

CIRCULARES, INSTRUCCIONES Y ORDENES DE SERVICIO: NATURALEZA Y REGIMEN JURIDICO

Por

MAR MORENO REBATO
Profesora de Derecho Administrativo
de la Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. *Planteamiento general.* 2. *Presupuestos de partida: la naturaleza jurídica de las circulares, instrucciones y órdenes de servicio en la legislación positiva y en la doctrina, desde la LPA hasta la LOFAGE.*—II. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 1. *Naturaleza jurídica atribuida por el TC a las instrucciones y circulares en los supuestos enjuiciados.* 2. *Conclusiones que se desprenden de los anteriores pronunciamientos.*—III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: 1. *Distintas calificaciones sobre su naturaleza jurídica:* A) Sentencias en las que se les atribuye naturaleza reglamentaria: a) Instrucciones y circulares como reglamentos externos (efectos *ad extra* de la organización). b) Instrucciones y circulares como reglamentos internos u organizatorios. B) Sentencias en las que se les atribuye naturaleza de acto administrativo. C) Sentencias en las que se les atribuye naturaleza de normas internas. 2. *Conclusiones que se desprenden de los anteriores pronunciamientos.*—IV. CONCLUSIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

1. *Planteamiento general*

El objeto del presente estudio no radica en dar respuesta a la polémica naturaleza jurídica de las instrucciones y circulares; es decir, a la calificación que a estos actos jurídicos de la Administración corresponde dentro de la teoría general del Derecho Administrativo (1). La pretensión es mucho más modesta: se trata de poner de relieve, por una parte, la naturaleza jurídica que les han atribuido el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en los supuestos, concretos, en los que se ha residenciado ante ellos el conocimiento de recursos articulados, directa o indirectamente, contra instrucciones y circulares y, por otra parte, cómo los órganos superiores —bajo la apariencia formal de estar ejerciendo una potestad ínsita a la je-

(1) Vid., entre otros, M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Instrucciones y Circulares como fuente del Derecho Administrativo*, núm. 48 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1965, págs. 107 y ss.; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, págs. 727-732; J. PAREJO ALFONSO, *Manual de Derecho Administrativo*, vol. I, Ed. Ariel, 1996, págs. 192-193; G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, 1993, págs. 685-697, y P. MENÉNDEZ, *Las potestades administrativas de dirección y de coordinación territorial*, Ed. Civitas, 1993, págs. 52-65.

rarquía organizativa como es la de dirigir y ordenar la actividad de los órganos inferiores— están ejerciendo *de facto*, en numerosas ocasiones, una auténtica potestad reglamentaria sin sujeción ni respeto a los límites formales y sustanciales que garantizan la validez de las disposiciones normativas (2).

El artículo 21 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992), lejos de solucionar los problemas planteados, en la práctica, de hecho va a servir de cauce formal a la Administración para seguir haciendo un mal uso, cuando no un abuso, de estos instrumentos jurídicos. Todo ello con el respaldo de una jurisprudencia muy vacilante, e incluso contradictoria, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en torno a su naturaleza y régimen jurídico.

Sólo una delimitación, precisa, del posible contenido de estos instrumentos jurídicos impediría que un mismo contenido pueda calificarse como norma o como acto según la voluntad del órgano administrativo (3).

2. *Presupuestos de partida: la naturaleza jurídica de las circulares, instrucciones y órdenes de servicio en la legislación positiva y en la doctrina, desde la LPA hasta la LOFAGE*

El artículo 7 de la LPA (Ley de Procedimiento Administrativo) disponía que los órganos superiores podrán dirigir la actividad de los inferiores mediante instrucciones y circulares.

El artículo 7 se inscribía en el Título I (los órganos administrativos), Capítulo I (principios generales y competencia), con lo cual era evidente que las instrucciones y circulares eran una manifestación, clara, de la jerarquía orgánica; es decir, de la potestad directiva de los órganos superiores respecto a los inferiores.

Por otra parte, la LRJAE (Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado), en su artículo 23.2, establecía (4) el orden de jerarquía de las disposiciones administrativas generales, especificando que por debajo de las Ordenes Ministeriales podían existir otras disposiciones administrativas generales de autoridades y órganos inferiores, según el orden de su respectiva jerarquía; dejando sin acotar, por tanto, qué órganos ostentaban la titularidad de la potestad reglamentaria. El artículo 27 de la LRJAE

(2) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, 8.ª ed., 1997, págs. 176-194.

(3) Sobre la distinción del régimen jurídico, propio, de reglamentos y actos, vid. J. GONZÁLEZ SALINAS, *Notas sobre algunos de los puntos de referencia entre ley, reglamento y acto administrativo*, núm. 121 de esta REVISTA, 1990, págs. 159-211; también en *Actualidad y Perspectivas del Derecho Público a fines del siglo XX. Libro homenaje al profesor GARRIDO FALLA*, vol. I, Ed. Complutense, 1993, págs. 399-438.

(4) Artículo derogado por la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Vid. disposición derogatoria única, 1.a).

establecía (5) la naturaleza reglamentaria de las instrucciones y circulares, y el artículo 18 de la misma Ley disponía (6) que los Subsecretarios y Directores Generales, en cuanto se refiere a la organización interna de los servicios dependientes de los mismos, podían dictar circulares e instrucciones (si bien este artículo parecía referirse al ejercicio de un mero poder jerárquico).

La LRJAE, por tanto, hizo referencia también a las instrucciones y circulares pero configuró a estos actos jurídicos de la Administración como una manifestación de la potestad reglamentaria.

Por tanto, bajo el mismo nombre, con la LPA y la LRJAE nos encontramos con instrucciones y circulares cuya naturaleza y régimen jurídico eran los de actos no normativos de las Administraciones Públicas que se inscribían en el poder jerárquico (art. 7 LPA) —con lo que se configuraban como un poder que tenía todo órgano superior con respecto a sus inferiores— y con instrucciones y circulares de auténtica naturaleza reglamentaria (LRJAE); es decir, actos normativos. El problema que planteaba esta dualidad de actos jurídicos —normativos y no normativos— residía en que los órganos con potestad reglamentaria (LRJAE) podían hacer uso de ambos, lo que planteaba el problema del buen o el mal uso que hicieran de unos instrumentos jurídicos con un régimen completamente distinto: procedimiento de elaboración, publicación o no de los mismos, ulterior régimen de impugnación... (7).

(5) Artículo derogado por la LOFAGE (Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado), de 15 de abril de 1997. Vid. disposición derogatoria, ap. 1.a) en relación con el 2.a).

(6) Artículo derogado por la LOFAGE. Vid. nota anterior.

(7) La mayoría de la doctrina española ha entendido, tradicionalmente, que las instrucciones y circulares carecen de valor normativo; es decir, les ha negado su posible carácter normativo. No obstante, tanto ROYO-VILLANOVA como GARRIDO FALLA, GONZÁLEZ PÉREZ y BOQUERA OLIVER, en sus trabajos advierten que en muchos casos las circulares e instrucciones pueden encubrir auténticos reglamentos que, en expresión de GARRIDO, vienen a delimitar derechos y situaciones jurídicas de los particulares. Cfr. A. y S. ROYO-VILLANOVA, *Elementos de Derecho Administrativo*, I, 26.ª ed., 1965, pág. 58; F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, 3.ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, pág. 265; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, Publicaciones Abella, Ed. El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 1964, págs. 608 y 609; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos*, núm. 27 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1958, pág. 83, en nota, y también en *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control judicial*, Ed. Tecnos, 2.ª ed., 1980, pág. 16; BOQUERA OLIVER, *La publicación de disposiciones generales*, núm. 31 de esta REVISTA, 1960, pág. 72.

Por otra parte, en encuentran autores como BAENA DEL ALCÁZAR o Sebastián MARTÍN-RETORTILLO que afirmaron la posible naturaleza reglamentaria de las instrucciones y circulares. En concreto, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO: «... El posible carácter normativo de las circulares dentro de nuestro derecho positivo, ha sido implícitamente sancionado, por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, artículo 27 del texto refundido de 26 de julio de 1957...». «... Ello a su vez plantea el problema de que no pueden ser dictadas más que en la medida y en la materia en que el órgano que las emanó detente la potestad reglamentaria... en el Derecho español... toda la actividad intervencionista en materia industrial y de abastecimiento se ha desarrollado en buena parte por medio de circulares...». Cfr. M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Instrucciones y Circulares como fuentes del Derecho Administrativo*, núm. 48 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1965, y S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El exceso de poder como vicio del acto administrativo*, núm. 23 de esta REVISTA, mayo-agosto 1957, pág. 152, en nota 144.

La Constitución española de 1978 incidió, directamente, en la titularidad de la potestad reglamentaria al no atribuir ésta a otro órgano que no fuera el gobierno (art. 97 CE), reabriéndose, de nuevo, el debate doctrinal sobre la titularidad de la potestad reglamentaria y, más en concreto, el debate sobre la interpretación que, a la vista de los nuevos preceptos constitucionales, habría de darse a los artículos 14.3 y 23 LRJAE (aunque también, indirectamente, de los arts. 18 y 27 de la misma); en el sentido de establecer si, tras la Constitución, era posible atribuir a otro órgano distinto del gobierno la titularidad de la potestad reglamentaria (8). El debate doctrinal quedó zanjado en el sentido siguiente: el gobierno es el titular de la potestad reglamentaria originaria, correspondiendo al resto de órganos (arts. 14.3 y 23 LRJAE) la potestad reglamentaria derivada; es decir, necesitada de concretas habilitaciones legales, e incluso reglamentarias, en todo lo que no fuera organización interna. Más en concreto, el poder reglamentario de los ministros, salvo en las cuestiones organizativas de carácter doméstico propias de su Departamento (incluyendo, acaso, las relaciones de supremacía especial), no es un poder reglamentario originario sino derivado, fruto de específicas habilitaciones legales, y lo mismo es referible a «las autoridades y órganos inferiores» a los que se refería el artículo 23 LRJAE. En estos casos se trata también, como dice el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, de un poder doméstico, restringido en su alcance al ámbito estrictamente organizativo, o de un poder derivado que se ejerce en virtud de habilitaciones legales concretas; poniendo como ejemplo de esto último a las Circulares y Resoluciones de Direcciones Generales en cuanto, como es frecuente, incluyan «normas interpretativas o aclaratorias», si bien éstas carecerán de valor normativo propio para los ciudadanos y los tribunales (9).

Acotando lo expuesto al tema que nos ocupa, aun con la nueva interpretación dada a los artículos 14.3 y 23 LRJAE, tras la CE, no hubiera sido imposible interpretar —sin forzar las técnicas interpretativas— que los órganos titulares de la potestad reglamentaria podían seguir dictando dos tipos de instrucciones y circulares. Unas con contenido reglamentario; por

(8) Vid. J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *La potestad reglamentaria del gobierno y la Constitución*, núm. 87 de esta REVISTA, 1979; M. BASSOLS COMA, *Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución*, núm. 88 de esta REVISTA, 1979; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Ed. Civitas, 3.ª ed., 1979; J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR ESCURRA, *Principios de Derecho Administrativo I*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1982, págs. 210 y ss.; ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo I*, Ed. Tecnos, 1986, págs. 140 y ss.; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Ed. Centro Ramón Areces, 1989, págs. 755 y ss. En este debate también es importante no olvidar la posición de los constitucionalistas, en especial la de Ignacio DE OTTO. Para este autor, los Ministros son titulares de potestad reglamentaria —directamente atribuida por la Constitución— y pueden dictar reglamentos *praeter* o *extra legem* —sin necesidad de habilitación legal— y no sólo en materia organizativa. Vid. I. DE OTTO, *Derecho Constitucional —sistema de fuentes—*, Ed. Ariel Derecho, 1989, págs. 219 y ss.

(9) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...* —en todas sus ediciones, antes y después de la Constitución—. En concreto, 8.ª ed., 1997, págs. 179 y 180.

ejemplo, un Director General que dictase una instrucción o circular —de naturaleza reglamentaria— basándose en la habilitación concedida en una Orden Ministerial o un Decreto o, incluso, dictar una instrucción o circular de naturaleza reglamentaria en el ámbito de la organización interna sin necesidad de habilitación legal o reglamentaria. Y otras sin contenido reglamentario alguno, como cualquier otro órgano administrativo que ejercita su poder jerárquico con respecto a sus órganos inferiores (art. 7 LPA).

La Ley 30/1992 deroga, entre otros, el artículo 7 de la LPA y establece, en su artículo 21, lo siguiente:

«1. Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio.

Cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el periódico oficial que corresponda.

2. El incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir» (10).

El artículo 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, encuentra su antecedente más inmediato en el artículo 7 de la LPA. A pesar de la mayor extensión del artículo 21 de la Ley 30/1992 —con respecto al anterior art. 7 de la LPA—, pocas son las mejoras introducidas por la Ley para esclarecer el régimen jurídico de estos actos jurídicos de la Administración y muchas son, por otra parte, las cuestiones que suscita esta nueva regulación.

La primera novedad introducida por la Ley 30/1992 es la supresión de la expresión «circulares» y la inclusión de las «órdenes de servicio». Por tanto, según esta nueva redacción, los órganos superiores sólo podrán dirigir la actividad de los órganos inferiores a través de instrucciones y órde-

(10) La doctrina entiende que las instrucciones y órdenes de servicio contempladas en el artículo 21 de la Ley 30/1992 constituyen una regla de funcionamiento típica de la relación de jerarquía a través de la cual se efectúa la función directiva. Cfr. L. ORTEGA, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, dirigido por J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN, Ed. Tecnos, 1.º ed., 1993, pág. 81; L. COSCULLUELA MONTANER, *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Carperi, 1993, pág. 112; J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Civitas, 1997, págs. 515-522; R. PARADA VÁZQUEZ, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Marcial Pons, 1993, págs. 114-115 —no obstante, el profesor PARADA precisa que instrucciones y órdenes de servicio se diferencian en razón de su contenido, «pues la instrucción de servicio o circular puede implicar: a) el desarrollo de un texto legal o reglamentario cuando uno u otro lo autorizan expresamente (instrucciones normativas)...»—; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, op. cit., págs. 179 y 180.

nes de servicio. Sin embargo, en el terreno de los hechos, la Administración sigue dictando circulares (11).

