreto 525/2023, de 20 de junio, por el que se modifican el Real Decreto 929/1995, de 9 de junio, por el que se aprueba el Reglamento técnico de control y certificación de plantas de vivero de frutales, y el Real Decreto 200/2000, de 11 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento técnico de control de la producción y comercialización de los materiales de reproducción de las plantas ornamentales**: incorpora al ordenamiento interno la Directiva de Ejecución (UE) 2022/2438 de la Comisión, de 12 de diciembre de 2022, introduciendo numerosos cambios en la materia (BOE nº 147, de 21 de junio de 2023).*

- ***Real Decreto 526/2023, de 20 de junio, por el que se modifican el Real Decreto 550/2014, de 27 de junio, por el que se desarrollan los requisitos y el procedimiento para el reconocimiento de las Entidades Asociativas Prioritarias y para su inscripción y baja en el Registro Nacional de Entidades Asociativas Prioritarias, previsto en la Ley 13/2013, de 2 de agosto, de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario; y el Real Decreto 1338/2018, de 29 de octubre, por el que se regula el potencial de producción vitícola**: por un lado, persigue adaptar la regulación reglamentaria de las entidades asociativas prioritarias (EAP) contenida en el RD 550/2014 a las modificaciones introducidas en la Ley 13/2013, de 2 de agosto, por la Ley 30/2022, de 23 de diciembre, y, por otro, introduce dos cambios*

puntuales en el RD 1338/2018, con el fin de introducir una excepción para las explotaciones de titularidad compartida sobre la prohibición de hacer un cambio de titularidad de la plantación y de adecuar el listado de variedades autorizadas en Andalucía, Cataluña y la Comunidad Foral de Navarra para incorporar variedades solicitadas por dichas comunidades autónomas (**BOE nº 147, de 21 de junio de 2023**).

- ***Orden HFP/583/2023, de 7 de junio, por la que se eleva a 50.000 euros el límite exento de la obligación de aportar garantías en las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento de deudas derivadas de tributos cedidos cuya gestión recaudatoria corresponde a las comunidades autónomas:*** eleva el anterior límite fijado por la Orden HAP/347/2016, de 30.000 euros, hasta los 50.000 euros, armonizando este con el señalado para las deudas de derecho público gestionadas por la AEAT y por los órganos y organismos de la Hacienda Pública Estatal por la Orden HFP/311/2023 (**BOE nº 138, de 10 de junio de 2023**).

- ***Orden HFP/587/2023, de 9 de junio, por la que se aprueba el modelo 718 «Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas», se determina el lugar, forma y plazos de su presentación, las condiciones y el procedimiento para su presentación:*** además de aprobarse el modelo de declaración, se concreta, en desarrollo de la habilitación contenida en los apartados 18 y 20 del art. 3 de la Ley 38/2022, de 27 de diciembre, que esta deberá presentarse de forma obligatoria por vía electrónica a través de internet en el periodo comprendido entre los días 1 y 31 de julio del año siguiente a la fecha de devengo del impuesto (**BOE nº 139, de 12 de junio de 2023**).

- ***Resolución de 9 de junio de 2023, de la Secretaría General de Financiación Autonómica y Local, por la que se regula el procedimiento de compensación de la exención en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles de naturaleza rústica para el ejercicio 2023, prevista en el artículo 12 del Real Decreto-ley 4/2023, de 11 de mayo (BOE nº 141, de 14 de junio de 2023).***

2. DISPOSICIONES AUTONÓMICAS

- ***Decreto 38/2023, de 23 de junio, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid, por el que se establece el número y denominación de las Consejerías de la Comunidad de Madrid:*** la Administración autonómica pasa a estar organizada en las siguientes nueve consejerías: 1. Presidencia, Justicia y Administración Local, 2. Economía, Hacienda y Empleo, 3. Digitalización, 4. Educación, Ciencia y Universidades, 5. Vivienda, Transportes e Infraestructuras, 6. Sanidad, 7. Medio Ambiente, Agricultura e Interior, 8. Familia, Juventud y Asuntos Sociales, y 9. Cultura, Turismo y Deporte. La DA 3ª declara expresamente vigentes las delegaciones de competencias efectuadas con anterioridad hasta que sean expresamente revocadas o nuevamente otorgadas (**BOCM nº 150, de 26 de junio de 2023**).

- ***Orden 1868/2023, de 9 de junio, de la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Agricultura, por la que se fijan las limitaciones y épocas hábiles de caza que regirán durante la temporada 2023-2024:*** en observancia de lo dispuesto en el Título IV

de la Ley de Caza de 4 de abril de 1970, se concretan, para la temporada de caza 2023-2024 (que finalizará el 31 de marzo de 2024), las especies cinegéticas objeto de caza tanto menor como mayor, los periodos hábiles al efecto y las normas reguladoras de su ejercicio (**BOCM nº 145, de 20 de junio de 2023**).

- **Orden 1952/2023, de 2 de junio, del Vicepresidente, Consejero de Educación y Universidades, por la que se establece el calendario escolar para el curso 2023/2024 en los centros educativos no universitarios sostenidos con fondos públicos de la Comunidad de Madrid**: en cumplimiento de lo previsto en la DA 5ª de la LO 2/206, se establece el calendario escolar para el curso 2023/2024 en los centros sostenidos con fondos públicos que impartan enseñanzas de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Especial, Educación Secundaria Obligatoria, Bachillerato, Formación Profesional, Enseñanzas de Régimen Especial y Educación de Personas Adultas en la Comunidad de Madrid (**BOCM nº 138, de 12 de junio de 2023**).

- **Orden 2034/2023, de 9 de junio, de la Vicepresidencia, Consejería de Educación y Universidades, por la que se regula la ordenación y organización de la oferta específica del Bachillerato para las personas adultas en la Comunidad de Madrid**: de aplicación tanto a los centros docentes públicos como privados de la Comunidad de Madrid expresamente autorizados al efecto que impartan la oferta específica del bachillerato para personas adultas, tiene por objeto regular la ordenación de la misma, que se desarrollará a través de la enseñanza semipresencial y la educación a distancia (**BOCM nº 144, de 19 de junio de 2023**).

- **Orden 2063/2023, de 11 de junio, de la Vicepresidencia, Consejería de Educación y Universidades, por la que se modifica la Orden 3616/2019, de 5 de diciembre, del Consejero de Educación y Juventud, por la que desarrolla el Decreto 168/2018, de 11 de diciembre, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento del Programa Accede, sistema de préstamo de los libros de texto y el material curricular de la Comunidad de Madrid y se regulan las cuantías económicas para el curso 2023-2024 en el Programa Accede**: mediante dicha modificación se determina el nuevo calendario de renovación de los libros de texto y material curricular para los próximos cuatro cursos escolares y se cuantifican los importes que registrarán durante 2023 para la financiación de los libros de texto y material curricular, en el marco de la Ley 7/2017, de 27 de junio, de Gratuidad de los Libros de Texto y el Material Curricular de la Comunidad de Madrid, y su reglamento de desarrollo (**BOCM nº 141, de 15 de junio de 2023**).

- **Orden 2067/2023, de 11 de junio, de la Vicepresidencia, Consejería de Educación y Universidades, por la que se regulan determinados aspectos de organización, funcionamiento y evaluación en el Bachillerato**: desarrolla determinados aspectos de la regulación del bachillerato contenida en el Real Decreto 243/2022 y en los decretos autonómicos 64/2022 y 23/2023, concretando cuestiones relacionadas con la organización de las enseñanzas, la atención a las diferencias individuales del alumnado, la evaluación y los procedimientos para la solicitud y reconocimiento de las convalidaciones y exenciones establecidas en la normativa básica (**BOCM nº 146, de 21 de junio de 2023**).

3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- *Interrupción voluntaria del embarazo (aborto)*: la **sentencia nº 44/2023, de 9 de mayo, del Pleno del Tribunal Constitucional**, ha desestimado el **recurso de inconstitucionalidad 4523-2010**, interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Trece años después de su interposición, el Tribunal ha rechazado los ocho motivos de impugnación formulados, estructurados en dos bloques, en los que, entre otros aspectos, se alegó la lesión del art. 15 CE en la interpretación realizada por la STC 53/1985, por inadecuada ponderación de los bienes constitucionales en conflicto, ante la desprotección de la vida del *nasciturus*; la regulación del consentimiento de las mujeres mayores de dieciséis y menores de dieciocho años por infracción de los arts. 27.3 y 39.1 y 4 CE; la regulación de la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios por vulneración de los arts. 16.1 y 2, y 18.1 CE, y la imposición de la perspectiva de género en la enseñanza e investigación en materia de salud sexual y reproductiva, que quebrantaría los principios, valores y derechos constitucionales que protegen la libertad ideológica, de conciencia y de enseñanza. Debe tenerse en cuenta que, debido a la extraordinaria dilación en la resolución del recurso, la ley orgánica impugnada ha sido modificada en dos ocasiones desde la interposición de aquel, en virtud de las leyes orgánicas 11/2015, de 21 de septiembre, y 1/2023, de 28 de febrero, determinando la primera la pérdida sobrevenida de objeto de algunos de los motivos planteados, mientras que la segunda no produce dicha afectación, ya que el recurso fue objeto de deliberación plenaria con anterioridad a su promulgación, los días 8 y 9 de febrero de 2023, y el alcance material de los cambios introducidos hace que perviva el interés constitucional en el enjuiciamiento de los motivos de inconstitucionalidad incluidos en la demanda. Como cuestión previa, en el FJ 2.C) se afirma a propósito de la STC 53/1985 que *“Ni la citada sentencia ni ninguna otra constituyen parámetro de control de constitucionalidad para el Tribunal, que, en virtud de lo dispuesto en el art. 1.1 LOTC, «está sometido solo a la Constitución y a la presente ley orgánica»”,* advirtiendo que el contexto jurídico y social entre aquel recurso y el presente no resultan equiparables. En cuanto al fondo, parte de la premisa de que *“la decisión de la mujer de interrumpir su embarazo se encuentra amparada en el art. 10.1 CE, que consagra «la dignidad de la persona» y el «libre desarrollo de la personalidad», y en el art. 15 CE, que garantiza el derecho fundamental a la integridad física y moral. Ahora bien, como ningún derecho tiene carácter absoluto, pues su ejercicio se encuentra limitado por los otros derechos o bienes constitucionales con los que pueda entrar en conflicto, y la interrupción voluntaria del embarazo puede llegar a colisionar en algún momento con la vida prenatal, que, según ha afirmado el Tribunal, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 CE (STC 53/1985, FFJJ 5 y 7), para determinar si los preceptos impugnados son o no conformes con la Constitución hay que examinar si las normas recurridas responden a una correcta ponderación entre los derechos constitucionales de la mujer embarazada y el deber del Estado de proteger la vida prenatal”* (FJ 3, examinando con mayor profundidad el alcance de la protección constitucional al feto en su apartado C). Partiendo de tales premisas, el FJ 4 considera que el modelo de plazos previsto en la ley orgánica constituye un sistema de *“tutela gradual”* de la vida del *nasciturus* o, en otras palabras, de limitación gradual de los derechos constitucionales de la mujer en aras de proteger la vida prenatal, declarado conforme con el Convenio europeo

de derechos humanos por la Comisión Europea de Derechos Humanos en su decisión de 19 de mayo de 1992 (asunto 17004/90) y que se corresponde con el adoptado por la práctica totalidad de los Estados integrantes del Consejo de Europa, considerándolo asimismo el TC conforme con nuestro texto constitucional. A partir de ahí, los FJ 5 a 10 entran al examen de cada uno de los concretos preceptos impugnados, concluyendo con la desestimación íntegra del recurso en todo lo no declarado extinguido por pérdida sobrevenida de objeto. En particular, el FJ 9 rechaza la vulneración del derecho a la objeción de conciencia por el art. 19.2 de la ley, al considerar que las restricciones impuestas resultan razonables, proporcionadas y justificadas por razones organizativas, disponiendo el legislador de una libertad de configuración dentro de los límites impuestos por la Constitución, además de afirmar que *“la objeción de conciencia, en tanto que excepción a una obligación legal y en consecuencia de carácter excepcional, debe ser objeto de una interpretación estricta”*. Finalmente, el FJ 10 rechaza que la introducción de la perspectiva de género en la formación de profesionales constituya adoctrinamiento, con cita de diversos acuerdos y normas internacionales y nacionales, señalando que *“La educación, tanto pública como privada, que la Constitución sitúa bajo el control de los poderes públicos (art. 27.8 CE) no es mera transmisión de conocimientos, es también formación humana (art. 27.2 CE). La Constitución toma partido por ciertos valores, que son precisamente los de respeto a los «principios democráticos de convivencia» (art. 27.2 CE), entre los que se encuentra el principio de igualdad (art. 1.1 CE), que deben ser objeto de transmisión conforme al art. 27.2 CE previamente citado. De este modo, la educación en igualdad y perspectiva de género es, también, educación en derechos humanos y en uno de los principios básicos del sistema de valores que sustentan nuestra Constitución y nuestra democracia”*. La sentencia cuenta con el voto particular discrepante de cuatro magistrados y el voto particular concurrente de otra magistrada (**BOE nº 139, de 12 de junio de 2022**).