La supresión de la expresión «circular» parece obedecer, según entien- de la doctrina, a la voluntad del legislador de acabar con la confusión que se producía respecto al régimen jurídico, propio, de las circulares normati- vas y de las no normativas (12) y, lo que es lo mismo, clarificar su carácter *ad intra*, sin que en ningún caso puedan clasificarse como disposiciones administrativas generales (13). Aunque, por este mismo motivo, no se entien- de por qué no se hizo lo mismo con la expresión «instrucción», ya que la Ley 30/1992 no derogó los artículos 23.2 y 27 de la LRJAE (14).

Más interesante es la segunda novedad introducida por el artículo 21 de la Ley 30/1992: la publicación de las instrucciones y órdenes de servicio. Obviamente, la publicación de una instrucción o una orden de servicio no las convierte en normas. Aunque la Ley no lo diga expresamente, hay que entender que, para su mayor difusión, en algunos supuestos se hace necesaria su publicación. La Ley distingue tres supuestos, totalmente distintos entre sí (que pueden dar lugar a la publicación de instrucciones y órdenes de servicio): «cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse».

(11) En este sentido, vid. Real Decreto 266/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria («BOE» núm. 64, de 16 de marzo de 1995), que, entre otras cuestiones, se ocupa de adecuar los procedimientos incluidos en este Real Decreto a la Ley 30/1992 —tal y como dispone su preámbulo— y establece en su artículo 64.2: «La Dirección General de Objeción de conciencia podrá cursar directamente instrucciones, *circulares* u órdenes particulares a los centros y servicios en que los objetores realicen la prestación social en relación con su régimen jurídico o con aquellos aspectos que se expresen en los correspondientes conciertos». En esta misma línea cabe encuadrar la *Circular* del Director General de Centros Docentes (Ministerio de Educación y Cultura) de 15 de julio de 1996, sobre organización de los centros públicos que impartan BUP/COU, formación profesional, garantía social y educación secundaria durante el curso escolar 1996/97. Obviamente, el Ministerio de Educación y Cultura parece ignorar la existencia del artículo 21 de la Ley 30/1992, denominando a este «documento» circular. Esta circular, no publicada, fue dictada sin seguir el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas generales y, entre otras cosas, procede a aumentar la *ratio* de alumnos por aula establecida en el artículo 17 del Real Decreto 986/1991, según redacción dada por el Real Decreto 1487/1994. El citado artículo establece que el número máximo de alumnos por aula en el primer curso de la ESO será de 30 y la circular establece: «1.1. ... con el fin de asegurar la correcta escolarización de los alumnos que lo precisen... los grupos podrán contener del orden de hasta un diez por ciento más de alumnos de los establecidos». Por otra parte, establece la posible supresión de clases de recuperación: «3.7. Las actividades de recuperación dirigidas a alumnos con evaluación negativa podrán programarse siempre que no requieran la incorporación de profesores al Instituto, y de acuerdo con las condiciones establecidas en la letra a) de la instrucción 68 de la Orden de 29 de junio de 1994». También contempla la supresión de asignaturas optativas: «1.4. ... No se podrá autorizar la impartición de materias optativas con un número de alumnos inferior al mínimo establecido: 15 con carácter general y 10 para las de oferta obligada en educación secundaria obligatoria», etc.

(12) Vid. L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo I*, Ed. Civitas, 1997, pág. 116.

(13) Vid. L. ORTEGA, *La nueva Ley...*, op. cit., pág. 81.

(14) Habiendo sido derogado el artículo 27 —pero no el 23.2— por una ley muy posterior, la LOFAGE (15-4-97).

El primero de los supuestos no plantea, en principio, problema alguno ya que, publicadas o no —si es que una disposición específica lo ha creído conveniente—, las instrucciones y órdenes de servicio son susceptibles de producir los mismos efectos con respecto a sus destinatarios —en todo caso, efectos *ad intra* de la organización—. Podría entenderse que la publicación, en estos casos, opera como un requisito para la exigencia de su cumplimiento (15). No obstante, esta afirmación es difícilmente conciliable con el principio de jerarquía orgánica y, por tanto, con la obligación de los órganos inferiores de obedecer las instrucciones y órdenes de los superiores; obligación que en caso de incumplimiento puede traer aparejada la puesta en marcha, por el órgano superior, de toda una serie de poderes ínsitos en el poder jerárquico como, por ejemplo, la avocación de la competencia y, muy especialmente, el poder disciplinario.

El segundo de los supuestos, «o se estima conveniente por razón de los destinatarios», resulta de más difícil comprensión, porque ¿qué otros destinatarios puede tener una instrucción u orden de servicio que no sean los órganos inferiores? (art. 21.1). El problema, en este punto, se puede plantear respecto a aquellos que sin ser órganos inferiores se sitúan, respecto a la Administración, en una relación de supremacía especial: ¿pueden ser éstos destinatarios de instrucciones y órdenes de servicio? La Orden 689/1997, de 26 de marzo, del Consejero de Educación y Cultura de la Comunidad Autónoma de Madrid, por ejemplo, entiende que sí (16). Esta Orden, por la que se convocan ayudas para la realización de proyectos de investigación en Humanidades y Ciencias Sociales, establece, en su Disposición Final: «Se faculta a la Dirección General de Investigación para resolver cuantas cuestiones surjan de la aplicación de la presente Orden, procediendo, si es preciso, a dictar y *publicar* las instrucciones necesarias para su *desarrollo* y cumplimiento.» De aceptarse esta posibilidad, las instrucciones y órdenes de servicio desplazarían y dejarían sin campo propio de actuación a los reglamentos internos u organizatorios.

El tercero de los supuestos, «o de los efectos que puedan producirse», es todavía más incomprensible, porque ¿qué otros efectos que no sean los efectos *ad intra* de la organización pueden producir las instrucciones y órdenes de servicio, según establece el propio artículo 21.2? Al hilo de este supuesto es donde la ley debería haber determinado cuál es el posible contenido de estos actos jurídicos de la Administración; entendiéndose, entonces, cuáles son los posibles efectos que instrucciones y órdenes de servicio pueden crear: ¿imponer una determinada interpretación de las normas jurídicas, imponer nuevos deberes a los funcionarios, dar una nueva organización a las unidades administrativas, introducir requisitos no previstos en las normas que los órganos administrativos deben exigir, en última instancia, a los ciudadanos...?

(15) Vid. L. ORTEGA, *La nueva Ley...*, op. cit., pág. 81.

(16) Publicada en el «BOCAM» el martes 15 de abril de 1997. Los destinatarios de esta Orden son, claramente, aquellos que soliciten proyectos de investigación.

La publicación, o no, de instrucciones y órdenes de servicio no afecta a la validez de las mismas —y esto a diferencia de la publicación de las normas jurídicas— y, por tanto, publicadas o no, las Administraciones Públicas no pueden desconocerlas porque esto supondría ir contra sus propios actos. A estos actos jurídicos de la Administración también les es aplicable la doctrina de los actos propios. No obstante, si éstas no están publicadas porque una disposición específica no lo establezca o no se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, la existencia de éstas deberá acreditarse en el proceso de conformidad con las reglas de la prueba; pues en estos casos el Tribunal no estará obligado a aplicarlas de oficio (STC 150/1994, de 23 de mayo). Es más, la publicación, o no, de las instrucciones y órdenes de servicio tampoco es un requisito de eficacia —y esto a diferencia de los actos administrativos, donde la publicación (art. 60 de la Ley 30/1992), como «sucedáneo» de la notificación, demora los efectos que se puedan producir para sus destinatarios (en todo caso, efectos *ad extra* de la organización)—.

Por último, el apartado segundo del artículo 21 expresa, literalmente, lo que doctrinal y jurisprudencialmente ya estaba claro con el anterior artículo 7 de la LPA: que las instrucciones y circulares, como manifestación de la jerarquía organizativa mediante las cuales los órganos superiores dirigen la actividad de los inferiores, sólo podían producir efectos *ad intra* de la organización (17). Por este motivo, los actos dictados por los órganos administrativos incumpliendo estas instrucciones —u órdenes de servicio— son completamente válidos, con independencia de la responsabilidad disciplinaria en la que puede incurrir el titular del órgano administrativo por haberla incumplido.

Por otra parte, la Ley 30/1992 no derogó totalmente la LRJAE, tan sólo derogó expresamente los artículos incluidos en su disposición derogatoria segunda, apartado *a*), entre los que no se encontraba el artículo 23 ni el 27 (ni tampoco el 18 y el 14.3), que establecen, respectivamente, el orden de jerarquía de los reglamentos y la naturaleza reglamentaria de las instrucciones y circulares. No obstante, la Ley 30/1992 dispone en su artículo 51.3 que «*las disposiciones administrativas se ajustarán al orden de jerarquía que establezcan las leyes*».

La Ley 30/1992, en lo referente al Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, debe haber incluido cualquier materia básica de carácter general, es decir, aplicable a todas las Administraciones Públicas; dejando tan sólo de recoger las particularidades exclusivamente aplicables a la Administración del Estado, que se contenían en la LRJAE. Los preceptos no derogados de la LRJAE, por el hecho de no haber sido recogidos en la Ley 30/1992, perdieron cualquier posible consideración de legislación básica de carácter material, siendo preceptos de legislación ordinaria aplicables,

(17) Cfr., entre otras, SSTC 54/1990, de 28 de marzo, y 150/1994, de 23 de mayo; SSTS 5 de julio de 1995 (R. Ar. 5991), 13 de octubre de 1995 (R. Ar. 7343), 13 de julio de 1995 (R. Ar. 7948).

exclusivamente, al Estado (y sólo de aplicación meramente supletoria a las Comunidades Autónomas, art. 149.3 CE) (18).

La única materia básica que establece la Ley 30/1992 con respecto al orden de jerarquía de las disposiciones administrativas generales, de cualquier Administración, es que ésta debe venir establecida mediante ley. Por lo tanto, será una ley estatal la que establezca, por ejemplo, para la Administración del Estado, cuál es el orden de jerarquía de los reglamentos estatales, pudiendo establecer, o no, si las instrucciones y circulares pueden tener carácter reglamentario. Esta ley será, obviamente, una ley ordinaria que, al no tener más límite, como materia básica, que la reserva de ley contenida en el artículo 51.3 de la Ley 30/1992, podrá ser derogada por cualquier otra ley posterior que establezca una jerarquía distinta; ley que perfectamente podrá ser una ley sectorial.

La LOFAGE (19), en el ámbito de la Administración del Estado, derogó con carácter general la LRJAE —disposición derogatoria 1.ª, ap. a)—, si bien la disposición derogatoria segunda estableció que en tanto no entrase en vigor la ley que regulara el Gobierno mantendrían su vigor determinados artículos de la LRJAE, entre los que se encontraba el artículo 23.2 —aunque no el 14.3, el 18 y el 27—; precepto que, como ya hemos indicado anteriormente, no ha tenido carácter de básico; correspondiendo su aplicación directa, únicamente, a la Administración del Estado.

El hecho de que la LOFAGE dejase en vigor el artículo 23.2 de la Ley 30/1992 hasta que se dictase la Ley del Gobierno suscita, al menos, una cuestión paradójica ya que, por una parte, la voluntad del legislador fue hacer pervivir la posibilidad de que los órganos inferiores al Ministro pudiesen seguir ejerciendo la potestad reglamentaria pero, *de facto*, al haber derogado el artículo 27 LRJAE, no se concretó bajo qué cobertura formal podían hacerlo.

Una vez dictada la ley que regula el Gobierno (20), ésta establece de forma taxativa, en los artículos 23 y 25, que el ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde al Gobierno de acuerdo con la CE y las leyes y que las Ordenes Ministeriales ocupan el último escalón dentro de la jerarquía normativa. Este hecho, unido a que la LOFAGE no atribuye a otros órganos, inferiores a los Ministros, el ejercicio de la potestad reglamentaria, determina que, en la actualidad, en la Administración del Estado, el ejercicio de la potestad reglamentaria termina en los Ministros. Sin perjuicio de que, ulteriormente, una ley sectorial se la atribuya a otros órganos administrativos. Por otra parte, en el ámbito de las Comunidades Autónomas habrá que estar a lo que sus respectivas leyes establezcan.

El problema transitorio que se planteó entre la LOFAGE y la Ley del Gobierno es el mismo que hasta la entrada en vigor de la LOFAGE se ha-

(18) Vid. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Carperi, 1993, pág. 31.

(19) Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), publicada en el «BOE» el 15 de abril de 1997.

(20) Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

bía producido en la práctica y el que, de hecho, se va a seguir produciendo con la Ley del Gobierno, a saber: determinados órganos con potestad reglamentaria tradicionalmente discutida, como los Directores Generales, Subsecretarios y Secretarios de Estado, pueden eludir todo el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales y, en general, todo su régimen jurídico, enmascarando su actuación en una instrucción no normativa so pretexto de dirigir la actividad de los inferiores, al amparo del actual artículo 21 de la Ley 30/1992, pero incluyendo en su contenido auténticas normas reglamentarias con claros efectos *ad extra* de la organización. Y todo ello con el respaldo de la jurisprudencia, vacilante y contradictoria, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo —que tendremos ocasión de exponer más adelante— (21).

II. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (22)

1. *Naturaleza jurídica atribuida por el TC a las instrucciones y circulares en los supuestos enjuiciados*

La Teoría General sobre la naturaleza jurídica de los actos jurídicos de la Administración (y por ende de las instrucciones y circulares), en el plano jurisprudencial, la encontramos perfectamente sintetizada en la *STC 27/1983, 20 de abril (ponente —en adelante, pte.—: Gómez Ferrer) (23)*:

«... En nuestro Ordenamiento la forma de los actos jurídicos de la Administración no es relevante en todos los casos para determinar su naturaleza. Así sucede en relación con los supuestos en que los actos administrativos y disposiciones ge-

(21) Ahondando en esta idea, y reflejando los peligros que la misma engendra, baste recordar las palabras del profesor Jesús GONZÁLEZ SALINAS: «... Límite, constitucional a toda actuación en sentido amplio de la Administración, es el que representa el procedimiento; que, a su vez, también en sentido amplio, comprendería el tema de las competencias que en el mismo se articulan...». Vid. J. GONZÁLEZ SALINAS, *Notas sobre algunos de los puntos de referencia entre ley, reglamento y acto administrativo...*, op. cit., págs. 413-414.