- Educación: la **sentencia nº 49/2023, de 10 de mayo, del Pleno del Tribunal Constitucional**, ha desestimado el **recurso de inconstitucionalidad 1828-2021**, interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación. La sentencia reitera en gran medida la doctrina sentada en su anterior y reciente STC 34/2023, de la que nos hicimos eco en la Revista Jurídica del mes de mayo de 2023; así lo hace en lo que respecta a la enseñanza de religión, la escolarización del alumnado con necesidades especiales, la programación de la enseñanza, la prohibición de educación diferenciada por sexos o el derecho a recibir enseñanza en castellano. El recurso también introduce otros motivos de impugnación adicionales –como el uso de la terminología de lengua «propia» en lugar de «cooficial» para referirse a las lenguas oficiales en determinadas CCAA, la organización de actividades complementarias por los centros, la designación de los docentes de religión o el deber de cooperación municipal en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes, que pasaría a quedar limitado únicamente a los centros públicos-, que son igualmente desestimados. Finalmente, rechaza la existencia de vicios procedimentales en el procedimiento de elaboración y aprobación de la norma. Cuenta con el voto particular discrepante de cuatro magistrados y el voto particular concurrente de otra magistrada (**BOE nº 139, de 12 de junio de 2022**).

- *Prevalencia de la competencia en materia de puertos de interés general frente a urbanismo y ordenación del territorio*: la **sentencia nº 63/2023, de 24 de mayo, del Pleno del Tribunal Constitucional**, ha estimado el **recurso de inconstitucionalidad 6440-2022**, interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con el art. 173 de la Ley de las Cortes Valencianas 7/2021, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat 2022, por el que se añade un apartado 6 al art. 7 del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio. Considera que la competencia exclusiva en materia de puertos de interés general que le atribuye al Estado el art. 149.1.20ª CE debe prevalecer sobre las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio y protección del medio ambiente, previstas en los arts. 49.1.9 y 50.6 EAV, declarando inconstitucional la previsión de aplicación a los puertos de interés general de titularidad estatal del precepto legal que establece un régimen de distancias mínimas para determinadas actividades económicas que impliquen riesgos para la salud o manipulación de sustancias peligrosas. Atendiendo al art. 69 del TR de la Ley de Puertos del Estado, es la Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios (DEUP) el instrumento de ordenación portuaria que tiene por objeto la delimitación de los usos previstos para cada una de las diferentes áreas en las que se divida la zona de servicio del puerto, que no vacía, pero sí condiciona, el ejercicio de las competencias urbanísticas autonómicas, concluyendo que *“El interés general que subyace tanto en la atribución competencial estatal, como en la justificación de la modulación del alcance del contenido de las competencias sobre ordenación del territorio y urbanismo, conduce a considerar prevalente el interés del Estado en relación con la determinación de los usos en materia de puertos de interés general”* (BOE nº 150, de 24 de junio de 2022).

Adicionalmente, durante este periodo se han admitido a trámite, entre otros, los siguientes procedimientos de inconstitucionalidad:

- Recurso de inconstitucionalidad 3133-2023, promovido por el Presidente del Gobierno, contra la DA 2ª de la Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid 1/2023, de 15 de febrero, de creación de la Agencia Madrileña para el Apoyo a las Personas Adultas con Discapacidad. Con invocación del art. 161.2 CE, lo que produce la suspensión de la vigencia y aplicación del precepto impugnado desde la fecha de interposición del recurso.
- Recurso de inconstitucionalidad 3630-2023, promovido por cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.
- Recurso de inconstitucionalidad 3679-2023, promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso contra los arts. 19.2; 43.1 y 2, 44.3 y 9, 47, primer párrafo, y 79.3.b), 4.e) y 4.f) de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Dicho recurso se suma al 2428-2023, promovido

por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox, en relación con diversos preceptos de esta misma norma y admitido a trámite el mes anterior.

- Cuestión de inconstitucionalidad 3263-2023, planteada por la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en relación con el art. 2.2 del Decreto-ley del Gobierno de las Islas Baleares 1/2019, de 22 de febrero, de medidas urgentes sobre la explotación y el control de la actividad de alquiler de vehículos con conductor y otras medidas en materia de transportes terrestres.

En otro orden de cuestiones, se han publicado a lo largo de este mes dos acuerdos de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad de Madrid, alcanzados al amparo de lo previsto en el art. 33.2 LOTC, para evitar la interposición de recurso de inconstitucionalidad en relación con las siguientes normas:

- Arts. 5 y 10 de la Ley 11/2022, de 21 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad Económica y la Modernización de la Administración de la Comunidad de Madrid (BOCM nº 148, de 23 de junio de 2023).
- Arts. 2.1, 35.3.b) y DA 1ª de la Ley 12/2022, de 21 de diciembre, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid (BOCM nº 142, de 16 de junio de 2023).

Finalmente, se ha acordado el inicio de negociaciones, en el seno de la referida Comisión Bilateral, para tratar de resolver las discrepancias manifestadas en relación con el art. 112 de la Ley 2/2023, de 24 de febrero, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid (BOCM nº 132, de 5 de junio de 2023).

4. RESOLUCIONES JUDICIALES

4.1. Jurisdicción contencioso-administrativa

- *Nulidad del art. 162.2º.e) del Reglamento de Extranjería*: la **sentencia nº 731/2023, de 5 de junio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo**, dictada en el **recurso de casación 1843/2022**, ha declarado la nulidad del art. 162.2º.e) del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que contemplaba como causa de extinción de la autorización de residencia temporal de ciudadanos extranjeros en España la consistente en la permanencia fuera del país durante más de seis meses en el periodo de un año, por falta de rango normativo al amparo del art. 47.2 de la Ley 39/2015, en la medida en que, tratándose de una disposición que limita el derecho fundamental a la libre circulación de los ciudadanos extranjeros, su regulación debería haberse realizado por norma con rango de ley orgánica.

- *Responsabilidad patrimonial y resoluciones de la ONU*: la **sentencia nº 786/2023, de 13 de junio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo**, dictada en el **recurso de casación 5269/2022**, ha declarado que *“las decisiones del Comité contra la Tortura de Naciones Unidas que concluyen en la lesión de un derecho*

reconocido en el Pacto y por ello en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, no pueden considerarse que vinculan a la Administración ni a los órganos jurisdiccionales españoles a los efectos de constituir prueba suficiente y bastante de la procedencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues para que haya lugar a la responsabilidad patrimonial han de examinarse, en todo caso, los requisitos propios de esta institución a cuya concurrencia se anuda esa responsabilidad patrimonial”, anulando con ello la indemnización que fue concedida a una mujer por las lesiones que presentó tras una detención policial. Cuenta con el voto particular de dos magistrados que, coincidiendo en las citadas resoluciones no tienen, por sí solas, carácter vinculante, consideran que, en el supuesto examinado, debió mantenerse la indemnización atendiendo a los hechos del caso, con independencia de la calificación penal de los mismos, pues “No podemos aceptar que una persona detenida sufra lesiones de las que, además, no sea atendida médicamente mientras permanece privada de libertad, cualquiera que fuere la causa de las mismas (...). Así lo imponen las razones objetivas derivadas de estar la recurrente bajo custodia policial y la falta de una explicación por parte de la Administración del origen de la lesión”.

- **Suspensión cautelar de la clausura de un tramo ferroviario: el auto de 26 de junio de 2023, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo**, dictado en el **recurso de casación 340/2023**, ha concedido la medida cautelar de suspensión de la clausura del tramo ferroviario comprendido entre las estaciones de Utiel (Valencia) y Tarancón (Cuenca), solicitada por diversos ayuntamientos afectados, al entender que la ejecución del acuerdo del Consejo de Ministros que acordó el cierre podría ocasionar perjuicios de difícil reparación, toda vez que “*podría implicar el desmantelamiento de la infraestructura ferroviaria controvertida que transcurre por los términos municipales de los Ayuntamientos recurrentes, dificultando en el futuro que pudieran retomarse las operaciones ferroviarias*”.

4.2. Jurisdicción social

- **Trastorno depresivo mayor como causa de incapacidad permanente: la sentencia nº 376/2023, de 1 de junio, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid**, dictada en el **recurso de suplicación 243/2023**, reitera su rechazo a que el trastorno depresivo mayor pueda constituir causa para la concesión de la gran invalidez e, igualmente, niega que pueda serlo de incapacidad permanente en el caso examinado, toda vez que “*la calificación de depresión mayor se refiere a la cronicidad y permanencia del síndrome depresivo, que no a la gravedad y afectación funcional real que origina en quien lo padece, por lo que su mera existencia no es suficiente para reconocer una situación de incapacidad permanente absoluta si no viene acompañada de una calificación de su especial e intensa gravedad*”.

5. OTRAS RESOLUCIONES

- **Instrucción 5/2023, de 8 de junio, de la Junta Electoral Central, sobre la interpretación del artículo 73.3 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, en lo que se refiere a la exigencia de la identificación personal del elector en la entrega de la**

documentación del voto por correspondencia en las oficinas de Correos: ante los indicios de uso fraudulento del voto por correo en diferentes localidades durante las pasadas elecciones autonómicas y municipales de 28 de mayo de 2023, la JEC modifica su anterior interpretación del art. 73.3 LOREG y pasa a establecer la obligación de identificarse en la entrega personal por el elector de la documentación electoral en las oficinas de Correos, o bien de otorgar una autorización para que la entrega sea realizada por otra persona en su nombre, que deberá ser firmada por el elector y acompañarse de fotocopia de su documento nacional de identidad, pasaporte u otro documento oficial identificativo. Asimismo, se declara la invalidez del voto por correo recogido en buzones y el deber del personal de Correos de depositarlo en la Junta Electoral de Zona correspondiente, en lugar de proceder a su envío a la mesa electoral destinataria (**BOE nº 137, de 9 de junio de 2023**).

- ***Instrucción 7/2023, de 28 de junio, de la Junta Electoral Central, de modificación de su Instrucción 6/2011, de 28 de abril, sobre interpretación del artículo 27.3 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, sobre impedimentos y excusas justificadas para los cargos de Presidente y Vocal de las Mesas electorales***: las modificaciones afectan al punto 4 del apartado primero, a la causa 5ª del punto 1 y a la causa 3ª del punto 2 del apartado segundo, y a las causas 1ª y 2ª del punto 1 del apartado 3, incluyéndose un texto consolidado de la instrucción como anexo. La modificación no contempla o afecta como excusa a la contratación de vacaciones con anterioridad a la convocatoria electoral que, sin embargo, y únicamente a efectos de las elecciones generales que se celebrarán el 23 de julio de 2023, sí podrá ser valorada en aplicación del Acuerdo 329/2023, de 8 de junio, de la Junta Electoral Central (**BOE nº 154, de 29 de junio de 2023**).

- ***Circular 1/2023, de 26 de junio, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre la aplicación del artículo 66.1.b) de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones***: pasa a impedir la realización de llamadas comerciales a números generados de forma aleatoria sin el consentimiento previo del usuario, que deberá haber sido prestado de acuerdo con las previsiones del Reglamento (UE) 2016/679 y de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre (**BOE nº 153, de 28 de junio de 2023**).

- ***Resolución de 29 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo, sobre registro, depósito y publicación del III Acuerdo sobre el Reglamento de Funcionamiento del Sistema de Solución Autónoma de Conflictos Laborales y del Instituto Regional de Mediación y Arbitraje de la Comunidad de Madrid***: el reglamento se divide en dos títulos, regulándose en el primero de ellos el régimen de organización y funcionamiento del IRMA y en el segundo los procedimientos de solución de conflictos, en el que se distinguen los procedimientos de mediación (cap. II) del procedimiento de arbitraje (cap. III) (**BOCM nº 136, de 9 de junio de 2023**).

- ***Resolución de 12 de junio de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se regulan, en el ámbito de la Comunidad de Madrid, los permisos retribuidos de las personas trabajadoras por cuenta ajena a fin de que puedan ejercer sus derechos electorales en las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado convocadas para el día 23 de julio de 2023***: se regulan los permisos tanto para los trabajadores que participen

como electores (resuelvo segundo) como para quienes tengan la condición de miembros de las mesas electorales, interventores o apoderados (resuelvo tercero), sin que dichos permisos puedan suponer merma de la retribución *ex art. 37.3.d) ET (BOCM nº 144, de 19 de junio de 2023)*.

- ***Resolución de 8 de junio de 2023, de la Directora General de Comercio y Consumo, por la que se proponen las entidades que formarán parte del Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid, en representación de las organizaciones de consumidores, empresariales y sindicales (BOCM nº 145, de 20 de junio de 2023).***

- ***Resolución de 19 de junio de 2023, de la Dirección General de Transportes y Movilidad de la Consejería de Transportes e Infraestructuras, por la que se da la conformidad a la adhesión de nuevos municipios al Área de Prestación Conjunta de los Servicios de Transporte de Viajeros en Automóviles de Turismo Sierra Norte de Madrid: se incorporan los municipios de El Atazar, Bustarviejo, Cabanillas de la Sierra, Navalafuente, Patones, Torremocha del Jarama, Valdemanco, Venturada y Redueña (BOCM nº 154, de 30 de junio de 2023).***

- ***Resolución de 28 de junio de 2023, del Director General de Agricultura, Ganadería y Alimentación, de la Consejería de Medio Ambiente, Agricultura e Interior, por la que se establece la flexibilización de los requisitos exigibles para la percepción de ayudas directas de la Política Agraria Común, como consecuencia de la sequía, para la campaña 2023: dictado al amparo de la cobertura dada por el art. 14 del RDL 4/2023, adopta de manera excepcional para la campaña 2023 las flexibilizaciones previstas en su resuelvo segundo, de aplicación a todo el territorio autonómico (BOCM nº 154, de 30 de junio de 2023).***

6. COMENTARIOS DOCTRINALES

6.1. Limitaciones del Gobierno en funciones en la Constitución y en la regulación estatal. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Regulación autonómica – *Fernando Luque Regueiro (Letrado de la Comunidad de Madrid)*¹

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

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

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

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

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

El artículo 101.2 de la Constitución se cuida de imponer al Gobierno cesante el deber de continuar en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno. Nos situamos “*ante una exigencia constitucional bien explícita: el Gobierno cesante debe seguir gobernando hasta que sea sustituido efectivamente por el nuevo. La Constitución es tajante, ordena al Gobierno que continúe ejerciendo sus funciones tras su cese y no excluye expresamente ninguna de entre las que quiere que sigan siendo ejercidas. Se*

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

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

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

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

*comprende sin dificultad que España no puede quedarse sin Gobierno ni siquiera unas horas*⁵.

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

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

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

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

La existencia misma de una regulación legal limitativa del Gobierno en funciones fue cuestionada desde la perspectiva de su constitucionalidad. Recordemos en este sentido el voto particular¹⁰ concurrente a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de diciembre de

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

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

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

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

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

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

Las razones de este silencio constitucional son, a mi juicio, bastante claras, y la Sentencia del Pleno menciona dos de ellas aunque sin extraer las debidas consecuencias: por un lado, la imposibilidad de que el Estado se encuentre en ningún momento con un Gobierno «limitado»; por otro, la enorme diversidad de situaciones constitucionales comprendidas bajo el concepto de un Gobierno en funciones según el artículo 101.1 de la

2005, donde se afirma¹¹ que ningún precepto constitucional contempla limitación expresa, ni cabe extraer tampoco limitaciones implícitas, ni se prevé habilitación para que éstas se regulen por ley¹².

En el lado opuesto se halla la posición mayoritaria de la Sala Tercera cuando argumenta que *“el hecho de que no se establezcan constitucionalmente límites explícitos a la actuación del Gobierno en funciones no quiere decir que no existan pues la propia naturaleza de esta figura, cesante y transitoria, conlleva su falta de aptitud para ejercer la plenitud de las atribuciones gubernamentales”*¹³.

Dejando a un lado las dudas sobre su constitucionalidad¹⁴, el Gobierno en funciones se contempla, como decíamos, en el artículo 21 de la Ley del Gobierno. Comienza reiterando las mismas causas de cese del Gobierno previstas en el artículo 101.1 añadiendo, en su apartado segundo, que el periodo de cesantía se extiende hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno, y ordena al Gobierno interino continuar en funciones hasta dicha

Constitución (elecciones generales --con o sin cambio de mayoría parlamentaria--, dimisión --que puede ser por enfermedad y no por dificultades políticas o parlamentarias-- o fallecimiento del Presidente, y pérdida de la confianza parlamentaria). A lo cual hay que añadir una tercera y decisiva razón, que es la opción de la Constitución de reservar a la dinámica de las relaciones entre los poderes constitucionales un ámbito, esencial en un régimen parlamentario, que el legislador no puede reducir ni reconducir a una decisión judicial. Es decir, que en caso de adoptar un Gobierno en funciones decisiones que la corrección política y parlamentaria aconsejaba dejar al futuro Gobierno, en defecto de previsión constitucional expresa deben ser el control parlamentario y la apelación al electorado los medios a emplear para denunciar semejante comportamiento”.

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

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

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

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

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

fecha, si bien subyugado por las limitaciones establecidas en la ley (las referidas en los apartados posteriores).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El sustrato de esta interpretación no se desarrolla ciertamente en la sentencia de referencia, pero puede inferirse de la lectura de uno de los votos particulares formulados a

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

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

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

la posterior Sentencia de 2 de diciembre de 2005²⁰ (en el que participó quien fue ponente en la Sentencia de 20 de septiembre). Se fundamenta en la clásica distinción entre actos políticos y actos administrativos del Gobierno, y dentro de éstos, en la diferenciación entre actos administrativos ordinarios (sin contenido o valor político) y actos administrativos no ordinarios, en cuanto implican una opción con contenido o valor político. Cabe presumir que el acto allí enjuiciado (la concesión de extradición pasiva) se consideró subsumido en estos actos administrativos no ordinarios, que son, junto con los políticos, los que en definitiva, según el criterio de la sentencia, no puede adoptar el Gobierno en funciones, salvo en caso de urgencia o por razones de interés general²¹.

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

El cambio de postulado se resume de forma muy ilustrativa en el Fundamento de Derecho Duodécimo, cuando apunta que *“no es la presencia de una motivación o juicio políticos lo que excede a la gestión ordinaria de los asuntos públicos a la que se refiere ese precepto (el artículo 21.3), sino la adopción de decisiones que, por su contenido en las circunstancias concretas en las que se toman, impliquen una nueva orientación política o condicionen, comprometan o impidan la que deba adoptar el nuevo Gobierno”*.

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

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

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

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

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

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

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

La sentencia sigue argumentando que *“la dirección de la política general, que es la misión principal del Gobierno, trae causa del programa que el candidato a su Presidencia defendió ante el Congreso de los Diputados y mereció el apoyo de su mayoría”*. Pero esa dirección política para la que inicialmente se obtuvo la confianza de la Cámara puede variar durante el ejercicio de su mandato²⁶, porque la relación de confianza se puede seguir

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

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

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

renovando. Ahora bien, cuando se extingue esa relación fiduciaria (con el cese del Gobierno) finaliza correlativamente la posibilidad de reorientar esa dirección política, ya que en ese mismo momento se limita el contrapeso personificado en el haz de controles parlamentarios²⁷.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Después de exponer estos argumentos, se reitera la conclusión ya señalada, y se enfatiza de nuevo la importancia de la valoración casuística, de modo que *“esa cualidad que excluye a un asunto del despacho ordinario ha de apreciarse, caso por caso, atendiendo a su naturaleza, a las consecuencias de la decisión a adoptar y al concreto contexto en que deba producirse”* (Fundamento de Derecho Décimo *in fine*).

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

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

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

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

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

un marco absolutamente aquilatado que permita discernir con seguridad cuáles puedan ser esas circunstancias.

A estas dos cuestiones nos referimos a continuación.

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

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

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

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

La primera tesis puede inferirse de las Sentencias de 28 de mayo de 2013³¹ (Sección Cuarta), y de las Sentencias 304/2018, y 308/2018³², ambas de 27 de febrero (Sección

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

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

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

Tercera). En la primera, después de reproducir la doctrina de la Sentencia de 2 de diciembre de 2005, se concluye que el reglamento impugnado ni implica *nueva orientación política*, ni *condicionamiento*, *compromiso* o *impedimento* para el futuro gobierno, configurándolos como parámetros desconectados. En las otras se emplea igualmente la conjunción disyuntiva “o” para separar los dos supuestos impeditivos, confirmándose también la independencia entre las dos cualidades.

La segunda tesis parece sostenerse en la Sentencia 2078/2017, de 27 de diciembre, de la Sección Quinta. En esta ocasión se valora la inexistencia de ambos parámetros de manera conjunta y acumulada³³. Así, se señala que “*si desde las anteriores consideraciones generales pasamos al examen de las características del acuerdo impugnado, forzoso será concluir que a través de él no se produjo ninguna directriz política que condicionara, comprometiera o impidiera las que debiera tomar el nuevo Gobierno surgido de las elecciones generales*”. En la misma sintonía, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (de Sevilla), de 11 de octubre de 2017³⁴. Desde un punto de vista doctrinal, también el Profesor Herreros López identifica ambos requisitos, dando a entender que una actuación de “*nueva orientación política*” es aquella que “*condiciona, compromete o impide*” la política del nuevo Gobierno³⁵.

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

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

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

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

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

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

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

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

Tal planteamiento, sin embargo, parece inferirse de la Sentencia 124/2008, de 14 de noviembre, del Tribunal Constitucional, cuando argumenta que el Estado es sujeto de Derecho Internacional, y como tal ha de participar, a través del Gobierno, incluso en

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

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

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

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

funciones, en las Organizaciones Internacionales³⁸. En este sentido se afirma que *“el ejercicio de las competencias que corresponden a España a través de los órganos en los que participan miembros del Gobierno comporta el desarrollo de una actividad del Gobierno también cuando está en funciones”*.

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

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

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

En primer lugar, se alude a la adecuada ponderación de las distintas causas que pueden determinar el cese del Gobierno (distinción que se deriva del artículo 21.6 en los

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

³⁹ Se corrobora este criterio por la doctrina, referido a las instituciones de la Unión Europea, en *“Las atribuciones del Gobierno en funciones”*. Marc Carrillo. Revista Española de Derecho Constitucional. 109, págs.121-154: *“España ejerce toda una serie de competencias compartidas con la UE (art. 4.2 del TFUE) en los ámbitos materiales más diversos. El Consejo —en el que se encuentra siempre una representación del Gobierno español con rango ministerial (art. 16.2 del TUE)— como órgano colegiado de la UE ejerce —entre otros— poderes legislativos y presupuestarios. Y, en ese contexto institucional europeo, el hecho de que el representante del Gobierno español lo sea de un Ejecutivo que está en funciones no altera la posición del Gobierno como representante del Estado español en aquella institución”*.