(22) Obviamente, las referencias legislativas de las sentencias estudiadas corresponden a las instrucciones y circulares contempladas en la LPA y LRJAE, al no existir todavía jurisprudencia sobre el artículo 21 Ley 30/1992, si bien la doctrina sentada al respecto es plenamente aplicable a la regulación actual, por todo lo expuesto hasta el momento.

(23) Vid. FJ 2.º. Supuesto de hecho: El Gobierno promueve conflicto constitucional positivo de competencia contra la circular dictada por el Departamento de Trabajo (Dirección General de Relaciones Laborales) de la Generalidad de Cataluña de 24 de octubre de 1981, sobre interpretación y aplicación del artículo 2.º del Real Decreto 1858/1981, de 20 de agosto, por el que se incrementa la cotización adicional por horas extraordinarias, con la súplica de que se dicte en su día sentencia por la que, reconociendo que la circular tiene contenido normativo sobre el régimen económico de la Seguridad Social, se declare la competencia del Estado para dictar normas en el referido acto, o, alternativamente, para el caso de que considere que la circular no es una norma, le niegue expresamente carácter normativo en aras de la seguridad jurídica y del más escrupuloso respeto de las competencias del Estado. El TC resuelve el conflicto de competencia en favor de la Generalidad Catalana.

nerales de la Administración pueden exteriorizarse en la misma forma, lo que plantea el problema de determinar su naturaleza en cada caso concreto. En este sentido debe recordarse que los Decretos y Ordenes ministeriales pueden tener el carácter de disposiciones generales o de resoluciones (arts. 23, 24 y 25 LRJAE), y en cuanto a las Circulares e Instrucciones pueden ser disposiciones de carácter general (art. 27 de la misma Ley) o una manifestación de la potestad jerárquica (art. 7 LPA, hoy art. 21 LAP) que se traduce en un acto que sólo tiene relevancia en el ámbito interno de la Administración, por medio del cual los órganos superiores dirigen, con carácter general, la actividad de los inferiores.

Si la forma no es un criterio que permite determinar la naturaleza de la Circular, lo normal será que tal calificación pueda realizarse a partir de su contenido. Sucede, sin embargo, que en ocasiones un mismo contenido puede calificarse como norma o como acto interno, como tendremos ocasión de ver, por lo que en tal caso resulta necesario acudir al criterio de la competencia, de especial trascendencia en un Estado compuesto, en el que la potestad normativa y la de ejecución, en relación a una materia, pueden no corresponder normalmente a la misma entidad...».

De esta sentencia se desprende, claramente, que las circulares e instrucciones pueden ser disposiciones de carácter general —art. 27 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE)— o una manifestación de la potestad jerárquica —art. 7 de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA), hoy derogado por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común— .

No obstante lo anterior, en la *STC 26/1986, 19 de febrero (pte.: Pera Verdguer)*, se dice (24):

(24) Vid. FJ 1.º. Supuesto de hecho: Determinados trabajadores del hospital «Gómez Ulla», miembros del Comité de Empresa, impugnaron en vía contencioso-administrativa las «instrucciones en relación con el ejercicio de huelga del personal laboral dependiente de la Administración militar» dictadas por el Ministerio de Defensa el 30 de septiembre de 1982. La impugnación se basaba en la inconstitucionalidad de las instrucciones con base al artículo 53.1 CE, por constituir el derecho de huelga materia reservada a Ley Orgánica. La Sala Quinta del Tribunal Supremo dictó Sentencia el 22 de octubre de 1984 mediante la cual desestimaba la inconstitucionalidad global, por razones formales, de las instrucciones por entender que no venían a regular el derecho de huelga, sino a adaptar el Real Decreto-Ley de 4 de marzo de 1977 a las peculiaridades del personal afectado. El Tribunal declaró sólo la nulidad de la limitación numérica de los dos tercios de delegados o miembros del Comité de Empresa, así como la limitación del derecho a negociar, que fue reconocido también al Comité de Huelga. El recurso fue desestimado en las restantes pretensiones. Los demandantes sostienen en vía constitucional que las instrucciones vulneran la Constitución por cuanto el derecho de huelga —especialmente si va a restringirse su ejercicio en comparación con los demás trabajadores— sólo puede regularse mediante Ley Orgánica. El TC otorga el amparo solicitado y, en su virtud, declara la nulidad de los antedichos acto y resolución.

«... aunque se trata de algo elemental y de pacífica aceptación, es conveniente referir aquí que las denominadas instrucciones (al igual que las circulares) no alcanzan propiamente el carácter de fuente del derecho, sino tan sólo el de directivas de actuación que las autoridades superiores imponen a sus subordinados en virtud de las atribuciones propias de esa jerarquización, no siendo una especial manifestación de la potestad reglamentaria, cuyos efectos jurídicos consisten en su cumplimiento por los destinatarios, incurriendo en responsabilidad disciplinaria en caso contrario, y sin que sea menester su publicación, como se requiere si de verdaderas normas reglamentarias se tratara, bastando que la instrucción llegue a conocimiento del inferior jerárquico al que se dirige. Insistiendo en el punto relativo a la publicación, hay que recordar, también, que la misma se exige, en el "BOE", para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones de carácter general, ya que así está previsto en el artículo 132 LPA».

En el mismo sentido, de negar que las instrucciones y circulares puedan ser consideradas disposiciones de carácter general, se manifiesta la *STC 47/1990, 20 de marzo (pte.: Leguina Villa) (25)*:

«... En nuestra *STC 26/1986* señalábamos que las denominadas instrucciones son directivas de actuación que las autoridades superiores imponen a sus subordinados en virtud de las atribuciones propias de esa jerarquización... cuyos efectos jurídicos consisten en su cumplimiento por los destinatarios... bastando que la instrucción llegue a conocimiento del inferior jerárquico al que se dirige, el cual está obligado a cumplirla, incurriendo en responsabilidad disciplinaria en caso contrario...».

(25) Vid. FJ 4.º. Supuesto de hecho: La Asociación de Profesores de Religión de Centros Estatales promueve recurso de amparo contra la Instrucción del Subsecretario de Educación y Ciencia de 3 de junio de 1986 por la que se prohíbe que los profesores de religión de centros públicos estatales puedan ser candidatos al cargo de Director de sus respectivos Centros, y contra Sentencia de la Sala Quinta de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1987 por la que, en apelación, se declara inadmisibile el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la demandante de amparo contra la mencionada Instrucción. El Tribunal Supremo inadmite el recurso contencioso-administrativo fundándose en que el recurso va dirigido contra una instrucción o norma particular de carácter interno que no puede quebrantar de manera directa y formal los derechos fundamentales de los administrados. Los recurrentes, en vía constitucional, argumentan que la referida Instrucción vulnera derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14, 23.2 y 27.7 de la Constitución, con especial incidencia en cuanto al derecho fundamental de acceso a cargo público. El TC desestima el recurso de amparo disponiendo (FJ 9.º) que el artículo 6 del Real Decreto 2376/1985 y la Instrucción impugnada no han introducido *ex novo* ningún requisito distinto o suplementario a los ya señalados en la Ley —LODE— para poder acceder al cargo de Director.

E, igualmente, *la STC 50/1994, 23 de mayo (pte.: Rodríguez Bereijo)*:

«Las circulares o instrucciones materializan directivas de actuación que las autoridades superiores imponen a sus subordinados en virtud de las atribuciones propias de la relación jerárquica sin que sea menester su publicación» (STC 26/1986, FJ 1.º).

La jurisprudencia sentada por el TC en relación a las circulares e instrucciones se circunscribe, lógicamente, a dos supuestos: *conflictos* de competencia y recursos de *amparo* (26). Pues bien, la propia exigencia que —en estas vías— impone el proceso constitucional obliga a puntualizar determinados extremos. Los conflictos de competencia son conflictos revisores (27), esto es, conflictos que se plantean una vez que se ha producido la violación efectiva de la competencia; de ahí que el TC deba determinar (partiendo de los efectos *ad extra* o *ad intra* que les atribuya y la rigidez o flexibilidad con la que interprete los arts. 63 y siguientes de la LOTC) si la Administración del Estado puede violar las competencias de una Comunidad Autónoma mediante una instrucción o circular, y viceversa. En el ámbito del recurso de amparo, por otra parte, no tienen cabida las pretensiones declarativas puras, pues la finalidad del recurso no es ni cautelar ni preventiva, siendo únicamente admisible ante la existencia real y concreta, efectiva y cierta, y no meramente eventual, de vulneraciones de derechos fundamentales y libertades públicas (28); igualmente, y partiendo de estas premisas, el Alto Tribunal deberá determinar si las instrucciones y circulares pueden llegar a producir una lesión efectiva de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

En relación a los *conflictos* de competencia, la jurisprudencia del Alto Tribunal ha permitido entablar los referidos conflictos frente a circulares e instrucciones; estableciendo, por tanto, que éstas pueden violar el régimen de distribución de competencias diseñado por la Constitución y los Estatutos de Autonomía. En este sentido se manifiestan las SSTC 57/1983, 54/1990, 101/1995, entre otras.

En la *STC 57/1983, 28 de junio (pte.: Arozamena Sierra)*, se dice (29):

(26) Vid. artículos 161, ap. b) y c), CE y 41-58 y 60-72 de la LOTC.

(27) Vid. artículos 62, 63 y 68 LOTC.

(28) Vid. artículo 41.3 LOTC. Cfr., por todos, G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 53.

(29) Vid. FJ 1.º. Supuesto de hecho: El Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña plantea conflicto de competencia en relación con la Resolución de 27 de enero de 1982 emanada por el Director General de Coordinación con las Haciendas territoriales del Ministerio de Hacienda sobre competencias de la Administración del Estado para autorizar las operaciones de crédito a las Corporaciones Locales. Establece el TC en el FJ 1.º: «El conflicto que ahora ha llegado al momento de decisión por esta Sentencia, tiene su origen inmediato en una "instrucción" o "circular" que la Dirección General, integrada en el Ministerio de Hacienda, con competencia en materia de coordinación con las Haciendas territoriales, ha dirigido a los órganos periféricos de la Administración del Estado, interpretando que compete a la Administración estatal, y no a la Administración autonómica —en el caso del conflicto, la de Cataluña—, la autorización de las operaciones de crédito a las

«... Que a la instrucción o circular no le corresponda el carácter de norma y sí de directriz para los órganos estatales, y que tampoco constituya una resolución autorizatoria de operaciones de crédito, no es un impedimento para que constituya presupuesto de un conflicto de competencia... la circular es una afirmación de competencia... el no haber impugnado actos concretos de autorización no entraña —no podría entrañar—, dado el carácter de la competencia, una abdicación de la misma».

Pese al carácter no normativo, la nota de la generalidad o abstracción obliga a plantear si se cumple el requisito de la «violación efectiva» de la competencia. Más expresiva es, en este sentido, la *STC 54/1990, de 28 de marzo (pte.: Rubio Llorente)* (30):

«... Como hemos dicho antes, en efecto, las Circulares objeto del conflicto carecen de eficacia externa fuera del aparato administrativo estatal y, en consecuencia, mal se les puede imputar una violación, menoscabo o desconocimiento, en cualquier otra forma, de la competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia que, en rigor, sólo serían predicables de los actos concretos que los funcionarios llevaran a cabo eventualmente en obediencia de las instrucciones recibidas y acerca de las cuales nada se dice en el escrito por el que el conflicto se inicia. En un entendimiento riguroso de lo dispuesto en el artículo 63.1 LOTC cabría en consecuencia sostener que las Circulares en cuestión no son objeto idóneo para el planteamiento de un conflicto de competencia, pues no pueden solicitarse de este tribunal, como en general de los órganos jurisdiccionales, declaraciones meramente pre-

Entidades Locales, prevista en la Base 34.2 de la Ley 41/1975, y articulada en el Real Decreto 3250/1976». El TC falla el conflicto a favor de la Administración del Estado.

(30) Vid. FJ 1.º. Supuesto de hecho: La Junta de Galicia plantea conflicto de competencia contra la Circular 14/1985, sobre coordinación de actividades de inspección y control en la distribución de estupefacientes y psicotropos, y la Circular 16/1985, mediante la que se comunica la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo, por la que se establecen determinadas medidas sobre análisis y conservación de estupefacientes y psicotropos intervenidos en el tráfico ilícito —Circulares ambas de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios del Ministerio de Sanidad y Consumo—. La recurrente solicita que se declare que la competencia controvertida pertenece a la Comunidad de Galicia, salvo en los aspectos relativos a la «elaboración, producción, fabricación, importación, exportación, autorización y registro de productos, laboratorios, centros y establecimientos, así como del material o instrumental médico, terapéutico o sanitario» y, en consecuencia, se declare la nulidad parcial de aquellas Circulares, reconociendo en favor de la Comunidad Autónoma de Galicia potestad ejecutiva en relación a «Inspección y control en la dispensación y distribución de aquellos productos...». El TC decide: 1.º Declarar que la competencia de control e inspección de la distribución y dispensación de estupefacientes y psicotropos corresponde a la Comunidad Autónoma de Galicia, en su ámbito territorial. 2.º Declarar que la competencia de custodia, traslado y peritaje de los estupefacientes y psicotropos intervenidos en el tráfico ilícito corresponde al Estado.

cautorias o cautelares que no hayan de poner remedio a una lesión concreta... No ha sido esta interpretación rigurosa, sin embargo, la que hasta ahora ha hecho este tribunal, que ha ampliado hasta el límite de lo posible el concepto de conflicto de competencia para facilitar, en cuanto de él dependa, la definitiva implantación del modelo de distribución territorial del poder que nuestra CE ordena y así ha aceptado, como objetos posibles de los conflictos de competencia, los simples actos de iniciación o trámite de un procedimiento administrativo (SSTC 56/1984 y 143/1985) en cuanto "introducen situaciones nuevas y producen efectos que pueden suponer una alteración del orden de competencias y más concretamente también simples Circulares" (STC 57/1983)...