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

términos antes explicados). Aunque no se dice explícitamente, podemos comprender que subyace la idea de que en función de esta circunstancia los periodos de cesantía pueden ser más o menos extensos, siendo más razonable la necesidad de acometer ciertas actuaciones cuando la interinidad se alarga en el tiempo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁶ Lo que implica superar la doctrina mantenida en el Dictamen 947/2018, de 20 de diciembre, del Consejo Consultivo de Andalucía, respecto al Proyecto de Decreto sometido a su consulta, en el que se concluía que su aprobación excedía de los límites del “*despacho ordinario de los asuntos públicos*”, por lo que no procedería su aprobación. Así se explica: “*En este caso, el Proyecto de Decreto adopta una nueva fórmula de prestación de los servicios de asistencia podológica específica a personas con diabetes que hasta ahora se venían prestando mediante contratos. En este sentido, se indica que los servicios sanitarios y no sólo los servicios sociales aparecen mencionados en la exposición de motivos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), entre los servicios conocidos como “servicios a las personas” susceptibles de “organización” por parte de los poderes públicos sin celebrar contratos públicos. A juicio de este Consejo Consultivo, con independencia de la problemática jurídica y del mayor o menor alcance económico de una opción como la señalada, el Consejo Consultivo considera que el Proyecto de Decreto excede del “despacho ordinario de los asuntos públicos” (art. 37.3 de la Ley 6/2006) o al menos cabe sostener que hay una duda razonable que aconseja actuar con*”

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

Como puede observarse, se afirma que la disposición reglamentaria impugnada implica nueva orientación política, y no se atiende ni al criterio de la reversibilidad de la medida, ni tampoco a la circunstancia de que el nuevo Gobierno esté conformado por el mismo partido político que el Gobierno en funciones. Respecto de este último aspecto, la Sentencia de 11 de octubre de 2017 es aún más contundente, pues afirma que éste no es un criterio previsto ni en la normativa estatal ni en la autonómica⁴⁷.

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

Finalmente, y para concluir el presente estudio jurisprudencial, baste indicar que el Tribunal Constitucional ha reconocido que la Constitución no priva al Gobierno en funciones de su legitimación para interponer el recurso de inconstitucionalidad (entre otras,

prudencia, posponiendo la aprobación del Proyecto de Decreto hasta que se constituya el nuevo Gobierno, para que sea éste el que adopte la nueva fórmula de prestación de servicios plasmada en la disposición reglamentaria objeto de dictamen. Así pues, el Consejo Consultivo considera que el Gobierno cesante no debería aprobar el Decreto en tramitación a menos que concurra una situación de urgencia o interés general debidamente acreditada, como prevé el referido artículo 37.3 de la Ley 6/2006. En este caso, resultaría exigible una motivación explícita y perfectamente razonada que no constan en el expediente” (énfasis añadido).

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

en sentencias 97/2018⁴⁸, de 19 de septiembre, 124/2018, de 14 de noviembre, y 5/2019 de 17 enero).

IV. Regulación autonómica del Gobierno en funciones.

La regulación del Gobierno en funciones en los distintos ordenamientos autonómicos es heterogénea. Efectivamente, se observan tratamientos muy diversos entre unos y otros. Así, en las Comunidades Autónomas de Madrid, Galicia y Valencia se omite directamente cualquier regulación en sus respectivas leyes de Gobierno, debiendo acudir a la aplicación supletoria de la regulación estatal ya analizada y con la interpretación jurisprudencial ya glosada. En otras se aprecia una mínima regulación, por debajo incluso de la somera regulación estatal o a su par, como sucede en Asturias, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Andalucía, Cataluña, Murcia, La Rioja, o Cantabria. Pero en el resto de comunidades autónomas se observa una regulación más detallada, destacando el carácter especialmente reglamentista de las leyes de Gobierno de Extremadura, Aragón, Baleares y Canarias.

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

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

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

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

⁴⁹ El artículo 14.2 de la Ley 7/1981, de 30 de junio, sobre Ley de Gobierno del País Vasco, dispone que “*el Lehendakari en funciones no podrá plantear la cuestión de confianza, ni ser objeto de moción de censura, con excepción de lo previsto para el Lehendakari interino en el artículo 11.2. El Lehendakari en funciones ejercerá las demás facultades y potestades del Lehendakari y continuará en el desempeño del cargo hasta tanto tome*

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

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

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

En cuanto a la suspensión de las delegaciones legislativas se sigue el patrón del artículo 21.6 en la mayoría de las comunidades autónomas, aunque en algunas no se precisa que la suspensión sólo actuaría cuando el cese traiga causa de la celebración de elecciones, como concreta la norma estatal. Presenta una particularidad en este punto la normativa de Castilla-La Mancha, que prescribe una regla opuesta a la estatal, en cuanto suspende las delegaciones en todos los casos, sin que dicha suspensión surta efectos si media ratificación de la Cámara precisamente en el supuesto de que el cese sea consecuencia de la celebración de elecciones regionales⁵¹.

posesión el nuevo Lehendakari que el Parlamento Vasco designe” (el subrayado es nuestro). Ninguna previsión se contempla respecto de si el Gobierno vasco en funciones está sujeto a alguna limitación, lo que suscita la duda de si habría que entender aplicable supletoriamente las limitaciones del artículo 21 de la norma estatal.

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

⁵¹ El artículo 18.4 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, dispone que “*las delegaciones legislativas otorgadas por las Cortes de Castilla-La Mancha*

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

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

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

quedarán en suspenso durante todo el tiempo que el Gobierno esté en funciones, precisando la ratificación de aquéllas cuando la causa de cese sea la celebración de elecciones regionales” (el subrayado es nuestro).

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

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

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

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

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

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

sobrevenida⁵⁸. En Baleares se formula una prohibición extensiva al nombramiento y separación de todos los cargos públicos⁵⁹.

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

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

Baleares, Navarra y Aragón descienden incluso a previsiones sobre el personal de gabinete. De esta forma, en Baleares se señala que el personal eventual de los gabinetes se mantendrá en ellos hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno⁶⁴ (en igual sentido

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

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

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

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

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

⁶³ En este sentido, son paradigmáticos los dos ejemplos que se presentan en “La permanencia en funciones del Gobierno en los ordenamientos autonómicos” Fernando Reviriego Picón y Jorge Alguacil González-Aurioles. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid. Nº 22. 2010. Pág.334 y 335: *“recordemos los casos de Cantabria, con la dimisión de J. Hormaechea en 1994 o Madrid, con la permanencia en funciones de A. Ruiz Gallardón, en 2003. En el primero de los casos, tras las elecciones de mayo de 1995 (el Gobierno estaba en todo caso en funciones desde noviembre de 1994) el Gobierno se encontró compuesto durante un período de un mes, únicamente por dos Consejeros (Presidencia y Turismo, Transportes e Industria), que asumieron el resto de Consejerías de los Consejeros cesados o dimitidos (Cultura, Obras Públicas, Sanidad y Consumo, Economía y Hacienda, Ecología y Medio Ambiente, Ganadería, Agricultura y Pesca); el nuevo Presidente de Cantabria Martínez Sieso tomó finalmente posesión de su cargo el 26 de julio de aquel año. En el segundo de los apuntados, el Presidente en funciones (que compatibiliza las labores con las de Alcalde de Madrid) permaneció en el caso con dos consejeros del gobierno así como siete nuevos Consejeros, nombrados para ejercer el cargo en funciones, y que en su mayoría habían ejercido funciones de Viceconsejeros hasta ese momento. Por el contrario, no continuaron desempeñando tales funciones, ni los seis Consejeros que habían sido elegidos Concejales en el Ayuntamiento de Madrid, ni los otros tres que lo habían sido como Diputados en la Asamblea; entre éstos últimos el hasta entonces Vicepresidente. De esta manera, permaneció en funciones un Gobierno profundamente remodelado, un Gobierno «exclusivamente técnico», al decir del propio Presidente en la rueda de prensa en que anunciaría dicha remodelación, que pretendía «garantizar el normal funcionamiento de los servicios públicos y de la administración de la Comunidad de Madrid». Como podemos ver, la práctica política nos coloca en ocasiones ante supuestos un tanto curiosos y a veces una excesiva limitación puede resultar contraproducente”.*

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

Navarra)⁶⁵; y proscribía nombrar a personal eventual en el periodo de cesantía⁶⁶, lo que se reproduce también en Aragón⁶⁷.

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

Finalmente, y en este orden de consideraciones, podemos aludir a las previsiones de La Rioja⁶⁹ que prohíben la definición, dirección y coordinación del programa y la acción de gobierno. Canarias⁷⁰, en el mismo sentido, proscribía definir el programa de gobierno. Tales previsiones no pueden ser entendidas sino con la significación y causa que apuntaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2005, en el entendido de que el cese del Gobierno implica una interrupción de la confianza parlamentaria, lo que impide correlativamente una redirección del programa político del Gobierno -esa confianza no puede seguir siendo renovada-.

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

Al establecer esas prohibiciones debe entenderse superado en dichos ámbitos autonómicos el concepto de “*despacho ordinario de asuntos públicos*”. De hecho, en las

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

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

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

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

⁶⁹ El artículo 11.1 de la Ley 8/2003, de 28 de octubre, del Gobierno e Incompatibilidades de sus miembros de la Comunidad Autónoma de La Rioja, dispone: “*el Presidente en funciones ejercerá todas las atribuciones del Presidente, salvo las relativas a la definición, dirección y coordinación del programa y la acción de gobierno, nombramiento y cese de Consejeros, así como la creación o supresión de las Consejerías*”.

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

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

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

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

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

Los ámbitos afectados por esas limitaciones son los siguientes:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por su carácter novedoso resulta de interés mencionar que la ley extremeña regula unos principios rectores de la actuación del Gobierno en funciones⁷⁵. Así, el principio de mínima intervención que ha de inspirar el ejercicio del despacho ordinario de los asuntos públicos. El principio de neutralidad política⁷⁶, que se identifica con la prohibición de medidas que “*condicionen, comprometan o impidan*” las que deba trazar el Gobierno que lo sustituya, que bebe necesariamente de la doctrina jurisprudencial antes analizada. Por otro lado, se enuncian los principios de lealtad y colaboración, y los principios de información y transparencia, que han de vestir el traspaso de poderes.

Precisamente al traspaso de poderes le dedican cuatro comunidades autónomas (Navarra, Extremadura, Baleares y Aragón) una serie de reglas, destacando el mandato de

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

⁷⁶ Esta idea se expone por el Profesor Carrillo en “Las atribuciones del Gobierno en funciones”. Marc Carrillo. Revista Española de Derecho Constitucional. 109, págs.121-154: “*el ejercicio de dichas atribuciones ha de ser institucionalmente neutro, esto es, el contenido de las decisiones y disposiciones que apruebe en período de interinidad, tanto en la gestión de los diversos ámbitos materiales de los asuntos públicos como las relativas al personal del Estado (por ejemplo, nombramientos de cargos públicos, concesión de indultos...), no podrán suponer una rémora, tanto para la capacidad de decisión como en relación con el imprescindible margen de maniobra política del que debe gozar el futuro Gobierno. En caso de duda, el Gobierno siempre deberá aplicarse la autocontención, en virtud de un deber materialmente constitucional de deferencia y lealtad institucional hacia el próximo Ejecutivo que se constituya y para con la nueva legitimidad democrática que lo acompaña*”.

realizar un informe con un contenido mínimo de información presupuestaria y contable para conocimiento del Gobierno entrante. La más rigurosa es Navarra⁷⁷, cuya información excede con creces de la puramente financiera, incluyendo una información tan ingente como la relación de los convenios vigentes con detalle de su estado de ejecución; de todos los contratos vigentes; o un informe sobre la situación del personal.

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

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

- a) La estructura, organigrama y funciones.*
- b) Los programas en ejecución.*
- c) Los convenios vigentes con detalle de ejecución.*
- d) Informe sobre la ejecución presupuestaria del ejercicio en curso y de las disponibilidades existentes.*
- e) Relación de préstamos financieros otorgados y solicitados.*
- f) Relación de compromisos económicos asumidos.*
- g) Informe sobre la situación del personal.*
- h) Listado y copia de todos los contratos vigentes en el momento de la transición.*
- i) Listado y copia de todas las obligaciones pendientes de pago.*

j) Listado de todas las disposiciones de carácter general aprobadas cuya entrada en vigor esté diferida a un momento posterior al de la toma de posesión del nuevo Gobierno”.

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

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

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

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

Sin embargo, en Navarra⁸¹ se habla de elaboración de inventarios en cada ámbito departamental sin mayor concreción. En Aragón⁸², la documentación de traspaso se ha de remitir a una comisión creada al efecto, y si ésta no se crea, a la Presidencia de las Cortes de Aragón, que dará traslado a todos los grupos parlamentarios. En Baleares⁸³, es el último Consejo de Gobierno celebrado en funciones el momento en el que se aprueba la memoria general de las actuaciones realizadas como Gobierno en funciones, antes comentada, además de las memorias referidas a la información preceptiva. En Extremadura⁸⁴ se distinguen dos supuestos. En el caso del cese por celebración de elecciones, será el último Consejo de Gobierno que se celebre antes de las elecciones el que apruebe un acuerdo donde se incluya la relación de asuntos pendientes del referido órgano de gobierno y su estado en la tramitación, un inventario de documentos y la información presupuestaria y contable exigida. En las demás causas de cese, el acuerdo se adoptará en la primera reunión del Consejo de Gobierno tras el cese del Presidente si no hubiera sido posible realizarla con anterioridad. Asimismo se prevé la posibilidad de creación de comisiones de traspaso con la finalidad de verificar el cumplimiento de las prescripciones legales en la materia⁸⁵.

V. Conclusiones.

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

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

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

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

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

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

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

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

Gobierno por las Cortes Generales si causa del cese es “*consecuencia de la celebración de elecciones generales*”.

Tercera.- La Sentencia de 20 de septiembre de 2005 del Tribunal Supremo, realiza una interpretación restrictiva del concepto jurídico indeterminado “*despacho ordinario de los asuntos públicos*”, entendiendo por tal la “*gestión administrativa ordinaria ausente de valoraciones y decisiones en las que entren criterios políticos salvo que se motive debidamente la urgencia o las razones de interés general que justifiquen la adopción de medidas de otra naturaleza*”. Se fundamenta en la clásica distinción entre actos políticos y actos administrativos del Gobierno, y dentro de éstos, en la diferenciación entre actos administrativos ordinarios (sin contenido o valor político) y actos administrativos no ordinarios, en cuanto implican una opción con contenido o valor político. La actuación del Gobierno en funciones se restringe, por tanto, a los actos administrativos ordinarios.

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

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

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

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

La segunda duda versa sobre si se acomodaría a la legalidad la realización de actuaciones de nueva orientación política cuando concurren especiales circunstancias o bien atendiendo a la naturaleza de la actuación o por mor de sus consecuencias. La sentencia, en distintos pasajes, otorga especial relevancia a la valoración casuística, pero no llega a afirmar ni negar que las mismas puedan llegar a predeterminar la viabilidad de la actuación de nueva orientación política en esos casos. Es un asunto todavía no resuelto

por el Tribunal Supremo, pero de admitirse en un futuro, supondría reconocer una excepción no prevista expresamente en el criterio plasmado en la Sentencia de 2 de diciembre de 2005.

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

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

Séptima.- La jurisprudencia más reciente manifiesta una progresiva tendencia a validar de manera absoluta el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno en funciones, sobre la referida idea de su reversibilidad (en la medida en que siempre queda a salvo la eventual derogación de dicho reglamento por el Gobierno entrante) y bajo el fundamento de que el artículo 21 no proscribía expresamente el ejercicio de la potestad reglamentaria.

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

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

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

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



**Comunidad
de Madrid**

CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA, JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN LOCAL
ABOGACÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Subdirección General de Asistencia Jurídica Convencional,
Asuntos Constitucionales y Estudios



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

6.2. La viabilidad de la acción civil de desahucio frente a ignorados ocupantes: una inversión, de hecho, de la carga de la prueba – *Diego García Paz (Letrado de la Comunidad de Madrid)*⁸⁶

Dentro de la práctica procesal habitual en materia de defensa de la propiedad -y de los derechos inherentes a la misma- de la Comunidad de Madrid, resulta de especial relevancia el ejercicio de acciones civiles para la obtención de la recuperación posesoria de viviendas públicas, cuando éstas han sido objeto de entrada y ocupación por parte de terceros sin título jurídico, o sin título jurídico vigente y válido, que legitime dicha estancia, incontestada en todo caso por el propietario.

No es infrecuente que, no obstante la proactividad del órgano gestor, resulte complejo averiguar la identidad de quienes ocupan, sin título, la vivienda pública, bien sea porque no sean atendidos los requerimientos a tal efecto debidamente cursados por la Inspección de Vivienda o porque no existan datos suficientemente acreditados por otros medios, ya sea a través de testigos o derivados de un empadronamiento inexistente, a lo que se añade la movilidad de las personas que ocupan la vivienda, de tal modo que no concurre una perdurabilidad en la estancia que asegure una identificación plena y concluyente de los ocupantes.

Así las cosas, se plantea en numerosas ocasiones la viabilidad de ejercitar una acción civil de recuperación posesoria de la vivienda pública a través de la interposición de una demanda a tal fin, dirigida contra los “ignorados ocupantes” del inmueble. La Comunidad de Madrid, y particularmente la Agencia de Vivienda Social, cuenta con una indiscutible legitimación activa en cuanto que propietaria, disponiendo el artículo 250.1, 4º, segundo párrafo, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC): *“Podrán pedir la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella, siempre que se hayan visto privados de ella sin su consentimiento, la persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social.”*

Si bien la indefinición o falta de precisión de la identidad del demandado, con carácter general, puede suponer un óbice procesal para la correcta prosecución del procedimiento civil, en la materia específica de la recuperación posesoria de viviendas, el artículo 437.3 bis LEC establece: *“Cuando se solicitase en la demanda la recuperación de la posesión de una vivienda o parte de ella a la que se refiere el párrafo segundo del numeral 4.º del apartado 1 del artículo 250, aquélla podrá dirigirse genéricamente contra los desconocidos ocupantes de la misma, sin perjuicio de la notificación que de ella se realice a quien en concreto se encontrare en el inmueble al tiempo de llevar a cabo dicha notificación. A la demanda se deberá acompañar el título en que el actor funde su derecho a poseer.”*

⁸⁶ En la actualidad ocupa el puesto de Letrado Jefe del Departamento de Derecho Civil y Penal en la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

Por lo tanto, este precepto, cuya redacción en los términos anteriores fue introducida por la Ley 5/2018, de 11 de junio, en relación a la ocupación ilegal de viviendas, trató de incluir una mayor facilidad en la recuperación de las viviendas públicas ocupadas, desde un prisma procesal, excepcionando el requisito de la identificación plena del demandado.

Pues bien, frente a esta favorable situación, la reciente entrada en vigor de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, ha supuesto la modificación de varios preceptos de la LEC, de especial importancia procesal, toda vez que afectan a la suficiencia de los elementos documentales y probatorios necesarios para que la demanda presentada sea admitida a trámite. Esto es: la ley erige en requisito para la admisibilidad de la demanda la presentación con ella de los siguientes documentos, como contempla el artículo 439 LEC, en sus apartados 6 y 7, en la redacción introducida por la norma referida:

“6. En los casos de los números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del apartado 1 del artículo 250, no se admitirán las demandas, que pretendan la recuperación de la posesión de una finca, en que no se especifique:

a) Si el inmueble objeto de las mismas constituye vivienda habitual de la persona ocupante.

b) Si concurre en la parte demandante la condición de gran tenedora de vivienda, en los términos que establece el artículo 3.k) de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda.

En el caso de indicarse que no se tiene la condición de gran tenedor, a efectos de corroborar tal extremo, se deberá adjuntar a la demanda certificación del Registro de la Propiedad en el que consten la relación de propiedades a nombre de la parte actora.

c) En el caso de que la parte demandante tenga la condición de gran tenedor, si la parte demandada se encuentra o no en situación de vulnerabilidad económica.

Para acreditar la concurrencia o no de vulnerabilidad económica se deberá aportar documento acreditativo, de vigencia no superior a tres meses, emitido, previo consentimiento de la persona ocupante de la vivienda, por los servicios de las Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social que hayan sido específicamente designados conforme la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda.

El requisito exigido en esta letra c) también podrá cumplirse mediante:

1.º La declaración responsable emitida por la parte actora de que ha acudido a los servicios indicados anteriormente, en un plazo máximo de cinco meses de antelación a la presentación de la demanda, sin que hubiera sido atendida o se hubieran

iniciado los trámites correspondientes en el plazo de dos meses desde que presentó su solicitud, junto con justificante acreditativo de la misma.

2.º El documento acreditativo de los servicios competentes que indiquen que la persona ocupante no consiente expresamente el estudio de su situación económica en los términos previstos en la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda. Este documento no podrá tener una vigencia superior a tres meses.

7. En los casos de los números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del apartado 1 del artículo 250, en el caso de que la parte actora tenga la condición de gran tenedora en los términos previstos por el apartado anterior, el inmueble objeto de demanda constituya vivienda habitual de la persona ocupante y la misma se encuentre en situación de vulnerabilidad económica conforme lo previsto igualmente en el apartado anterior, no se admitirán las demandas en las que no se acredite que la parte actora se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efecto establezcan las Administraciones Públicas competentes, en base al análisis de las circunstancias de ambas partes y de las posibles ayudas y subvenciones existentes en materia de vivienda conforme a lo dispuesto en la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda.

El requisito anterior podrá acreditarse mediante alguna de las siguientes formas:

1.º La declaración responsable emitida por la parte actora de que ha acudido a los servicios indicados anteriormente, en un plazo máximo de cinco meses de antelación a la presentación de la demanda, sin que hubiera sido atendida o se hubieran iniciado los trámites correspondientes en el plazo de dos meses desde que presentó su solicitud, junto con justificante acreditativo de la misma.

2.º El documento acreditativo de los servicios competentes que indique el resultado del procedimiento de conciliación o intermediación, en el que se hará constar la identidad de las partes, el objeto de la controversia y si alguna de las partes ha rehusado participar en el procedimiento, en su caso. Este documento no podrá tener una vigencia superior a tres meses.

En el caso de que la empresa arrendadora sea una entidad pública de vivienda el requisito anterior se podrá sustituir, en su caso, por la previa concurrencia de la acción de los servicios específicos de intermediación de la propia entidad, que se acreditará en los mismos términos del apartado anterior.

En definitiva: la modificación operada por la Ley 12/2023, de 24 de mayo, supone un contrapeso, de una muy especial envergadura, a la facilidad procesal que dispuso la Ley 5/2018, de 11 de junio. La nueva redacción de los preceptos de la LEC en los que se disponen los requisitos de admisibilidad de las demandas de recuperación posesoria obligan a la parte demandante, propietaria de la vivienda ocupada, no solo a demostrar su titularidad, sino también una multiplicidad de extremos que redundan, dados los necesarios trámites para su obtención, en un perjuicio en la tutela de su derecho, suponiendo, en verdad, una auténtica inversión de la carga de la prueba, pues al margen de que los

demandados hayan de aportar el documento o razón que justifique su estancia, queda configurada como auténtica carga procesal de la demandante demostrar documentalmente: 1º) Si el inmueble objeto del procedimiento constituye vivienda habitual de las personas ocupantes; 2º) Si concurre en la parte demandante la condición de gran tenedora de vivienda, en los términos que establece el artículo 3.k) de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda; 3º) Si la parte demandada se encuentra o no en situación de vulnerabilidad económica; y 4º) La previa concurrencia, a la actuación procesal, de la acción de los servicios específicos de intermediación de la propia entidad, que habrá de ser acreditada en los términos legalmente previstos.

La obtención de todos los requisitos anteriores por parte de la demandante, condicionantes de la admisibilidad de su pretensión, implican objetivamente una demora en la obtención de la tutela solicitada, añadiendo dificultades a la recuperación *inmediata* de la posesión, siendo, en efecto, dicha inmediatez, la más pronta actuación judicial, una característica inherente a la protección del derecho de propiedad que la Comunidad de Madrid ostenta sobre sus viviendas.

Así pues, la expresión legal “*inmediata recuperación*” contemplada en el artículo 250.1, 4º, segundo párrafo, LEC, resulta difícilmente conciliable con el tenor literal y sentido teleológico del artículo 439, en sus apartados 6 y 7 de la misma norma, incluso pudiendo considerar que nos encontramos en presencia, cuando menos a nivel práctico, de una antinomia.