De la jurisprudencia del Alto Tribunal extraemos que las instrucciones y circulares no son reglamentos o, mejor, no pueden ser, en ningún caso, una «manifestación de la potestad reglamentaria» (STC 26/1986). El Alto Tribunal realiza, por tanto, una delimitación negativa de estos actos jurídicos de la Administración (31).

Con referencia al recurso de *amparo*, el TC ha establecido que las circulares e instrucciones pueden lesionar, directamente, derechos fundamentales y, en consecuencia, pueden impugnarse en la vía contencioso-administrativa y en sede de amparo constitucional: SSTC 47/1990 y 150/1994. En concreto, en la *STC 47/1990, 20 de marzo (pte.: Leguina Villa)*, se dice (32):

«... si se estimara procedente, en el caso ahora examinado la causa de inadmisión aplicada en la vía judicial previa, esto es, que la Instrucción recurrida es insusceptible de vulnerar por sí misma los derechos fundamentales que la recurrente invoca, habría que declarar inadmisibile por la misma razón el recurso de amparo, aunque se entendiera agotada aquella vía previa. Todo lo cual nos obliga a examinar si la referida Instrucción de 3 junio 1986 era o no atacable tanto a través del recurso contencioso-administrativo especial de la Ley 62/1978 como a través del recurso de amparo.

4. La cuestión que plantea la presente demanda de amparo no consiste en saber si las instrucciones o circulares administrativas, en cuanto categoría general de actos jurídicos de la Administración en sentido lato, pueden o no impugnarse en la vía contencioso-administrativa y en sede de amparo constitucional, lo que admite fácilmente una respuesta afirmativa, pues se trata con toda evidencia de actuaciones jurídicas de la Administración sujetas al Derecho Ad-

(31) No obstante, en la STC 26/1986, 19 de febrero, realiza también una delimitación positiva calificándolas como actos; vid. fallo.

(32) Vid. FJ 3.º y 4.º. El supuesto de hecho ha sido ya relatado en nota 24.

ministrativo y vinculadas también al respeto de los derechos fundamentales, tengan o no carácter normativo en sentido estricto. La cuestión que la queja suscita consiste más bien en determinar si la Instrucción combatida ha podido producir o no una lesión real y actual de algún derecho fundamental de los Profesores de Religión en Centros Públicos, que es precisamente lo que la Sentencia de la Sala 5.^a del TS niega por entender que no tiene un efecto directo sobre la situación jurídica de aquellos profesores, efecto que sólo se produciría mediante concretos actos de sujeción individual, los cuales sí serían, en cambio, recurribles por los interesados... Es cierto que los destinatarios directos de la Instrucción que ahora se recurre eran los Directores provinciales del Ministerio de Educación y Ciencia, y que era susceptible de aplicarse por éstos mediante actos concretos de requerimiento individual. Pero tratándose de relaciones de sujeción especial que se traban en el ámbito organizativo interno de la Administración, es evidente también que la Instrucción constituye un mandato u orden que todos y cada uno de los subordinados afectados por ella están llamados a observar. Por eso decíamos en la mencionada STC 26/1986, en relación con un supuesto semejante, que “en puridad” las Instrucciones entonces contempladas “tienen también como destinatarios a todos y cada uno de los trabajadores dependientes de la Administración” (en aquel caso militar), e incluyen “auténticas órdenes o mandatos que éstos vienen obligados a cumplir, sin aguardar acto concreto alguno de aplicación”, de lo que inferíamos que la propia Instrucción podría producir una lesión de derechos fundamentales».

Más interesante, pues no afecta a las relaciones de supremacía especial, es la *STC 150/1994, de 23 de mayo (pte.: Rodríguez Bereijo)* (33):

(33) Vid. FJ 5.º y 6.º. Supuesto de hecho: La recurrente, de nacionalidad marroquí, en posesión de la tarjeta de residencia, trabajadora de la empresa «Incomisa, S.L.», en la ciudad de Melilla, fue cesada en su puesto de trabajo por carecer del correspondiente permiso para trabajar en España. Interpuesta demanda por despido, fue desestimada por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1, de Melilla. Interpuesto el recurso de duplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictó la sentencia hoy recurrida desestimando el recurso. Contra estas sentencias se interpone recurso de amparo, por supuesta violación de los artículos 14 y 24.1 CE, con la súplica de que se reconozca a la recurrente el derecho a poder trabajar por cuenta ajena en cualquier actividad laboral o profesional en tanto titular de la correspondiente tarjeta de estadística y, subsidiariamente, que se anulen las resoluciones judiciales frente a las que se formula el amparo. La demandante aduce, en síntesis, en primer lugar, que el derecho a la igualdad se habría vulnerado al aplicar, los órganos judiciales, la legislación ordinaria (LO 7/1985, de 1 de julio, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, y Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo) y desconocerse su situación peculiar regulada por la Instrucción, de 2 de julio de 1986, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, relativa a las autorizaciones de residencia y trabajo en las ciudades de Ceuta y Melilla. En segundo término alega que las sen-

«... Es indudable que las Instrucciones aprobadas el 2 julio 1986 por los Subsecretarios de Trabajo y de Interior afectaban plenamente a los trabajadores y a los empleados de las ciudades de Ceuta y Melilla, aun cuando formalmente sus únicos destinatarios fuesen los Directores provinciales de Trabajo en dichas localidades. Como indicamos en la STC 47/1990, Fundamento Jurídico cuarto, sólo desde una interpretación rigurosamente formalista cabría entender necesario esperar a que los funcionarios, vinculados por las Instrucciones, produjeran actos concretos en su aplicación, para tomar nota de su existencia. Por añadidura, como afirma la recurrente, la aplicación correcta de dichas Instrucciones, en la parte que toca a los trabajadores poseedores de la tarjeta de estadística, por parte de las autoridades administrativas competentes consiste cabalmente en no hacer nada: no expedir permisos de trabajo diferenciados documentalmente, ni aun tramitarlos, pues ya vienen implícitos en las mismas tarjetas de estadística que sirven de documentación a estas personas con arraigo en Ceuta y Melilla. El sentido propio de las Instrucciones estriba, precisamente, en dotar *ipso iure* a la documentación que obra en poder de la señora Mesaud de la virtualidad de un permiso de trabajo.

6. ... Es cierto que, al no haber sido publicadas en el "Boletín Oficial del Estado" los órganos judiciales no tenían obligación de aplicarlas de oficio, siguiendo el brocardico *iura novit curia*. Y que, de haber sido controvertido su contenido entre las partes, hubiera debido ser acreditado de conformidad con las reglas de la prueba. Pero en el litigio laboral la parte demandante alegó ante el Juez la disposición administrativa determinante de la *litis*; y la empresa demandada, por su parte, nunca ha negado la existencia y relevancia de las Instrucciones de 2 de julio de 1986... No es aceptable, pues, que los Tribunales de Justicia, al conocer de procesos en los que se dilucidan derechos constitucionales de las personas, ya sean españolas o extranjeras, hayan prescindido de las disposiciones válidamente adoptadas por las autoridades administrativas competentes en materia de extranjería, cuando, precisamente, el litigio laboral se centraba en si la trabajadora había cumplido o no los requisitos

tencias recurridas no se pronuncian sobre la validez de la tarjeta especial de residencia en Melilla para trabajar en esta localidad sin necesidad de estar en posesión de la correspondiente autorización o permiso de trabajo, incurriendo así en una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. En el curso del proceso quedó claro que dichas Instrucciones fueron efectivamente dictadas por los Ministerios de Trabajo y de Interior, en virtud de la potestad que les atribuía el artículo 34 del Reglamento General de Extranjería, aprobado por el Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo. El TC otorgó el amparo.

de documentación exigidos por dichas autoridades administrativas. Y, como tiene declarado este Tribunal en las SSTC 77/1983, fundamento jurídico 4.º, y 24/1984, fundamento jurídico 3.º, no es admisible que unos mismos hechos existan y dejen de existir para distintos órganos del Estado».

Por último, la publicación de las instrucciones y circulares también ha sido tenida en cuenta por el TC, debiendo destacarse los siguientes pronunciamientos:

La STC 150/1994, de 23 de mayo, en sus Fundamentos Jurídicos Quinto y Sexto, establece lo siguiente:

«5. ... Por su parte, la falta de publicación oficial de las Instrucciones de 2 julio 1996 sobre la regularización de extranjeros en Ceuta y Melilla, no afecta a su validez, sino a su eficacia. El artículo 29 LRJAE, lo mismo que los actuales artículos 59.5 y 60 Ley 30/92, de 26 de noviembre, imponen la publicación de las disposiciones administrativas en el correspondiente "BOE" para que produzcan efectos jurídicos de carácter general, pero no para surtir los efectos que les son propios. Las Instrucciones conjuntas de 1986 fueron comunicadas a las autoridades periféricas de la Administración del Estado en Ceuta y Melilla, que han atemperado en todo momento su actuación oficial a ellas. Lo cual es lógico y obligado ya que las circulares o instrucciones materializan directivas de actuación que las autoridades superiores imponen a sus subordinados en virtud de las atribuciones propias de la relación jerárquica "sin que sea menester su publicación" (STC 26/1986, FJ 1.º).

6. ... Es cierto que, al no haber sido publicadas en el "Boletín Oficial del Estado", los órganos judiciales no tenían obligación de aplicarlas de oficio, siguiendo el brocárdico *iura novit curia*. Y que, de haber sido controvertido su contenido entre las partes, hubiera debido ser acreditado de conformidad con las reglas de la prueba...».

Y la STC 26/1986, de 19 de febrero, en su Fundamento Jurídico Primero:

«... cuyos efectos [de instrucciones y circulares] jurídicos consisten en su cumplimiento por los destinatarios, incurriendo en responsabilidad disciplinaria en caso contrario y sin que sea menester su publicación, como se requiere si de verdaderas normas reglamentarias se tratara, bastando que la instrucción llegue a conocimiento del inferior jerárquico al que se dirige. Insistiendo en el punto relativo a su publicación, hay que recordar también que la misma se exige, en el "Boletín Oficial del Estado", para que produzcan efectos

jurídicos las disposiciones de carácter general, ya que así está previsto en el artículo 132 LPA...».

2. Conclusiones que se desprenden de los anteriores pronunciamientos

Si, en una primera línea jurisprudencial, la STC 27/1983 establece que las instrucciones y circulares pueden ser o bien disposiciones de carácter general (reglamentos) o una manifestación de la potestad jerárquica (acto que sólo tiene relevancia en el ámbito interno de la Administración), el TC rectifica esta posición tan sólo dos meses más tarde, en concreto en la STC 57/1983; posición que aparece mucho más desarrollada en la STC 26/1986, 19 de febrero, y que es reiterada por las SSTC 47/1990 y 50/1994, entre otras.

En relación a los conflictos de competencia, el TC no ha realizado una interpretación rigurosa —en el sentido de estricta— del artículo 63.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), sino que ha ampliado, generosamente, hasta el límite de lo posible el concepto de conflicto de competencia. Una interpretación rigurosa del artículo 63.1 de la LOTC, ligada a la naturaleza jurídica que el propio TC ha atribuido a instrucciones y circulares, hubiera llevado a concluir que las instrucciones y circulares no son objeto idóneo para el planteamiento de un conflicto de competencia, puesto que si son directivas de actuación de los órganos superiores a los inferiores en el marco de una relación jerárquica y, por tanto, no necesitan ser publicados en el «BOE», difícilmente podrían producir efectos *ad extra* y, en consecuencia, no podrían violar el régimen de distribución de competencias hasta que se produjeran actos concretos de aplicación de las instrucciones y circulares.

En el marco de las relaciones de supremacía especial las instrucciones y circulares pueden lesionar, directamente, derechos fundamentales ya que éstas incluyen «auténticas órdenes o mandatos que éstos vienen obligados a cumplir, sin aguardar acto concreto alguno de aplicación», tal y como se recoge en la STC 26/1986. Por tanto, estas instrucciones y circulares pueden ser impugnadas, directamente, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, bien mediante el recurso contencioso «ordinario» o bien por la vía diseñada en la Ley 62/1978 de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, y, posteriormente, una vez agotada la vía ordinaria solicitar el amparo ante el TC (SSTC 47/1990, 150/1994) (34).

En el marco de las relaciones de supremacía general, el TC también ha reconocido que las instrucciones y circulares pueden lesionar, directamente, derechos fundamentales, al menos cuando las instrucciones y circulares puedan producir efectos directos sobre los ciudadanos sin necesidad de aguardar a los actos concretos de aplicación, y, por tanto, en estos supues-

(34) Aunque, obviamente, el contencioso de amparo no es el cauce adecuado para ventilar cuestiones de legalidad ordinaria. Tal y como se establece, por ejemplo, en las sentencias citadas.

tos hay que entender que pueden impugnarse directamente las instrucciones y circulares ante la jurisdicción contencioso-administrativa y ante el TC en amparo (STC 150/1994).

En cuanto a la publicación de instrucciones y circulares, el TC entiende que la falta de publicación de una instrucción (o de una orden de servicio, según la novedad introducida en la Ley 30/1992, no ya de las circulares, al desaparecer la referencia a éstas en el art. 21 de la mencionada Ley) no afecta a su validez —sino a su eficacia— y que, por tanto, publicada o no, las Administraciones Públicas no pueden desconocerlas, ya que esto supondría ir contra sus propios actos. A estos actos jurídicos de la Administración también les es aplicable la doctrina de los actos propios. No obstante, si éstas no están publicadas, porque una disposición específica no lo establezca o no se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse —art. 21 Ley 30/1992—, la existencia de éstas deberá acreditarse en el proceso de conformidad con las reglas de la prueba; pues en estos casos el tribunal no estará obligado a aplicarlas de oficio.

III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, sin embargo, no se manifiesta de forma tan uniforme como la sentada por el TC, en cuanto a la naturaleza jurídica de las instrucciones y circulares; dando lugar a una jurisprudencia muy vacilante e, incluso, contradictoria (35).

1. *Distintas calificaciones sobre su naturaleza jurídica*

A) *Sentencias en las que se les atribuye naturaleza reglamentaria.*

a) *Instrucciones y circulares como reglamentos externos (efectos ad extra de la organización).*

STS 9-1-1997 —Régimen agrario: cotizaciones. Percepciones por productos agrarios— (36):

(35) Cfr. L. PAREJO ALFONSO, *Manual de Derecho Administrativo*, vol. I, Ed. Ariel, 1996, págs. 192-193.

(36) R. Ar. 380. Vid. FD 2.º y 3.º. Supuesto de hecho: La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Asturias dictó Sentencia el 19-12-1990 estimando el recurso interpuesto por «Celulosas de Asturias, S.A.» contra requerimiento de la Tesorería Territorial de la Seguridad Social. La Tesorería interpone recurso de apelación. La cuestión planteada en la apelación girará en torno a la interpretación que deba darse al artículo 4.1 del Decreto 345/1971, de 25 de febrero, relativo a percepciones sobre productos del campo para financiación de la Seguridad Social Agraria. Dicha norma establece que las percepciones se exigirán... por las ventas o entregas por precio de los productos afectados, tratándose en el caso de autos de un producto agrario consistente en madera. Las percepciones a las que hemos hecho referencia fueron establecidas por el artículo 7 de la Ley 41/1970, de 22 de diciembre, sobre modificación del Régimen Especial de la Seguridad Social Agraria.

«... no puede admitirse la validez de la mencionada resolución por cuanto no se limita a dar instrucciones de servicio sino que extiende la obligación de pago a supuestos no previstos en el tenor literal de la norma, estableciéndose obligaciones para los particulares. *Ha de entenderse, por tanto, que se trata de una norma reglamentaria, pero no encontrándose debidamente publicada hay que considerarla carente de validez en derecho*».

«... lo que pretende la Tesorería recurrente es hacer extensiva la obligación de una prestación patrimonial en virtud de un criterio interpretativo que no se deduce del tenor literal del precepto aplicable. Ciertamente la interpretación que propone la Tesorería no es descabellada, pero estamos ante una materia delicada que forma parte de los derechos y deberes que reconoce la Constitución a los ciudadanos... artículo 31.3 de la Constitución...».

STS 18-3-1996 —modelo formalizado del libro de inspección e incidencias en máquinas recreativas y de azar— (37):

«... la no publicación de la Circular General núm. 10 del Ministerio del Interior, de 30 de octubre de 1987, en el “Boletín Oficial del Estado”, que entre otras cosas integra el contenido del artículo 33.1.c) del Reglamento, *determina su carencia de plena eficacia “ad extra” —según lo dispuesto en los arts. 29 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo de*

ria y de su financiación, y dicho artículo 7 remitía a su vez, a efectos de encuadramiento de las percepciones, al artículo 39, ap. d), de la Ley 38/1996, de 31 de mayo, sobre el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social. La empresa «Celulosas de Asturias, S.A.» entiende que no está obligada a pagar varias liquidaciones giradas por la Tesorería de la Seguridad Social, ya que el Decreto citado se refiere a maderas destinadas a la venta y no a maderas que sin realizarse negocio jurídico alguno se emplean por la propia empresa titular para la fabricación de pasta de papel. La Tesorería General de la Seguridad Social mantuvo, en vía administrativa y luego ante el Tribunal de instancia, que la obligación de pago debía hacerse extensiva a supuestos distintos de los previstos literalmente en la norma, y en especial a las maderas para leña y fabricación de celulosa y pasta de papel, apoyándose en buena medida en una resolución no publicada de la Subsecretaría de la Seguridad Social que así lo establece. El TS confirma el fallo de la Sentencia apelada.

(37) R. Ar. 2529. Vid. FD 3.º. Supuesto de hecho: El TS conoce de un recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado y la representación de la entidad mercantil «Operibérica, S.A.» contra Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en 8-5-1991, en recurso sobre sanción por infracción a la normativa sobre máquinas recreativas y de azar. El TS desestima el recurso de apelación deducido por el Abogado del Estado en tanto que estima en parte el interpuesto por la entidad mercantil «Operibérica, S.A.», revocando la sentencia objeto del recurso y en su lugar, con estimación de la pretensión subsidiaria ejercitada en el recurso contencioso-administrativo en su día deducido por la entidad recurrente, impone a ésta la sanción de 500.001 pesetas, por infracción del artículo 33.1.c) en relación con el artículo 43.6, ambos del RD 877/1987.

1958, subsistentes tras la publicación de la Ley 30/92—, y ello aun cuando fuere comunicado, como al parecer así ha sido, a los Gobernadores civiles, pues ello sólo implicaría una eficacia *ad intra* con efectos internos...» (Fundamento de Derecho Tercero) (38).

Los hechos que se desprenden de esta sentencia y que nos interesan para su comentario son los siguientes:

En aplicación de los artículos 33.1.a) y c) y 46.3 del Real Decreto 877/1987, de 3 de julio (Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar), que desarrolló el Real Decreto-Ley de 3 de julio de 1987, núm. 2/1987, sobre potestad sancionadora de la Administración Pública en materia de los de suerte, envite o azar, a la entidad mercantil «Operibérica, S.A.» se le impone una sanción administrativa. El artículo 33.1 establece: *en todo momento deberán hallarse en el local donde estuvieran en explotación las máquinas: ap. c) el libro de inspección e incidencias en modelo normalizado que determine la Comisión Nacional del Juego.*

El artículo 33.1.c) del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar requiere, pues, la existencia de un libro de inspección e incidencias; carencia que determina la imposición de las sanciones establecidas en los artículos 43.6 y 43.7. Estos preceptos necesitan de un ulterior desarrollo para estar completos, y este desarrollo lo llevó a cabo la Circular núm. 10 del Ministerio del Interior, de 30 de octubre de 1987, que determinó el modelo formalizado del libro de inspección e incidencias a que se refiere el artículo 33.1.c) del RD 877/1987, de 3 de julio (39).

El TS anula la sanción impuesta en virtud de la aplicación del artículo 33.1.c) al considerar que «los preceptos que configuran las infracciones del artículo 43.6 y 7 en relación con el artículo 33.1.c) del Reglamento referido, precisan para estar completos de un desarrollo e integración normativa que ha de tener al menos la misma y equivalente publicidad que tuvo la norma a integrar, para que pueda desplegar su eficacia sancionadora, ya que constituye una concreción específica de la previsión reglamentaria contenida en el artículo 33.1.c)»; por lo tanto, al no haber sido publicada esta Circular en el «BOE», el Tribunal le niega cualquier eficacia externa y anula por tal motivo la sanción impuesta (40).

STS 5-7-1995 —cotizaciones adicionales por horas extraordinarias en el régimen especial de la Seguridad Social— (41):

(38) Esta doctrina ha sido reiterada, entre otras muchas, en las SSTS 9 de febrero de 1996 (R. Ar. 1058), 16 de enero de 1996 (R. Ar. 270), 16 de octubre de 1995 (R. Ar. 7557), 9 de octubre de 1995 (R. Ar. 7045), 7 de octubre de 1995 (R. Ar. 7016), 30 de abril de 1995 (R. Ar. 4044), 3 de marzo de 1995 (R. Ar. 1997)...

(39) La sanción que se le impone en aplicación del apartado a) del mismo artículo 33 no nos interesa para este comentario.

(40) No obstante, el Tribunal mantiene la sanción impuesta en virtud del artículo 33.1.a), aunque la reduce en aplicación del principio de proporcionalidad.

(41) R. Ar. 5991. Vid. FD 3.º. Supuesto de hecho: El TS conoce de un recurso de apelación contra la Sentencia 24-1-1991 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tri-

«La sentencia apelada establece que el Oficio-Circular que acaba de citarse no tiene valor normativo alguno. Esta afirmación no puede compartirse por la Sala, pues si bien las Circulares tienen normalmente en nuestro Derecho el carácter de instrucciones internas de servicio, en numerosas ocasiones, como sucede en el caso de autos, no se limitan a la organización interna de los servicios dependientes del órgano del que emana la Circular, sino que son, bien auténticas normas reglamentarias que regulan derechos y deberes de los particulares, bien normas interpretativas de la legislación de carácter general que vinculan desde luego a la Administración en cuanto a sus actos administrativos concretos posteriores».

Obviamente, el Tribunal marca el acento sobre el contenido del oficio-circular para determinar que éste no es una instrucción interna de servicio, recogiendo la doctrina establecida, meses antes, en la STS de 28 de febrero del mismo año:

«para indagar cuándo la circular es un acto o una disposición de carácter general se puede acudir a criterios formales no siempre fiables, y materiales, es decir, analizar su contenido; así se suele afirmar que es una disposición general si la circular en cuestión crea una nueva sujeción o garantía para el administrado o da reglas imperativas nuevas, o se atiene al ámbito ad intra, si es acto, ad extra si es reglamento, o si la

bunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, que desestimó el recurso interpuesto por Hornos Ibéricos Alba, S.A. contra resoluciones de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social sobre liquidación de cuotas. El TS se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de la Circular 16/1985 del Instituto Social de la Marina, por la que se dictan instrucciones sobre cotizaciones adicionales por horas extraordinarias en el Régimen Especial de la Seguridad Social aplicable a los trabajadores del mar, ya que la sentencia apelada mantiene que el Oficio-Circular mencionado no tiene valor normativo alguno. El origen de las actuaciones que dan lugar al recurso de apelación es un acta de liquidación de cuotas a la Seguridad Social levantada a una empresa por no haber abonado la cotización debida por horas extraordinarias no estructurales, a tenor de la legislación reguladora del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar. El Tribunal, en el caso planteado, debe decidir sobre la naturaleza de las horas extraordinarias como estructurales o no estructurales: si las considera estructurales, éstas deben cotizar por el 14 por 100 (como sostiene la empresa) y si no por el 28 por 100, como correspondería a las horas extraordinarias no estructurales. Para resolver la cuestión planteada, el Tribunal parte de lo dispuesto en la Orden Ministerial 1 de marzo de 1983 (RCL 1983/436) —que determina qué ha de entenderse por horas extraordinarias estructurales según la legislación vigente— y el Real Decreto 1/1985, de 5 de enero (RCL 1985/31), sobre bases y tipos de cotización en 1985, que determina en su artículo 7 la cotización adicional por horas extraordinarias motivadas por causas de fuerza mayor y por las horas extraordinarias estructurales. El Oficio-Circular 16/1985 del Instituto Social de la Marina desarrolla (o interpreta) lo establecido en las normas anteriores estableciendo que «las empresas del Grupo I del Régimen Especial del Mar (como lo es la apelante) harán efectiva la cotización adicional que corresponda por las horas extraordinarias que realice su personal embarcado hasta el límite permitido por el vigente Estatuto de los Trabajadores en cómputo mensual, las cuales tendrán la consideración de estructurales».

decisión que encierra es de carácter general seguida de ulteriores medidas de ejecución, pudiéndose afirmar que las circulares no son verdaderos reglamentos en cuanto se limitan a regular un servicio administrativo...».

STS 9-4-1992 —intercambio de tonelaje entre petroleros españoles y extranjeros— (42):

«... una vez interpretados los términos de la resolución bajo consideración, se ha de pasar a lo que deviene fundamental para la adecuada decisión del tema del litigio: cuál sea la naturaleza y alcance de la Circular 9/1977, de 23 de junio, por la cual la Dirección General de Navegación (Ministerio de Comercio) dicta “Normas a aplicar en los intercambios de tonelaje entre petroleros españoles y extranjeros”; pues bien, *respecto de tal Circular su consideración de disposición administrativa de carácter general, deviene indubitablemente atendida su índole normativa y la calificación que de estas Circulares se hace como tales disposiciones generales en el artículo 27 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado*; no perdiendo en el presente caso dicha Circular su eficacia por el mero hecho de no haber sido publicada en el “Boletín Oficial del Estado”, en relación con el artículo 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pues al tratarse de un número reducido y conocido de destinatarios de dicha Circular (fundamentalmente las Refinerías Nacionales y, en tono menor, los Navieros dedicados al transporte marítimo de petróleo), el conocimiento personal del contenido de dicha Circular suple con creces la ausencia de publicación en los periódicos oficiales, de tal modo que esta infracción de falta de publicación no puede ser alegada por quien dicho defecto no sólo no le causó indefensión alguna sino, como ocurre con “Fletamientos Marítimos, S.A.” (“MARFLET”), ejercita su inicial pretensión de 9-7-1981 justamente a los efectos de obtener el correspondiente devengo de toneladas/milla producido por el “Safina Swift” como si de un buque de pabellón español se tratase, ello, evidentemente, a los efectos del intercambio de tonelaje que la Circular en cuestión regula, y bajo cuya normativa se va a producir el Acuerdo de la Dirección General de la Marina Mercante de 10-7-1981 cuya legalidad “MARFLET” defiende; postura procesal

(42) R. Ar. 3008. Vid. FD 2.º. Supuesto de hecho: En esta sentencia el TS conoce de dos recursos de apelación, acumulados, deducidos por la entidad «MARFLET» contra sentencias dictadas por la Sección Segunda de la Audiencia Nacional de 20-10-1984 y la Sección Quinta de la misma Audiencia Nacional de 7-4-1986 sobre intercambio de tonelaje entre petroleros españoles y extranjeros y la circular que lo regula.

ésta que a virtud del principio *venire contra factum proprium non valet* determina la ya avanzada conclusión del carácter normativo y plena eficacia, en el presente caso, de la Circular de referencia...».

STS 20-12-1983 —liquidación de cuotas a la Seguridad Social— (43):

En esta sentencia el Tribunal entiende que:

«CDO... la citada Circular no es una instrucción de servicio o régimen interior, al contener disposiciones que alcanzan a los intereses y derechos de los administrados fuera de la esfera de actuación de los subordinados en las oficinas y servicios administrativos, teniendo por tal razón carácter normativo de disposición general; pero al no haberse publicado en el "Boletín Oficial" carece de validez y eficacia, según viene declarando esta Sala con notaria reiteración y hoy corroborado por el principio básico —la publicidad de las normas— garantizado por la Constitución en su artículo 9.3; y como los Decretos 30 abril 1970 y 12 junio 1975, regulador de la materia de bonificación en la contratación de trabajadores de edad madura, no señalan plazo para solicitar estas ayudas, no cabe establecer con carácter imperativo —cual hacen las resoluciones administrativas impugnadas— que ello debía ejercitarse con ocasión de la primera liquidación de cuotas, ya que si transcurre un plazo prudencial podría estimarse que la contratación responde a otras motivaciones distintas de las derivadas de los incentivos, pues aun cuando puedan ser lógicas estas afirmaciones es evidente, sin embargo, que implicando la limitación del ejercicio de un derecho tendría que concretarse en una norma de rango adecuado...».