6.3. La gestión directa descentralizada – Cristina Recarte Llorens (Letrada de la Comunidad de Madrid)⁸⁷

Tradicionalmente, las distintas leyes que han regulado las formas de gestión de los servicios públicos han partido de la diferenciación entre «gestión directa» y «gestión indirecta» de los mismos.

La gestión indirecta es la que se realiza a través de un contrato, mientras que la directa es aquella en la que la Administración presta el servicio o realiza la actividad bien de forma centralizada, por la propia Administración, bien de manera descentralizada, a través de un ente instrumental, sea una entidad de derecho público o una sociedad cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

Las sucesivas leyes de contratos públicos se han encargado de excluir de su ámbito de aplicación los casos de gestión directa, sobre la base de que, en tales casos, no hay contrato.

Tal exclusión se realizaba en sede de definición del contrato de gestión de servicios públicos. Así, el artículo 8.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, señalaba que *“las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”*. Debe apuntarse que la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), no contempla un precepto análogo, si bien un sector doctrinal considera que el legislador ha incorporado una regla de similar significación, de manera asistemática y confusa, en el artículo 32.7.b) párrafo segundo⁸⁸.

Así pues, dentro del conjunto de estas relaciones jurídicas entre poderes adjudicadores que quedarían fuera del ámbito de la contratación destacan la cooperación, bien horizontal o vertical, y los supuestos de gestión directa.

A la cooperación se refiere el artículo 31 de la LCSP, señalando lo siguiente:

“1. Las entidades pertenecientes al sector público podrán cooperar entre sí de alguna de las siguientes formas, sin que el resultado de esa cooperación pueda calificarse de contractual:

⁸⁷ En la actualidad ocupa el puesto de Letrada Jefe del Servicio Jurídico en la Consejería de Vivienda, Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid.

⁸⁸ *“No será aplicable lo establecido en esta letra a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios. Igualmente no será de aplicación en los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”*

a) Mediante sistemas de cooperación vertical consistentes en el uso de medios propios personificados en el sentido y con los límites establecidos en el artículo 32 para los poderes adjudicadores, y en el artículo 33 para los entes del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador, en el ejercicio de su potestad de auto organización, mediante el oportuno acuerdo de encargo.

b) Mediante sistemas de cooperación horizontal entre entidades pertenecientes al sector público, previa celebración de los correspondientes convenios, en las condiciones y con los límites que se establecen en el apartado 1 del artículo 6”.

Sin embargo, la LCSP no contiene ninguna referencia a la exclusión de su ámbito de aplicación de la gestión directa, como ya hemos señalado. Sí existe, en cambio, una referencia a esta figura, bajo la denominación «transferencia de competencias», en el artículo 1.6 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública (en adelante, Directiva de Contratos), para excluirlo de su ámbito de aplicación en los siguientes términos:

“Los acuerdos, las decisiones y los demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos y que no prevén que se dé una retribución por la ejecución de un contrato, se consideran un asunto de organización interna del Estado miembro de que se trate y, en ese sentido, en modo alguno se ven afectados por la presente Directiva” (el subrayado es nuestro).

Resulta de interés, a estos efectos, el Informe 1/2019, de 13 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, que distingue la figura de la gestión directa (o transferencia de competencias) de la figura del encargo a medios propios (actualmente regulada en el artículo 32 de la LCSP), y del que se desprende la dinámica de la gestión directa descentralizada, en los siguientes términos:

“Hay que recordar que la Directiva 2014/24/UE distingue entre los “contratos públicos entre entidades del sector público”, regulados en su artículo 12 – aunque, como ya se ha dicho, para excluirlos de su ámbito de aplicación–, y la atribución de funciones a un ente, cuestión organizativa no regulada por la Directiva. Así se dispone en el artículo 1.6 de la Directiva, en el cual se señala que “los acuerdos, las decisiones y los demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos y que no prevén que se dé una retribución por la ejecución de un contrato, se consideran un asunto de organización interna del Estado miembro de que se trate y, en ese sentido, en modo alguno se ven afectados por la presente Directiva.”

(...) En definitiva, hay que distinguir, por una parte, el supuesto de que se cree una entidad para el ejercicio de una determinada competencia que se le atribuye, caso en el cual la realización de actividades para dicho ejercicio ya no se tiene que

vehicular por la vía de encargos como medio propio; y por otra parte, el caso de que se cree una entidad que, a pesar de tener personificación jurídica diferenciada del ente que la crea y la controla, es un medio propio de este –cumple todos los requisitos fijados por la normativa–, en el caso de que las actividades llevadas a cabo por haberle sido confiadas por el poder adjudicador que la controla tienen que comportar más del 80% de su actividad, medida sobre la base de su volumen total de negocio, en el cual hay que incluir también los ingresos percibidos, en su caso, por las personas usuarias del servicios que sean objeto de atribución por parte del poder adjudicador, o sobre la base de los gastos en que incurre el medio propio con ocasión de estos, en relación con la totalidad de los gastos en que incurre para llevar a cabo su actividad. En el primero de los supuestos expuestos, en el caso de que una entidad creada para el ejercicio de una determinada competencia que se le atribuye, se quisiera también configurar como medio propio para encargarle la realización de otros servicios diferentes a aquel que constituye su objeto –que, como se ha dicho, no se tiene que articular por la vía de encargos, sino que se tiene que ejercer como competencia propia que es de la entidad creada–, en el cálculo del porcentaje de la actividad, para analizar la concurrencia del requisito para ser medio propio, hecho sobre la base del volumen total de negocio de la entidad, se podrían computar dentro del 80% los ingresos percibidos, en su caso, por las personas usuarias del servicios que conforman su actividad por atribución del poder adjudicador que la controla” (el subrayado es nuestro).

En la práctica, se plantea la problemática de diferenciar la figura de la gestión directa (transferencia de competencias) con la del encargo a medios propios prevista en la LCSP; y es que aquello que se plantea como un posible “encargo” no deja de ser algo que también podría ser objeto de una gestión directa por parte de la entidad dependiente a la que se transfiere la competencia.

Por otro lado, no cabe duda de que todas las Comunidades Autónomas regulan la posibilidad de atribuir la gestión directa de servicios de su competencia a favor de entidades dependientes de las mismas.

En el caso de la Comunidad de Madrid, su Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración institucional de la Comunidad de Madrid, establece en su artículo 1 que “*la Comunidad de Madrid, de acuerdo con la legislación básica del Estado y en cumplimiento de lo señalado en los artículos 39 y 40 de su Estatuto de Autonomía, podrá crear, para la prestación de determinados servicios públicos o el ejercicio de actividades que coadyuven a su realización, entidades de carácter institucional con el régimen y requisitos establecidos en la presente Ley*”. A su vez, el artículo 2 incluye, dentro de la Administración institucional de la Comunidad de Madrid, a “c) Las empresas públicas”, dentro de las que menciona “*las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Comunidad de Madrid, sus organismos autónomos, entidades de derecho público y demás entes públicos*”.

Debe reconocerse que estamos en presencia de una cuestión difusa por el hecho de que tanto el encargo como la gestión directa descentralizada de un servicio público o actividad son figuras que dimanen del ejercicio de la potestad de autoorganización de la

Administración Pública y, además, de la circunstancia de que la prestación a realizar a través de un encargo es susceptible de haber podido ser configurada previamente como el objeto propio de una entidad instrumental en el marco de la gestión directa.

En adición, en el caso del encargo, sus requisitos quedan claramente expuestos en el artículo 32 LCSP mientras que, para la gestión directa descentralizada mediante la transferencia de competencias, no se explicitan todos ellos por la norma.

Asimismo, la calificación jurídica, en una u otra dirección, no está exenta de relevancia. Transferencia de competencias, por una parte, y encargo a medio propio, por otra, responden a presupuestos fácticos, condicionantes y consecuencias de un régimen jurídico muy diverso. Así, por ejemplo, al medio propio se le exige, para serlo, además de una acentuada sujeción a control, una drástica limitación de actividad en el mercado, extremo este último que no es forzoso predicar de la gestión directa descentralizada. Por otro lado, el encargo a medio propio sin observar los requisitos legales es anulable (art. 40.c) LCSP) y susceptible de recurso especial en materia de contratación (art. 44.2.e) LCSP), mientras que la ilegalidad de una transferencia de competencias no puede hacerse valer a través de tal medio de impugnación.

Algunos autores, como Juan Manuel Pérez Mira⁸⁹, han planteado la solución a dicha dualidad en función de si la decisión de atribuir una actuación a la entidad dependiente se sitúa en el momento inicial (constitución de la entidad dependiente o modificación de su objeto social) o bien en un momento posterior en el que ya existe una entidad dependiente previamente creada y en funcionamiento que tiene unas determinadas capacidades y medios de actuación⁹⁰.

⁸⁹ PÉREZ MIRA, J.M. “*Las relaciones económicas entre las entidades dependientes y sus administraciones titulares*”, en LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO INSTRUMENTAL, págs. 263 y ss. RDU EDITORES, 2019.

⁹⁰ Afirma el citado autor que “*en el primer caso, nos situaremos ante un planteamiento de gestión directa del servicio público que deberá tramitarse y adecuarse a las exigencias que la normativa exige para la prestación directa a través de entidades dependientes de los servicios públicos de la administración, mientras que en el segundo caso (cuando nos encontramos en un momento posterior), la figura podría ser la del encargo pues de lo que se trata es de que la administración, en ejercicio de su potestad autoorganizativa, pueda utilizar medios y capacidades con las que cuenta para obtener determinadas prestaciones sin necesidad de acudir al mercado*”. En apoyo de su tesis cita la Circular conjunta, de 22 de marzo de 2019, de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado y de la Intervención General de la Administración del Estado, sobre criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad exigido por la LCSP en aquellas entidades que sean consideradas medios propios. De acuerdo con dicha Circular, puede deducirse, según el citado autor, que, cuando se trata de la actividad principal para la que una entidad dependiente ha sido creada por la Administración, el cauce a utilizar sea el de la gestión directa, mientras que, si se trata de actuaciones de carácter accesorio a la anterior o de carácter limitado en el tiempo, resultará más adecuado la actuación por la vía del encargo (art. 32 LCSP). En adición, existiría una limitación dada por la duración temporal. Aunque la norma no especifica el plazo máximo que pueda tener un encargo, sí que establece la obligación de darle publicidad lo que, en la práctica, implica la necesidad de establecer algún plazo. Por tanto, el encargo tendría una continuidad limitada en el tiempo mientras que la atribución de la prestación de un servicio público o

La Comisión Europea emitió en 2011 un «Documento de trabajo de los servicios de la Comisión relativo a la aplicación de la normativa sobre contratación pública de la UE a las relaciones entre poderes adjudicadores (cooperación dentro del sector público)» (Documento 2011, en adelante). Este Documento recopila y resume la jurisprudencia del TJUE sobre las formas de cooperación y alude a las “*transferencias de competencias*”, entendiendo por tales los supuestos en los que la competencia de una autoridad pública para la realización de una tarea de interés público se cede a otra autoridad, de modo que, como resultado, se produce una redistribución de competencias.

La transferencia de competencias -continúa el Documento 2011- forma parte de la configuración de la organización administrativa nacional, es un asunto interno de cada Estado miembro, ajeno al ámbito de la Unión Europea y sobre el que no se proyecta la normativa comunitaria de contratación pública, extremo que, como hemos visto, quedó definitivamente ratificado por la Directiva de Contratos.

Es decir, las directivas solo aplican a los sistemas de cooperación vertical —igual que sucede con la horizontal— en la medida que los definen y determinan las condiciones para que sea posible su exclusión en la aplicación de las normas de contratación pública. Las transferencias de competencias, en cambio, no constituyen un contrato ni contienen una prestación contractual y, en ese sentido, ni siquiera se ven afectadas por las directivas.

Finalmente, cabe sintetizar las notas características de la “*transferencia de competencias*” a la vista de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, dictada en el asunto Remondis C-51/15, que señala las siguientes:

- La transferencia, para serlo, debe ser global, comprensiva de las funciones de cumplimiento o prestaciones que incluye dicha competencia transferida, así como las potestades de decisión asociadas a dicha competencia. Este requisito implica que la entidad a la que se transfieren las competencias debe disponer de la totalidad de las facultades y responsabilidades necesarias para cumplir la función pública para la que le han sido atribuidas las competencias⁹¹.

actividad en régimen de gestión directa a una entidad dependiente no tiene necesariamente dicha limitación temporal.