(43) R. Ar. 6371. Supuesto de hecho: La Sección 4.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia, en 14 junio 1978, estimando el recurso interpuesto por Jesús O. y hermanos contra resolución del Ministerio de Trabajo de 14 abril 1977, sobre bonificación de cuotas de la Seguridad Social. El fallo de dicha Sala declara el derecho de dicha entidad a obtener la bonificación mencionada. Interpuesto recurso de apelación por el Abogado del Estado, el TS, confirmando la sentencia apelada, lo desestima. La resolución administrativa impugnada en el recurso contencioso-administrativo se basa exclusivamente en la Circular 3/1976, de 20 abril, de la Dirección de Empleo y Promoción Social, que señala como máximo el plazo de tres meses a partir de la contratación del trabajador para solicitar la bonificación de cuotas de la Seguridad Social por trabajadores mayores de cuarenta años.

b) *Instrucciones y circulares como reglamentos internos u organizatorios.*

STS 4-2-1994 —participación de asociaciones, grupos y particulares en las tareas de resocialización penitenciaria— (44):

«... *Las actividades referidas (tareas de asociaciones, grupos y particulares en la tarea de resocialización social) deberán por lo tanto producirse de conformidad con los cauces establecidos por la Administración Penitenciaria en la circular objeto del presente recurso para cuyo establecimiento se encuentra plenamente legitimada, tanto por el hecho de incidir dichas actividades en un servicio público como por la situación de sujeción especial en que vienen a colocarse aquellas entidades que presten su colaboración a la Administración, en virtud de la potestad reglamentaria que ostenta para dictar reglamentos, en sentido amplio, de carácter interno u organizativo en los casos citados, cumpliendo de dicha forma lo preceptuado por el propio artículo 103.1 de la Constitución española».*

«Cuestión diferente la constituye la alegación formulada por la actora en relación con el rango normativo que a su juicio habría de ostentar la normativa impugnada, lo que es insoluble de la consideración de si la misma incide exclusivamente en el ámbito interno organizativo del servicio de ins-

(44) R. Ar. 813. Vid. FD 2.º y 3.º de la Sentencia apelada y FD 5.º de la Sentencia que resuelve el recurso de apelación. Supuesto de hecho: En esta Sentencia el TS, en apelación, y antes el Tribunal Superior de Justicia de Madrid conocieron de un recurso interpuesto al amparo de la Ley 62/1978, contra Circular del Excelentísimo señor Director de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia de 2-11-1989, por la que se estableció el procedimiento para regular la participación de asociaciones, grupos y particulares en las tareas de resocialización penitenciaria. La recurrente alega, en esencia, en apoyo de su pretensión, en primer lugar, la infracción del artículo 21.1 en relación con el 25.2 de la CE al condicionarse el derecho de asociación del que es titular, limitándose e incluso impidiéndolo al no poder ejercitar libremente sus fines encuadrados dentro del denominado voluntariado en prisiones, toda vez que se regula *ex novo* la actuación y actividad de las asociaciones, grupos y particulares en las tareas de resocialización penitenciaria, careciendo el Director General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia de potestad reglamentaria para ello. La Circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias establece una serie de medidas a adoptar por los distintos servicios penitenciarios para encauzar y organizar la actividad de asociaciones y particulares empeñados en la tarea de resocialización penitenciaria. Dichas actividades se encuadran normativamente en la propia Constitución española, que en su artículo 25.2 establece que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, y en la legislación de desarrollo de tal materia, constituida por la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre, que en su artículo 69.2 establece que: a los fines de obtener la recuperación social de los internos en regímenes ordinario y abierto se podrá solicitar la colaboración y participación de los ciudadanos y de instituciones o asociaciones públicas o privadas ocupadas en la resocialización de los reclusos, precepto que reproduce el artículo 247.2 de su Reglamento.

tituciones penitenciarias o, por el contrario, viene a crear o innovar el ordenamiento jurídico, con lo que sería dudoso el modo de producción elegido para dicha normativa por la Administración Penitenciaria, concretamente mediante circular del Director General de Instituciones Penitenciarias, pero tal cuestión de rango normativo es ajena al presente procedimiento... sin que sea procedente el examen de la legalidad ordinaria, ajena totalmente al objeto de este recurso especial, quedando circunscrito su alcance al ámbito estricto del derecho fundamental que se supone conculcado, por lo que la impugnación de la circular objeto del presente procedimiento basada en la alegación ya expuesta habrá de encontrar el cauce correspondiente en su caso a través del procedimiento ordinario previsto en la vigente Ley Jurisdiccional».

El Tribunal Supremo acepta los fundamentos jurídicos de la Sentencia apelada, pero en su Fundamento Jurídico Quinto hace la siguiente, pero sorprendente, afirmación:

«... dado que aun en la hipótesis, *poco probable*, de que a la vista de la finalidad y ámbito material directamente afectado por la circular, se entendiera ilegal la forma normativa de expresión utilizada por la Administración, de ello no derivaría la directa vulneración de un concreto derecho fundamental» (45).

B) *Sentencias en las que se les atribuye naturaleza de acto administrativo.*

STS 10-2-1997 —aprovechamiento de las explotaciones agrícolas— (46):

(45) El calificativo de «sorprendente» no hace referencia a esta última afirmación —obvia por otra parte—, sino al juicio anticipado sobre la legalidad del instrumento elegido por la Administración para regular esta materia a través de una simple circular.

(46) R. Ar. 1087. Vid. FD 4.º. Supuesto de hecho: La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictó Sentencia, en 24-5-1991, desestimatoria del recurso deducido contra la aprobación definitiva de declaraciones y modificaciones de oficio de aprovechamiento de las explotaciones agrarias incluidas en la Comarca de Reforma Agraria de la Vega de Córdoba. Interpuesto recurso de apelación, el TS debe confirmar o, como pretende el apelante, debe revocar la Sentencia dictada en su día por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ que desestimó la demanda interpuesta contra la Orden 8 de septiembre de 1987, del Consejero de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra Resolución de 22 de julio de 1987, que desestimó a su vez el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución del Presidente del IARA, de 13 de mayo de 1987, que aprueba definitivamente las declaraciones y modificaciones de oficio de aprovechamientos en la Comarca de Reforma Agraria de la Vega de Córdoba. El recurso se basa, entre otros motivos: en la nulidad de la resolución del Presidente del IARA, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 47.2. LPA y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (es decir, los recurrentes configuran esta Resolución como una disposición administrativa general). El TS desestima el recurso de apelación.

«En cuanto a la naturaleza jurídica de las Instrucciones dictadas por el Presidente del IARA, asiste la razón al Tribunal a quo cuando entiende que no se trata de disposiciones de carácter general... las Circulares constituyen resoluciones administrativas que se engarzan en el ámbito propio de la organización administrativa, con base en el principio de jerarquía que gobierna su estructura (art. 7 LPA, hoy art. 21 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre), con un contenido y finalidad específicos en cuanto actos y directrices no incluíbles en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Sentada esta premisa, debe destacarse que las instrucciones dictadas por el Presidente del IARA, no incorporan un contenido normativo que se integre en el ordenamiento jurídico, con el establecimiento de derechos y obligaciones, se limitan a establecer los criterios para las declaraciones de los aprovechamientos correspondientes a las explotaciones agrarias incluidas en una comarca de reforma agraria, o bien se modifican las declaraciones presentadas por los interesados o se realizan de oficio en el supuesto de que los titulares no la hubieran presentado».

STS 13-10-1995 —inscripción en el registro oficial de auditores de cuentas—(R. Ar. 7343) (47):

«El segundo motivo de casación basado en el número cuarto del artículo 95.1 de la Ley 10/1992, de 30 abril, se apoya en la infracción, por la circular dictada por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de la Disposición Final 3.^a de la

(47) R. Ar. 7343. Vid. FD 3.º, 4.º y 5.º. Supuesto de hecho: El TS conoce de un recurso de casación en el que se impugna la Sentencia que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 9.ª) dictó en fecha de 18 de noviembre de 1992, en virtud de la cual se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 27 de julio de 1989 (confirmada en alzada por la del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de enero 1990), que denegó al recurrente ser inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, que había solicitado con base en lo dispuesto en la Ley 19/1988, de 12 de julio, reguladora de la Auditoría de Cuentas. Hechos que se desprenden de la Sentencia: La Ley de Auditorías de Cuentas en su Disposición Transitoria Primera establece un procedimiento especial y transitorio de acceso al Registro Oficial de Auditores de Cuentas a todos aquellos que en la fecha de entrada en vigor de la Ley de Auditoría de Cuentas cumplieren los requisitos establecidos en su artículo 7.º, apartados 1 y 2. Por otra parte, el apartado tercero de la Disposición Transitoria Primera establece que «los interesados instarán en un plazo de tres meses, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, y el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas resolverá dentro de los seis meses siguientes sobre el cumplimiento de los mencionados requisitos, teniendo en cuenta en todo caso la documentación presentada como prueba...». La Circular del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas determinó los criterios de aplicación del procedimiento especial y transitorio de acceso al Registro Oficial de Auditores de Cuentas estableciendo los criterios o acreditaciones justificativas de los requisitos necesarios para que proceda aplicar el régimen transitorio (cómo entender lo que era titulación universitaria, programas de enseñanza técnica, formación práctica).

Ley 19/1988, que atribuye al Gobierno exclusiva competencia para dictar las normas necesarias para el desarrollo de la Ley, con lo que el Instituto se ha excedido en su competencia.

Este motivo debe también desestimarse, si se tiene en cuenta que *la Circular del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas no constituye una disposición de carácter general por ir dirigida a dependencias internas, sin fuerza obligatoria para los administrados*, pues se limita a establecer con carácter objetivo y general y a efectos puramente internos los criterios de aplicación del procedimiento especial y transitorio de acceso al Registro al amparo de la Disposición Transitoria 1.ª de la Ley de Auditoría de Cuentas, *siendo por tanto dicha circular un acto administrativo que atribuye al Presidente del Instituto una discrecionalidad técnica para establecer los criterios o acreditaciones justificativas de los requisitos necesarios para que proceda aplicar el régimen transitorio* (cómo entenderse lo que era titulación universitaria, programas de enseñanza técnica, formación práctica), previos los informes y asesoramientos correspondientes en función de los establecidos por la VIII Directiva Comunitaria, como ha sido señalado por Sentencia de esta Sala de 3 marzo 1995».

En este recurso también se articulan como motivos de casación, con base en los artículos 95.1.3.º y 95.1.4.º de la Ley 10/1992, de 30 de abril, la incongruencia o falta de motivación (48), la infracción del artículo 9.3 de la CE por violación del principio de jerarquía normativa, el principio de interdicción de la arbitrariedad, la desviación de poder y la infracción de la Disposición Transitoria 1.ª, apartado 2, de la Ley 19/1988.

En cuanto a la infracción de la Circular del principio de jerarquía normativa, el Fundamento de Derecho Cuarto establece:

(48) En relación a la incongruencia, como motivo de casación, el TS en el Fundamento de Derecho Segundo establece: «Esta Sala ha dicho en relación con este motivo [Sentencia de 3 marzo 1995 (RJ 1995, 1997)] que si bien es verdad que en su demanda plantea la cuestión de legalidad o ilegalidad de la Circular emitida por el Presidente del ICAC, lo cierto es que lo plantea como una cuestión jurídica o defecto formal para solicitar la anulación de las resoluciones objeto de la litis, pero de ninguna forma ello constituye una pretensión procesal del recurrente, y la mejor prueba de ello está en que en el suplico de su demanda pide la anulación de aquellas resoluciones, pero no pide la nulidad de la circular, por lo cual no ofrece duda que la pretendida ilegalidad de la circular es simplemente una cuestión de derecho que se plantea en defensa de su tesis de ilegalidad de las resoluciones impugnadas y no como una pretensión a la que debe darse solución expresa en la sentencia, pues la congruencia en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, aunque es más estricta que en el orden civil, en cuanto obliga a juzgar dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes, deja a salvo la potestad reconocida a los Tribunales para motivar sus decisiones del modo que entiendan más acertado en Derecho, sin que vengan obligados a ajustarse estrictamente a los argumentos jurídicos utilizados por los litigantes —*iura novit curia*—, ni a examinar exhaustivamente todos y cada uno de los alegatos vertidos por éstos, cuando de la fundamentación del fallo se puede inferir que no se comparten por el Tribunal [Sentencias del Tribunal Supremo de la Sección 1.ª de la Sala 3.ª de 23 marzo 1993 y 9 julio 1993 (RJ 1993, 5768), entre otras]...».

«... Si en el anterior fundamento de derecho razonábamos que la circular no tenía la naturaleza de norma jurídica, sino de acto administrativo, la obligada consecuencia es la de señalar que no puede predicarse de tales actos la infracción de tal principio de legalidad, en tanto en cuanto desconocieran o inaplicaran las normas que integran el ordenamiento jurídico, pero no de infracción del principio de jerarquía que está reservado para las relaciones internormativas...».