⁹¹ Afirma la sentencia citada que “*para poder ser considerada como tal una transferencia de competencia debe tener por objeto no sólo las responsabilidades vinculadas a la competencia transferida, en particular, la obligación de cumplir las funciones que dicha competencia implica, sino también los poderes que son el corolario de ésta. Ello requiere que la autoridad pública a la que se le confía una competencia tenga la facultad de organizar la ejecución de las funciones que comprende dicha competencia, así como de establecer el marco reglamentario de esas funciones y que disponga de una autonomía financiera que le permita garantizar la financiación de las citadas funciones. En cambio, no sucede así si la autoridad inicialmente competente conserva la responsabilidad principal relativa a las referidas funciones, si se reserva el control financiero de éstas o si debe aprobar previamente las decisiones que pretenda tomar la entidad a la que se adhirió*”. Consecuencia de ello, la cesión produce un efecto liberatorio para quien cede —de modo que no es posible si la normativa nacional no lo permite— y un efecto atributivo para el cesionario.

- La autoridad a la que se transfiere la competencia debe ejercer esta competencia con plena autonomía y bajo su propia responsabilidad. No obstante, ello no impide que la autoridad cedente pueda reservarse un cierto derecho de supervisión, afirmando el TJUE que *“tal autonomía de acción no significa que la entidad que resulta ahora competente deba sustraerse a toda influencia por parte de cualquier otra entidad pública. En efecto, una entidad que transfiere una competencia puede conservar cierto derecho de supervisión de las funciones derivadas de ese servicio. No obstante, tal influencia excluye, en principio, toda injerencia en la forma concreta de ejecución de las funciones comprendidas en la competencia transferida”*.

- Se exige también autonomía financiera y el suficiente margen de maniobra al respecto por parte del cesionario. La autoridad cedente debe poner a disposición de la entidad a la que se transfieren las competencias todos los recursos necesarios para cumplir con sus nuevas funciones.

- La transferencia voluntaria de competencia no es irreversible. El reparto de competencias dentro de un Estado miembro no puede considerarse congelado, de modo que son posibles reorganizaciones sucesivas.

- En la transferencia de competencias, el ente cesionario puede desarrollar en favor de terceros cometidos distintos a los propios de las funciones públicas comprendidas en la competencia transferida, o prestaciones de mercado, si así lo permite el derecho interno y en los términos del mismo.

- Por lo demás, la transferencia de competencias puede ser voluntaria o impuesta por la normativa y se aprecia mejor, como tal transferencia, si el cometido transferido no consiste en una mera tarea puntual o de carácter material.

7. ANÁLISIS EN DETALLE: RDL 5/2023

Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

Se estructura en una parte expositiva y una parte dispositiva que consta de cinco libros, conformados por 226 artículos, cinco disposiciones adicionales, diez disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y nueve disposiciones finales.

El libro primero (arts. 1 a 126 RDL) transpone la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, en lo relativo a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas intracomunitarias y tiene por objeto la regulación de las modificaciones estructurales, tanto internas como transfronterizas, de las sociedades mercantiles consistentes en la transformación, fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo (art. 1 RDL).

El libro segundo (arts. 127 a 129) transpone la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. Su título I (art. 127) **modifica el TR de la Ley del Estatuto de los Trabajadores**, para, de un lado, evitar penalizar o duplicar los sistemas de protección frente a las situaciones descritas –crianza de los hijos, cuidado de mayores y dependientes– y de otro, con el límite necesario, introducir los requisitos mínimos de cada permiso y las mejoras que no resultan absorbibles. Modifica los siguientes preceptos: Art. 4.2 c) (sobre derechos de las personas trabajadoras en la relación laboral, especificando que el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de sus derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral será constitutivo de discriminación por razón de sexo). Art. 34.8 (para su acomodación al art. 9 de la Directiva (UE) 2019/1158, sobre fórmulas de trabajo flexible). Art. 37.3, letra a), para recoger otras formas de convivencia; letra b), transpone el permiso de cuidadores (amplía número de días y ámbito subjetivo incorporando a las personas convivientes sobre las que se llevará a efecto el cuidado efectivo, incluye a la pareja de hecho); nueva letra b, bis) (separa permiso por fallecimiento); nuevo apartado 9 (permite a trabajadores ausentarse por razones justificadas de urgencia familiar y que requieren presencia inmediata de aquéllas, previéndose como retribuidas las horas equivalentes a cuatro días al año, sin perjuicio de la regulación que puedan establecer los convenios colectivos). Arts. 37.4 y 6, y 46.3 (en caso de coincidencia en la misma empresa del disfrute por parte ambas personas progenitoras de permisos de lactancia, reducción de jornada o excedencia, la empresa debe aportar un plan de disfrute alternativo si concurren razones fundadas y objetivas de funcionamiento de la misma). Arts. 37.6 y 46.3 (incluyen a familiares por consanguinidad de las parejas de hecho en permisos vinculados al cuidado de dependientes). Se introduce una nueva letra o) en el art. 45.1 (“o) Disfrute del permiso

parental”). Art. 48.6. Nuevo art. 48 bis (permiso parental para cuidado de hijo o menor acogido por tiempo superior a un año, hasta que el menor cumpla ocho años, intransferible, con posibilidad de disfrute flexible). Arts. 53.4 y 55.5 (protección contra el despido derivada del disfrute de permisos de conciliación, recoge su disfrute entre las causas de nulidad). DA 19ª (cálculo de indemnizaciones en determinados supuestos de jornada reducida). El **título II** (art. 128) modifica el **EBEP** para acompañar el permiso por accidente o enfermedad grave a la Directiva (UE) 2019/1158. En el art. 48 a) (modifica ámbito subjetivo y duración de permisos); art. 48 l) añade el registro o constitución formalizada por documento público de pareja de hecho. Nueva letra g) en el art. 49 (permiso parental para el cuidado de hijo, hija o menor acogido por tiempo superior a un año, hasta el momento en que el menor cumpla ocho años). El **título III** (art. 129) modifica los artículos 108.2 y 122.2 de la **Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social**, en coherencia con las modificaciones de los arts. 53.4 y 55.5 TR Estatuto Trabajadores.

El libro tercero (arts. 130 a 151) versa sobre **medidas urgentes para la ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea**. El título I (arts. 130 a 146) regula las sanciones por incumplimiento de las obligaciones recogidas en el Reglamento (UE) 2021/784, de 29 de abril de 2021, sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea, y tiene como objeto garantizar el correcto funcionamiento del mercado único digital, mediante la lucha contra el uso indebido de los servicios de alojamiento de datos para la difusión entre el público de contenidos terroristas en línea y contribuyendo a la seguridad pública en todo el territorio nacional. El título II (art. 147) modifica los arts. 5, 62, 76, 77, DF 2ª y anexos III y IX del **TR Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial**, para implantar nuevo modelo de gestión de centros que imparten cursos de reeducación y sensibilización vial para la recuperación total o parcial de puntos (cumple STJUE de 19 de enero de 2023). El título III (art. 148) modifica la DA 3ª (introduce un nuevo apartado que tipifica como infracción el incumplimiento de la obligación de identificación e información al Registro Central de Titularidades Reales, así como de aquellas otras obligaciones previstas en el RD de creación de dicho Registro para las personas jurídicas, fideicomisos tipo trust y entidades o estructuras sin personalidad jurídica, siendo competencia del Ministerio de Justicia determinar la gravedad de las infracciones, el procedimiento sancionador, la determinación de sanciones y la competencia sancionadora) y los apartados 2, 3 y 4 de la DA 4ª (limitando el acceso a las personas u organizaciones a aquellos casos en los que se demuestre un interés legítimo) de la **Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo**, que regulan el acceso y uso del Registro de Titularidades Reales. El título IV (arts. 149 a 151) adapta el régimen jurídico de los servicios de arrendamiento de vehículos de turismo con conductor (VTC) a la STJUE de 8 de junio de 2023 por lo que modifica los arts. 99.4 y 99 (añade puntos 5, 6 y 7) de la **Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres**, establece medidas de sostenibilidad del transporte público en vehículos de turismo y declara el transporte de viajeros en taxi como servicio de interés público.

El libro cuarto (arts. 152 a 179) versa sobre la prórroga de determinadas de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad. El título

I (arts. 152 a 154) prorroga medidas en materia energética. El título II (arts. 155 a 167) amplía medidas de apoyo en materia de transportes marítimo; ayudas directas para empresas de transporte por carretera y al transporte de viajeros. El título III (arts. 168 a 173) extiende hasta el 31 de diciembre de 2023: a) la suspensión del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos para personas y hogares económicamente vulnerables sin alternativa ocupacional (modifica los arts. 1 y 1 bis del RDL 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19; art. 3 del RDL 401/2021, de 8 de junio y apartados 2, 3, 5, 6 DA 2ª del RDL 37/2020, de 22 de diciembre); b) la aplicación en el IVA del tipo impositivo del 0% y del 5% ; previendo la aprobación de operaciones presupuestarias para dar cumplimiento a las insuficiencias presupuestarias para financiar los gastos asociados a la atención de refugiados de Ucrania; c) previsión que impide a empresas beneficiarias de ayudas directas de este RDL, invocar el aumento de los costes energéticos como causa objetiva de despido. El título IV (arts. 174 a 179) prorroga determinadas medidas de apoyo para la reparación de los daños y para la reconstrucción económica y social de la isla de La Palma.

El libro quinto se refiere a la adopción de medidas urgentes en el ámbito financiero, socioeconómico, organizativo y procesal. El título I (arts. 180 a 182) contempla medidas urgentes en materia financiera: capítulo I (modifica, en lo que concierne a bonos garantizados, el RDL 24/2021, de 2 de noviembre); capítulo II (autorización para otorgamiento de avales al Banco Europeo de Inversiones para apoyo financiero a Ucrania), capítulo III (modifica la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito: clarifica régimen aplicable a las mismas y evita aplicación del régimen supletorio previsto en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas). El título II (arts. 183 a 190) contiene medidas en materia energética (modificación de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, e introducción como nueva figura de las comunidades de energías renovables) y de incentivo del vehículo eléctrico (incentivos fiscales en el IRPF e Impuesto de Sociedades, puntos de recarga...). El título III (art. 191) regula una línea de avales para cobertura parcial por cuenta del estado de la financiación para adquisición de primera vivienda destinada a residencia habitual y permanente por jóvenes y familias con menores a cargo. El título IV (arts. 192 a 205) contiene medidas de apoyo al sector agrario. En el título V (arts. 206 a 218) se contemplan medidas de carácter sanitario (capítulo I, relativas al COVID-19; capítulo II, derecho al olvido oncológico –modifica el art. 10 y la DA 5ª de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro y DA única TRLGDCU-; capítulo III, la fecha de entrada en vigor de la inclusión en el sistema de la Seguridad Social de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación prevista para el 1 de octubre de 2023 se demora al 1 de enero de 2024 y la posibilidad de suscribir un convenio especial para computar períodos de prácticas realizadas con anterioridad a su entrada en vigor, se amplía de dos a cinco años. Se aprueba una línea de avales del Estado para financiar operaciones de crédito destinadas a renovación de la flota controlada por armadores españoles para mejorar su rendimiento medioambiental. Se modifica la **Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones**, con el fin de minimizar la incertidumbre generada por la aplicación del **artículo 13.3.bis** a la verificación del requisito exigido para optar a subvenciones de importe superior a 30.000 euros, cuando los solicitantes sean únicamente sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen

medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y en cuanto al modo en que pueden acreditar los solicitantes el referido requisito. La nueva redacción da certidumbre sobre el modo en que la Administración va a exigir la acreditación del requisito que impone el precepto, el momento en que ha de hacerse, todos los elementos en juego y las posibilidades de que disponen los solicitantes, que se ven ampliadas, flexibilizándose la acreditación del requisito exigido. Se introduce un **nuevo art. 22 bis** (Informe de Procedimientos Acordados) **en el Reglamento de la Ley General de Subvenciones**. Se establece un régimen específico para el reintegro de subvenciones concedidas en el marco del Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia mediante el procedimiento de concesión directa a favor de entidades del sector público estatal, autonómico o local o asociaciones de entidades locales de ámbito estatal o autonómico, que están colaborando de forma valiosa y eficiente en la consecución de los objetivos del Plan. En materia de empleo público, se autoriza una tasa adicional a las Administraciones Públicas para que convoquen procesos selectivos conforme a la disposición adicional octava de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas para reducir la temporalidad en el empleo público. Se incluye una modificación de la **DA 48ª de la LPGE para 2023**, para facilitar la tramitación y ejecución del PERTE de Microelectrónica y Semiconductores (PERTE Chip). El título VI contiene medidas de carácter organizativo y de mejora de la eficiencia administrativa. El capítulo I modifica arts. 18, 36, 38 y 50 Ley **15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia**, para mejorar el funcionamiento de la CNMC y de los procedimientos regulados en dicha ley. El capítulo II añade un apartado 3 al art. 107 de la **Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito**. El capítulo III, modifica el artículo **8.6 y la DA 3ª de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno** (para que la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios pueda realizar telemáticamente de forma ordinaria, no solo en situaciones excepcionales o de crisis, sus reuniones, deliberaciones y adopción de decisiones) y la **Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones**, introduciendo un nuevo art. 32 bis (extinción judicial a instancia del Protectorado), un nuevo apartado 4 en el art. 36 y la modificación de la DF 1ª.2 b). El título VII (arts. 223 a 226) establece medidas de carácter procesal, que merecen un examen con especial detenimiento:

- En el ámbito de la jurisdicción penal, el *capítulo I* modifica los **arts. 746, 855, 858, 882 y 889 LECrim**, introduciendo medidas que permitan una mayor conciliación de la vida personal y familiar con el desempeño profesional de las personas profesionales de la abogacía, la procura y los graduados y las graduadas ante los tribunales de justicia, así como la regulación de la baja por nacimiento y cuidado de menor como causa de suspensión del curso de los autos y no solo de las vistas u otros señalamientos. Además, comprende todas aquellas medidas que se consideran compatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva de la ciudadanía y no ocasionadoras de indefensión, como la suspensión de vistas u otros actos procesales, de actos de comunicación y del curso del procedimiento cuando acontezcan determinadas circunstancias. Se modifica la regulación del recurso de casación penal para, ante la situación existente en la Sala Segunda del TS, introducir una serie de filtros consistentes, por un lado, en exigir que se incluya en el escrito un breve extracto del motivo o motivos de casación que se pretenden esgrimir, así como que se cite el precepto del CP de carácter sustantivo que se considere vulnerado; y, por otro, prever expresamente que la AP la Sala de lo Penal de la AN puedan tener por no preparado el recurso, en el caso de que el motivo o motivos se aleguen por otra vía distinta a la prevista

en el art. 849.1 LECrim (error de Derecho) o no se cite el precepto del CP de carácter sustantivo, que se considere vulnerado.

- En el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, el *capítulo II* modifica el **art. 37.2**, introduce un **apartado 5 en el art. 56** y modifica los **arts. 88.3 b), 89.5, 90.1 y 90.3 a) y 94 LJCA**. Se mejora el mecanismo del pleito testigo para lograr una mayor eficiencia en la gestión del fenómeno de la litigiosidad en masa. Para reducir la pendencia en juzgados y tribunales y la masiva entrada de asuntos en la citada Sala del TS, se introduce la facultad de que los órganos jurisdiccionales puedan suspender los procedimientos en la instancia una vez que la referida Sala haya admitido algún recurso de casación en el que se suscite la misma cuestión controvertida que en aquellos. En cuanto al recurso de casación, su tramitación se dota de mayor agilidad, acortando el plazo de personación de las partes ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS que sigue a la decisión de la Sala de instancia de tener por preparado el recurso y el plazo para la eventual audiencia a las partes personadas que, con carácter excepcional, puede acordar la Sala si considera que las características del asunto aconseja oírles acerca de si el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

- En el ámbito de la jurisdicción civil, el *capítulo III* reforma la **LEC**: introduce un **nuevo apartado 3 en el art. 134; modifica el art. 151.2**; modifica la **rúbrica y añade los apartados 3, 4 y 5 al art. 179** (impulso procesal y suspensión del proceso por acuerdo de las partes o por otras circunstancias); modifica la **rúbrica y el artículo 183. 1 y 2** (solicitud de nuevo señalamiento de vista u otros actos procesales); modifica la **rúbrica y el apartado 1**, y **añade un apartado 3 al art. 188** (suspensión de las vistas u otros actos procesales); **añade un apartado 3 al art. 189; art. 477** (motivo del recurso de casación y resoluciones recurribles en casación); modifica el **art. 478.1** (conocimiento del recurso de casación); **art. 479** (interposición del recurso. Denuncia previa en la instancia. Tramitación preferente); **art. 481** (contenido del escrito de interposición del recurso); **art. 482** (remisión de los autos. Emplazamiento de las partes. Negativa a expedir certificaciones); **apartado 1 del art. 483** (decisión sobre la admisión del recurso); **art. 484.1; art. 485** (admisión y traslado a las otras partes); **art. 486** (deliberación, votación y fallo. Eventual vista); **art. 487** (sentencia. Efectos); **se suprime el Capítulo VI del Título IV del Libro II, en materia de recurso en interés de la Ley, dejando sin contenido los arts. 490 a 493**. Se introducen medidas de conciliación y se modifica el régimen del recurso de casación. Así, el modelo actual de recursos extraordinarios en materia civil, casación e infracción procesal, creado por la propia LEC, separó la denuncia de las infracciones procesales (materia del recurso extraordinario por infracción procesal) de las sustantivas (objeto del recurso de casación), reservando este último al TS o a los TSJ, en el caso de normas de derecho civil foral o especial propias de las CCAA con competencia para ello. Atendiendo a la reforma, la previsión de dos recursos diferentes, en función de la naturaleza procesal o sustantiva de la infracción, y de tres cauces distintos de acceso (procesos sobre tutela civil de derechos fundamentales, cuantía superior a 600.000 euros e interés casacional) no resulta operativa en el actual desarrollo del derecho privado. Por otra parte, las sucesivas reformas de la LEC han situado las cuestiones socialmente más relevantes en procedimientos sin cuantía, por razón de la materia. En la misma línea, la propia evolución de la litigiosidad hacia materias que afectan a amplios sectores de la sociedad, con un peso cada vez más importante del derecho de la Unión Europea y de la jurisprudencia del TJUE,

evidencia que las partes y los tribunales tienen cada vez más difícil deslindar nítidamente las normas sustantivas de sus implicaciones procesales a efectos de los recursos extraordinarios. Esta situación exige la reforma de la ley, en el sentido de atribuir al recurso de casación el tratamiento que reclama su naturaleza de recurso extraordinario dirigido a controlar la correcta interpretación y aplicación de las normas aplicables, en consonancia con la reiteradísima jurisprudencia del TC, del TEDH y de la propia Sala Primera de lo Civil de nuestro TS insistiendo en el especial rigor de los requisitos de admisión del recurso de casación.

- En el ámbito de la jurisdicción social, el capítulo IV **añade un apartado 4 al art. 83 LRJS**; modifica el **art. 225** (decisión sobre la admisión del recurso); y **añade el art. 225 bis** (suspensión de recursos de casación pendientes de tramitación en caso de identidad jurídica sustancial). Se pretende dotar de mayor agilidad la tramitación de los recursos de casación para la unificación de doctrina, introduciendo algunas modificaciones, como la eliminación del recurso contra el auto de inadmisión por falta de subsanación de defectos cuando la parte ya ha sido advertida y requerida para subsanación, dejando pasar el plazo. Es la misma solución que la LRJS ya establece para los autos de inadmisión por incumplimiento de manera manifiesta e insubsanable de los requisitos procesales para preparar o interponer el recurso, por carencia sobrevenida del objeto del recurso, por falta de contenido casacional de la pretensión y por haberse desestimado en el fondo otros recursos en supuestos sustancialmente iguales. Se elimina el trámite de audiencia previa al recurrente respecto de ciertas causas de inadmisión sobre las cuales necesariamente habrá de haber efectuado alegaciones en dos momentos diferentes -escrito de preparación y escrito de interposición de recurso-. Se mantiene la audiencia a la parte cuando la causa de inadmisión escapa del contenido de aquellos escritos como sucede con la falta de contenido casacional de la pretensión y el haberse desestimado en el fondo otros recursos en supuestos sustancialmente iguales.

La parte final del real decreto-ley contiene cinco disposiciones adicionales, diez disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y nueve disposiciones finales.

La **DA 1ª** se refiere a los derechos laborales derivados de modificaciones estructurales, en relación con el libro primero del RDL; la **DA 2ª** se dicta en materia de sociedades colectivas o irregulares; la **DA 3ª** en relación con el régimen aplicable a las operaciones de transformación, fusión, escisión y cesión global o parcial de activos y pasivos entre entidades de crédito y entre entidades aseguradoras; la **DA 4ª** sobre el régimen para la adaptación de los Estatutos de las cooperativas de crédito; y la **DA 5ª** matiza que la referencia al 30 de junio de 2023 de la DT 3ª de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, se entenderá hecha al 31 de diciembre de 2023.

La **DT 1ª** prevé la aplicación de las disposiciones contenidas en el libro primero a las modificaciones estructurales de sociedades mercantiles que se encuentren pendientes de aprobación a la entrada en vigor del RDL. Las **DT 2ª y 3ª** determinan el régimen aplicable en materia de adaptaciones de jornada y permisos regulados en el libro tercero del presente real decreto-ley tras la entrada en vigor del mismo. La **DT 4ª** se ocupa de los contratos de gestión e impartición de los cursos de sensibilización y reeducación vial vigentes. La **DT 5ª** se refiere a la aplicación de los criterios medioambientales, de la gestión del transporte,

del tráfico y del espacio público a los procedimientos que estén pendientes en la fecha de su entrada en vigor. La **DT 6^a**, al régimen aplicable a las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor suspendidas por no adscripción de vehículo. La **DT 7^a** prevé la aplicación de la modificación del artículo 13.3 bis de la LGS a los procedimientos de subvenciones públicas iniciados a partir del 19 de octubre de 2022 y pendientes de resolución, sin que sea necesario cambiar las correspondientes bases reguladoras. Establece el régimen transitorio aplicable a las empresas que soliciten la línea de ayudas para la compensación de los costes adicionales debidos al aumento excepcional de los precios del gas natural durante 2022, regulada en el artículo 59 del RDL 20/2022, de 27 de diciembre. La **DT 8^a** fija los plazos para la aplicación de las medidas urgentes en materia de apoyo al sector agrario por causa de la sequía. La **DT 9^a** aclara que los procedimientos en materia de defensa de la competencia iniciados antes de la entrada en vigor del RDL seguirán rigiéndose por la normativa anterior. Y la **DT 10^a** contempla el régimen transitorio de las medidas de carácter procesal.

La **DD única** dispone la derogación de cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan al contenido del RDL y, en concreto, la de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

La **DF 1^a** modifica el TRLISOS, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, para establecer un régimen sancionador adecuado a la nueva regulación en materia de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. La **DF 2^a** modifica la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. La **DF 3^a** modifica el TRLSC, a fin de adaptarlo a lo dispuesto en la Directiva (UE) 2019/2121, de 27 de noviembre, sobre modificaciones estructurales de sociedades de capital. La **DF 4^a** modifica los arts. 317.3 y 399 ter 1; y da una nueva redacción a los arts. 317 bis y 631.3 del TR Ley Concursal, que responden a la necesidad de adaptar estas previsiones a la nueva regulación en materia de modificaciones estructurales de sociedades de capital. La **DF 5^a** modifica la DA 120^a de la LPGE para el año 2023. La **DF 6^a** recoge la salvaguardia del rango de ciertas disposiciones reglamentarias. La **DF 7^a** detalla los títulos competenciales que amparan al Estado para aprobar las medidas recogidas en este RDL. La **DF 8^a** identifica las normas de derecho de la UE incorporadas al derecho español mediante este RDL. Y la **DF 9^a** determina la entrada en vigor de esta norma.