Otro de los motivos de casación aducidos —y quizá el más sustancioso por desvelar el fondo del asunto— es el referente a la infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad (9.3 CE) por considerar, los demandantes, que tanto la interpretación como los criterios que sienta el ICAC, y hace suyos la sentencia impugnada, constituyen una clara arbitrariedad, que ha sido fuente de una decisión absolutamente injustificada. En este sentido, el Fundamento de Derecho Quinto establece:

«... se trata de la validez y procedencia jurídica de unos criterios de valoración elaborados con carácter general por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, encaminados a determinar las circunstancias concurrentes en los solicitantes, a través de la documentación aportada a su solicitud por los mismos, en orden a los conceptos jurídicamente indeterminados que el artículo 7, en el párrafo *b)* del apartado 2, contiene —seguimiento de programas de enseñanza teórica y adquisición de una formación práctica—, de la citada Ley 19/1988, de 12 julio, presupuesto necesario para después aplicar la Disposición Transitoria Primera de la mentada Ley, que regula el sistema especial de inscripción, al que el hoy recurrente se acoge. A este particular respecto, se ha de tener en cuenta que, habiéndosele encomendado por la aludida Ley, al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, la determinación de aquellos solicitantes que acreditaron documentalmente el cumplimiento de todos los requisitos por ella exigidos, dentro de los límites que se contienen en la VIII Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas —84/253/CEE— de 10 abril 1984 (LCEur 1984, 250), la inevitable imprecisión del mentado artículo 7 de aquella Ley —dada la complejidad de los supuestos que en la práctica habrán de plantearse, siquiera fuera ésta relativa a la determinación de lo que habría de entenderse por los conceptos relativos a “niveles de titulación”, “formación teórica” y “formación práctica” a las que dicha norma alude—; justificó el que ese organismo, que habría de valorar dicha documentación aportada con su solicitud por los respectivos solicitantes, hiciera uso de la discrecionalidad técnica imprescindible para establecer con un carácter objetivo y

general, a fin de excluir toda tacha de arbitrariedad o de discriminación, unos criterios valorativos de dicha documentación aplicables a todos los supuestos iguales o semejantes, en aras de una mayor transparencia y seguridad jurídica, autolimitándose con tal fin sus propias facultades y prerrogativas discrecionales. Tales criterios podrán ser discutidos en cuanto a su procedencia, pero no pueden ser acusados de arbitrarios...».

El TS se ha pronunciado sobre este mismo tema, en el mismo sentido, en numerosas sentencias: SSTS 24-2-1995 (R. Ar. 1305), 23-2-1995 (R. Ar. 1303), 17-2-1995 (R. Ar. 1298), 17-2-1995 (R. Ar. 1297), 16-2-1995 (R. Ar. 1293), 10-2-1995 (R. Ar. 1288) y 9-2-1995 (R. Ar. 1285). Precisamente, en esta última Sentencia citada, entre otras, se realiza (en su Fundamento de Derecho Tercero) una precisión que en la Sentencia cuyos Fundamentos Jurídicos hemos reproducido, en parte, no se señala y que puede ser suficientemente indicativa del verdadero trasfondo del asunto.

STS 9-2-1995:

«... Según datos obrantes en el expediente administrativo, cerca de 50.000 personas solicitaron la aplicación de la disposición transitoria 1.ª y el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas se vio obligado a resolver todas las solicitudes en el plazo de seis meses, antes de que el Gobierno publicase las normas de desarrollo de la Ley, por lo cual el Instituto con la sola ayuda que el ordenamiento jurídico proporciona sobre interpretación de normas tuvo que decidir cuestiones como qué debía entenderse por “titulación universitaria”, “programas de Enseñanza Técnica”, o “Formación Práctica”, y al hacer estas interpretaciones el Instituto acertó o no, pero no puede decirse que por ello dictara normas de desarrollo de la Ley (para lo que en efecto era incompetente), y se limitó a aplicar la Ley y a interpretarla pero sin dictar ninguna disposición de carácter general de desarrollo de la misma...».

STS, Sala de revisión, de 13 de julio de 1995 —preferencia para cubrir vacantes de provisión normal por antigüedad en el Cuerpo Nacional de Policía— (49):

(49) R. Ar. 7948. Vid. FD 2.º. Supuesto de hecho: El TS conoce de un recurso de revisión en el que se impugna la Sentencia dictada el 21 marzo 1991 por la Sección Sexta de la Sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por entenderse, por el recurrente (funcionario del Cuerpo Nacional de Policía), que la mencionada sentencia es contradictoria con dos sentencias de la misma fecha —12 diciembre 1990— dictadas por las Secciones Sexta y Séptima de la misma Sala de la que procede la ahora impugnada. Hechos: La Circular de la Inspección General del extinguido Cuerpo de

«... la doctrina que debe prevalecer es, sin duda, la de la sentencia ahora impugnada, que hace un adecuado pronunciamiento sobre la naturaleza de la Circular 800101 de la Inspección General del Antiguo Cuerpo de Policía Nacional, de fecha 11 noviembre 1980, señalando de forma indudablemente acertada que dicha Circular no es en modo alguno una norma de carácter reglamentario ni, por lo tanto, disposición de carácter general, sino que *se trata de un acto administrativo general dirigido a una pluralidad de destinatarios con carácter interno*, y lo en ella establecido, es obvio que no puede prevalecer sobre lo dispuesto en una auténtica norma reglamentaria, como es el Real Decreto 610/1982, de 5 de marzo, que siendo de fecha posterior a la aludida Circular, regula las únicas preferencias que pueden aplicarse en los concursos de vacantes de provisión normal —antigüedad— del personal del Cuerpo Superior de Policía Nacional, Administrativo y Auxiliar de Seguridad, preferencias que, a salvo de la prevista en su artículo 1.º que no tiene relación con el presente caso, queda limitada en su artículo 2.º a los destinados en zona de especial conflictividad, no existiendo en la indicada regulación ninguna alusión a los destinados en puestos fronterizos, que en consecuencia, no tienen ya a partir de la publicación del Real Decreto 610/1982 preferencia alguna, si es que anteriormente la hubieran tenido, lo que no es del caso tratar ahora...».

Policía Nacional, núm. 800101, de fecha 11 de noviembre de 1980, otorgaba una preferencia para cubrir vacantes de provisión normal por antigüedad en cualquier guarnición del territorio nacional a quienes, poseyendo la titulación o reuniendo las condiciones que se exijan en la correspondiente convocatoria, hubieren permanecido en zonas conflictivas o puestos fronterizos un tiempo superior a tres años. Posteriormente, el Real Decreto 610/1982, de 5 de marzo, regula, igualmente, las preferencias para cubrir vacantes de provisión normal por antigüedad en cualquier guarnición del territorio nacional, no estableciendo la preferencia de los funcionarios destinados a puestos fronterizos (aunque si otros criterios de preferencias). En relación a estos hechos, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid conoce de tres recursos en los que se ejercitan idénticas pretensiones, consistentes en la aplicación del derecho de preferencia establecido en la circular antes mencionada. Dos de estas sentencias (de las Secciones 6.ª y 7.ª del TSJM, de idéntica fecha: 12 dic. 1990) declaran subsistente la preferencia de los funcionarios destinados en puestos fronterizos, con la diferencia que la Sección 6.ª entiende que esta Circular «es perfectamente aplicable... mientras no se la deje sin efecto por otra norma de igual o superior rango... pudiendo basarse en sus preceptos los derechos subjetivos individualizados de los afectados por aquéllos». La Sección 7.ª señala su cualidad de acto administrativo declarativo de derechos para cuya anulabilidad la Administración debía haber acudido a lo establecido en el artículo 110 de la antigua LPA declarando su lesividad, lo que no podrá ser ya realizado al haber transcurrido con exceso los cuatro años fijados en el artículo 112 de la mencionada Ley, deduciendo de todo ello la plena vigencia y aplicabilidad de la circular a que nos venimos refiriendo. La tercera de las sentencias dictadas por el TSJM, en concreto por la Sección 6.ª, de fecha 21 de marzo de 1991 (desestimando recurso contencioso-administrativo contra Resolución de la Dirección General de la Policía de fecha 19-8-1987), no declara la preferencia de los funcionarios destinados en puestos fronterizos, por lo que el demandante interpone el mencionado recurso extraordinario de revisión.

STS 12-2-1990 —reorganización de las Brigadas de Seguridad Ciudadana— (50).

La Circular objeto de estudio en esta sentencia, tal y como determina el Tribunal, va dirigida, exclusivamente, a Comisarios y Jefes Superiores de las Fuerzas Policiales de Seguridad del Estado. En este sentido el Tribunal establece, en su Fundamento de Derecho Segundo:

«... Es claro el carácter meramente instrumental de la Circular impugnada dirigida a los órganos inferiores de la Administración y no a los administrados, que sólo se han de ver implicados por ella mediante los correspondientes actos expresos de dichos funcionarios, pero no directamente. Los artículos 18 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 7 de la Ley de Procedimiento Administrativo autorizan a los órganos superiores a dictar circulares e instrucciones que se refieran a la organización interna de los servicios dependientes de los mismos o para dirigir con carácter general la actividad de los inferiores del órgano de quien ha emanado la Circular exclusivamente dirigida a ellos. No tiene, pues, ésta, carácter ordinamental ni por lo tanto naturaleza de disposición general».

La representación de la Administración opone como causas de inadmisibilidad del presente recurso, entre otras, la falta del previo recurso de reposición. En este sentido el Tribunal, en su Fundamento de Derecho Cuarto, establece:

«Al no tener los caracteres de disposición general conforme a lo ya expresado, la Circular objeto de este recurso, es llano que su impugnación no está exceptuada del recurso de reposición, conforme establece, a sensu contrario, el artículo 53 de la Ley Jurisdiccional, lo que determina la inadmisibilidad de este recurso jurisdiccional a la luz de lo dispuesto en el artículo 82.e) de dicha Ley».

Por último, en el Fundamento de Derecho Quinto se establece:

«... tal falta de carácter de disposición general de la dicha Circular exige a la misma del proceso de elaboración expre-

(50) R. Ar. 2144. Supuesto de hecho: En este recurso se impugna ante el TS, por la representación legal del Presidente Nacional del Sindicato Profesional de Policía, la Circular 22/1987 de Reorganización de las Brigadas de Seguridad Ciudadana, de 26 de agosto de 1987, dictada por el Subdirector General Operativo, solicitando la declaración de nulidad de pleno derecho de la citada Circular por haber sido dictada por órgano manifiestamente incompetente, así como por faltar los informes del Consejo de Policía y de la Secretaría General Técnica del Ministerio, sin que tampoco se haya dado audiencia a las organizaciones sindicales más representativas. En cuanto al fondo, o contenido de la Circular, también se predica su nulidad al haberse extralimitado el Subdirector General Operativo en las facultades que le confiere el artículo 3 del Real Decreto 669/1984.

sado en los artículos 129 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo, por lo que de ningún modo serían necesarios ni preceptivos los aducidos trámites de audiencia e informes previos expresados en la demanda...».

C) *Sentencias en las que se les atribuye naturaleza de normas internas.*

La configuración de instrucciones y circulares como normas internas obedece, en nuestra jurisprudencia, a la recepción de la doctrina del Consejo de Estado francés establecida al respecto (51). En este sentido, la STS 14-2-1990 (R. Ar. 1317) establece en su Fundamento Jurídico Sexto:

«En la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, el *Arrêt* de 9 abril 1954, a las Circulares de interpretación no sólo les niega la condición de reglamentarias, sino que las reduce a meras instrucciones, dentro de la línea jerárquica administrativa (de ministros a autoridades dependientes de los mismos), por lo que las priva del acceso a la jurisdicción, que es tanto como negarles también la condición de verdadero acto administrativo, lo que conlleva que su impugnación sólo se podrá plantear ante el acto que la asuma y aplique».

STS 22-1-1993 —inspección financiera y tributaria— (52):

(51) La doctrina francesa entendió, desde fechas muy tempranas, que las circulares e instrucciones de servicio no son más que meras normas internas. Esta consideración de normas internas llevó al Consejo de Estado francés a inadmitir, en un primer momento, y sistemáticamente, los recursos contenciosos contra circulares e instrucciones de servicio; permitiendo, tan sólo, hacer valer la ilegalidad de éstas impugnando los actos administrativos que las aplican. Admitir el recurso directo contra una directiva, se ha dicho en este aspecto, «implicaría que ésta posee un carácter reglamentario, lo que llevaría bien a anular la directiva por incompetencia de su autor, bien a reconocer a este último un poder reglamentario: no queriendo aceptar ni una ni otra de estas consecuencias, el Consejo de Estado se encuentra condenado a considerar las directivas como simples medidas de orden interno que no modifican la situación jurídica de los interesados». En la actualidad, no obstante, si bien es cierto que las circulares, instrucciones, notas de servicio, pareceres, todo ese conjunto que integran las denominadas medidas de orden interior, en cuanto tales, continúan excluidas del control del exceso de poder, el Consejo de Estado ha extendido el dominio de la legalidad a las medidas interiores, lo cual implica admitir el recurso y resolver sobre el fondo; si bien la cuestión de fondo determinará en muchos casos la improcedencia del recurso; pero aun en los casos en los que el recurso no esté fundado, si la circular no es simple medida interior, sino que posee carácter reglamentario, la doctrina viene declarando la admisibilidad del recurso. Las circulares, pues, como categoría formal, insusceptibles de recursos contenciosos, han desaparecido. Sobre la evolución de la doctrina francesa e italiana y la jurisprudencia del Consejo de Estado francés en torno a las instrucciones y circulares, vid. G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención...*, op. cit., y P. MENÉNDEZ, *Las potestades administrativas de dirección...*, op. cit., y, también, J. ORTIZ DÍAZ, *Las circulares, instrucciones y medidas de orden interior ante el recurso por exceso de poder, en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés*, núm. 24 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1957, pág. 342, y M. BAENA DEL ALCÁZAR, «Instrucciones y Circulares» como fuente del Derecho Administrativo, núm. 48 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1965.

(52) R. Ar. 1114. Vid. FD 20.º. Supuesto de hecho: En esta sentencia, el TS declara

«Caso distinto es el de la Circular de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria de 17-11-1986 que, en fotocopia, se acompaña a la demanda del Consejo General de Colegios de Economistas de España. De un lado, no es una disposición administrativa que haya sido impugnada en los cauces de este recurso, pero, de otro, tampoco podría serlo dado su carácter de norma interna de la Administración, como tiene declarado esta Sala en sus Sentencias 30-5-1985 (RJ 1985/2425) y 22-11-1990 (RJ 1990/9175); y sin perjuicio, en todo caso, de que sean impugnables los actos de aplicación individual que de ella se deriven».

STS 22-11-1990 —peticiones de autorizaciones de ocupación, cierre o realización de construcciones en zona de servidumbre colindante con ZMT— (53):

«... referida "circular" va únicamente dirigida a los Organismos y funcionarios dependientes jerárquicamente de expresado centro directivo (Dirección General de Puertos y Costas), no va destinada a los particulares solicitantes de licencias o autorizaciones de construcción en dicha zona, ni en ella se impone obligación ni traba alguna no contenida en la normativa jurídica que las regula, ni resuelve cuestiones concretas y determinadas suscitadas entre la Administración y los particulares; y las aludidas cartas dirigidas a los Alcaldes no tienen otro fin que el de comunicar a éstos dicha "circular" en un intento de encontrar la colaboración de los Ayuntamientos, mediante el planeamiento urbanístico,

la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Gestores Administrativos de España y estima los recursos interpuestos por la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, el Consejo Superior de Colegios Oficiales de Titulares Mercantiles de España y el Consejo General de Colegios de Economistas de España, impugnando el Real Decreto 939/1986, de 25 abril, que aprobó el Reglamento General de la Inspección de los Tributos; el Tribunal anula determinados artículos de este Reglamento.

(53) R. Ar. 9175. Vid. FD 1.º. Supuesto de hecho: El 11 de noviembre de 1983, la Dirección General de Puertos y Costas cursó una Orden-Circular por la que se impartían «Instrucciones para informar las peticiones de autorización de ocupación, cierre o realización de cualquier tipo de construcciones en la zona de 20 metros de servidumbre de salvamento colindante con la Zona Marítimo-Terrestre». Interpuesto recurso de alzada por las «EAJ-UC y de C. de la M. de SJS y V.», fue desestimado por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo por silencio administrativo. Interpuestos recursos contencioso-administrativos, el TS los declara inadmisibles.

La representación de la Administración alega la inadmisibilidad del recurso ya que la Circular de la Dirección General de Puertos y Costas, del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, de 11 de noviembre de 1983, no tiene otro alcance y contenido que el de una serie de instrucciones y recomendaciones dirigidas a Organismos jerárquicamente dependientes de dicha Dirección General, a fin de que fueran tenidas en cuenta por aquéllos, al momento de la redacción de Informes sobre peticiones, por los particulares, de ocupaciones de zona de servidumbre de salvamento, colindante con la zona marítimo-terrestre.

para alcanzar una protección de la costa y su uso público, pero sin que tampoco signifique otra cosa que una “sugerencia” o “recomendación”, sin imposición de obligación alguna para aquellos a los que las comunicaciones van dirigidas. *Por lo tanto, dicha “circular” impugnada no ha de ser comprendida entre los actos susceptibles de ser objeto de un recurso de alzada en la vía administrativa, conforme a lo dispuesto en el artículo 113.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y, correlativamente, tampoco ha de ser objeto de ulterior recurso contencioso-administrativo, al consistir en una actuación de carácter interno dirigida a Organismos y funcionarios de la misma Administración, de forma que hasta que dichas sugerencias y recomendaciones no se trasluzcan (sic) y materialicen, mediante su cumplimiento por aquéllos, en actos administrativos concretos e individualizados, dicha “circular” no puede dar lugar al recurso contencioso-administrativo, ahora actuado por la parte demandante, por aplicación a sensu contrario de lo dispuesto en el artículo 37, en relación con el artículo 1, ambos de la Ley reguladora de esta jurisdicción».*

STS 9-6-1986 —recopilación de disposiciones sobre tasas y exacciones parafiscales aplicables a las liquidaciones realizadas por las Aduanas— (54):

«... no se trata en absoluto, pues, de una norma de carácter reglamentario determinante de la vigencia de unas disposiciones, de la que emanen derechos u obligaciones respecto de personas ajenas a la Administración Pública, viniendo su trascendencia exterior a dichos Servicios derivada de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, pero sin que ello le irroge una cualidad o naturaleza distinta de la precedentemente expuesta y razonada, ya que mediante la mencionada publicación, indudablemente se alcanzaba una mayor difusión de la circular en cuestión, pero, insistimos, siempre di-

(54) R. Ar. 3372. Vid. FD 3.º. Supuesto de hecho: El TS conoce, en este caso, de un recurso contencioso-administrativo donde se impugna, por la Asociación Industrial Textil de Proceso Algodonero, la Circular 891, de 31 de mayo de 1983, de la Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales, por la que, como se dice en el prólogo de la misma, «con el fin de facilitar a los Servicios la aplicación de la normativa en vigor» y para la gestión liquidatoria o recaudatoria que se halla encomendada a las Aduanas, «conviene reunir en una sola directriz la diversa ordenación existente», para lo cual en la aludida Circular se acuerda recopilar las disposiciones sobre tasas y exacciones parafiscales que dicho Organismo estima aplicables en las Aduanas, recurso al que por el representante de la Administración demandada se opone, como obstáculo procesal previo al estudio de la cuestión de fondo en el mismo suscitada, el de la inadmisibilidad de dicho recurso, al no existir acto administrativo o disposición general impugnable, por tratarse de una circular de orden puramente interno, cuya razón de ser no deriva de la potestad reglamentaria de los órganos administrativos, sino de las facultades reconocidas en el artículo 7 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

rigida esta última a los Servicios de Aduanas. Pretender dar otro alcance a la circular impugnada es erróneo, pues en el supuesto de que fuera una disposición en general de carácter reglamentario, se cometería con la misma una flagrante vulneración del artículo 18 de la Ley General Tributaria, que atribuye la facultad de dictar disposiciones interpretativas o aclaratorias de las Leyes y demás disposiciones en materia tributaria, exclusivamente al Ministro de Hacienda, que la ejercerá mediante Orden publicada en el “Boletín Oficial del Estado”... *sin que, en modo alguno, de ello deriven derechos u obligaciones para los administrados, que podrán perfectamente mostrar su disconformidad con lo allí “recopilado”, cuando se aplique en concreto una de las normas que en dicha circular se estiman vigentes, mediante la impugnación correspondiente del acto liquidatorio basado en la vigencia de dicha norma, que se estime por el interesado que no lo es, impugnación en la que podrán suscitarse todas las cuestiones ahora planteadas de forma improcedente, ...de lo expuesto se infiere, pues, que como ya adelantamos, la circular objeto de este proceso, no tiene ningún alcance reglamentario, y, por ello, las tasas y exacciones parafiscales que en dicha circular se estiman aplicables por las Aduanas, lo serán en tanto en cuanto por los Tribunales se consideren las mismas vigentes, cuando ante ellos se cuestionen las liquidaciones tributarias por tales conceptos giradas por la Administración, sin que, por consiguiente, sea ahora momento para hacer declaraciones en cuanto a la validez o no de la vigencia de las indicadas tasas y exacciones parafiscales, al no existir en este proceso acto administrativo sobre el que pronunciarse al respecto tal como en supuestos muy similares al presente, se declaró en las sentencias de este Tribunal de 27 de octubre de 1982 y 18 de abril de 1983 (RJ 1983/1936)».*

2. Conclusiones que se desprenden de los anteriores pronunciamientos

El Tribunal Supremo, cuando atribuye naturaleza reglamentaria, con efectos *ad extra* de la organización, a las circulares —y, por ende, a las instrucciones— atiende, exclusivamente, al contenido de las mismas. De tal forma que cuando el Tribunal entiende que la circular crea una nueva sujeción o garantía para el administrado o da reglas imperativas nuevas, las califica como normas reglamentarias. En cuanto a la publicación de estas circulares, calificadas como normas reglamentarias, el TS mantiene posturas altamente contradictorias. Así, por ejemplo, en la STS de 18 de marzo de 1996 entiende que el dato que permite diferenciar una circular con efectos *ad extra* de otra con simples efectos *ad intra*, de la organización, es la publicación o no de las mismas; entendiéndose, por tanto, que la publicación

de las circulares con naturaleza reglamentaria es un requisito de eficacia (55). Mucho más sorprendente —y disparatada— es la STS de 9 de abril de 1992, que, pese a haber atribuido naturaleza reglamentaria a una circular de la Dirección General de la Marina, entiende que por el simple hecho de no haber sido publicada no pierde por ello su eficacia, pues sus destinatarios tenían conocimiento personal de la misma y este hecho, establece la sentencia, «suple con creces la ausencia de publicación en los periódicos oficiales». Sin embargo, la STS de 20 de diciembre de 1993, de forma acertada, establece que la circular, al no haberse publicado en el «Boletín Oficial», carece de validez y eficacia.

En todo este conjunto de sentencias, en las que las circulares enjuiciadas se califican como normas reglamentarias, la Sala Tercera del TS no se cuestiona (salvo en la STS de 27 de noviembre de 1989) si los órganos que dictan las circulares son titulares o no de la potestad reglamentaria (Instituto Social de la Marina, Dirección General de Navegación, Dirección General de Empleo y Promoción Social, Dirección General de Instituciones Penitenciarias) y si contaban con la cobertura de una Orden Ministerial, un Decreto o una Ley para poder dictar, válidamente, reglamentos con efectos *ad extra* de la organización. Tampoco se cuestiona, en estas sentencias, si las circulares habían sido elaboradas de acuerdo a lo establecido en los artículos 129 y siguientes de la LPA. Es decir, si habían sido elaboradas de acuerdo al procedimiento legalmente establecido para elaborar las disposiciones administrativas generales; si bien es cierto que los recursos se articulan contra las resoluciones aplicativas de la circular y no contra éstas, a través del recurso directo o indirecto contra reglamento.

El hecho de que el TS atribuya naturaleza reglamentaria a las circulares enjuiciadas, si bien puede considerarse una actitud garantista con respecto a aquellos que promueven recursos, contra las resoluciones basadas en las mismas, pone de relieve, «en la otra cara de la moneda», el peligro que esta actitud engendra pues se está dando por válida, *a sensu contrario*, la existencia de normas reglamentarias elaboradas sin sujeción a los límites formales y sustantivos —competencia, jerarquía, procedimiento...— que garantizan la validez de las disposiciones administrativas generales (56).

Igualmente, cuando el TS califica a las circulares como reglamentos internos u organizatorios lo hace por entender que éstas no crean o innovan el ordenamiento jurídico (Fundamento de Derecho Tercero, STS de 4 de febrero de 1994), porque de ser así el propio Tribunal entiende que «sería

(55) Sobre el requisito de publicación de las normas jurídicas como requisito de validez y no de eficacia, vid. —incluso antes de la Constitución— J. BERMEJO VERA, *La publicación de la norma jurídica*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, junio 1977, pág. 14, y E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 1974, págs. 86, 123 y 144. En conclusión, una norma jurídica no publicada no existe y esto, hoy día, por el principio general del Derecho «publicidad de las normas» positivizado en la Constitución —art. 9.3—. Vid., en este sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, op. cit., pág. 110.

(56) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, op. cit., págs. 176-194.

dudoso el modo de producción elegido para dicha normativa por la Administración Penitenciaria». No obstante, el Tribunal entiende que se trata de un reglamento y no de una circular propia de la jerarquía organizativa; seguramente porque los destinatarios de la circular —las asociaciones, grupos y particulares que presten servicios en las tareas de resocialización de presos— difícilmente puede entenderse que sean órganos inferiores a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Partiendo de este dato, el Tribunal entiende que los destinatarios de la circular se sitúan en una relación de supremacía especial y eso «le permite establecer» que el Director General de Instituciones Penitenciarias, por ejemplo, pueda regular *ex novo*, mediante una circular, la participación de asociaciones, grupos y particulares en las tareas de resocialización penitenciaria.

No obstante, al tratarse de un recurso interpuesto al amparo de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales (Ley 62/1978), por entender la actora que, entre otras cosas, se está limitando el derecho de asociación y esto, en sí, supone la violación de un derecho fundamental, el Tribunal no puede pronunciarse sobre cuestiones de legalidad ordinaria; por lo que no entra a valorar si el reglamento afecta y limita derechos fundamentales y, por tanto, la materia hubiera tenido que ser regulada mediante un «reglamento externo», con plenos efectos *ad extra*, necesitado de concretas habilitaciones legales.

Por otra parte, cuando el TS atribuye naturaleza de acto administrativo a las instrucciones y circulares, lo hace atendiendo al hecho de que, a juicio del Tribunal, éstas no tienen fuerza obligatoria para los administrados —no crean sujeciones o garantías— por ir dirigidas a dependencias internas. Al calificarlas como tales actos administrativos, el Tribunal entiende, obviamente, que éstas pueden ser impugnadas como actos administrativos (Fundamento de Derecho Tercero de la STS de 13 de octubre de 1995, entendido *a sensu contrario*; STS de 12 de febrero de 1990, Fundamento de Derecho Segundo; STS de 30 de septiembre de 1991, Fundamento de Derecho Primero).

El problema que suscita la calificación de las instrucciones y circulares, en los supuestos enjuiciados como actos administrativos, es que el TS no se cuestiona si el contenido de la instrucción o circular es propio de un acto administrativo o de un reglamento. De hecho, todas ellas están realizando una interpretación-desarrollo del Ordenamiento Jurídico. El TS entiende que las circulares —e instrucciones, por tanto— pueden interpretar el Ordenamiento Jurídico (57) aunque, obviamente, no pueden desarrollarlo, puesto que esto último tan sólo corresponde a las normas jurídicas. Ahora bien, la pregunta es la siguiente: ¿dónde termina la interpretación y dónde empieza el desarrollo normativo; cuáles son los criterios para marcar la línea divisoria entre ambos? Por ejemplo, la sentencia sobre inscripción en el Registro de Auditores de Cuentas, STS de 13 de octubre de 1995,

(57) A estas circulares la doctrina las denomina circulares normativas o interpretativas. Vid. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, pág. 729.

entiende que la circular enjuiciada es «un acto administrativo que atribuye al Presidente del Instituto [de Contabilidad y Auditoría de Cuentas] una discrecionalidad técnica para establecer los criterios o acreditaciones justificativas de los requisitos necesarios para que proceda aplicar el régimen transitorio (cómo entender lo que era titulación universitaria, programas de enseñanza técnica, formación práctica)»; es decir (¡paradoja!), nos encontramos con un acto administrativo que atribuye potestades. ¿Acaso las potestades no las atribuye, siempre, el Ordenamiento Jurídico? (58). Por otra parte, si la imposición de requisitos nuevos (interpretación, a juicio del Tribunal), no establecidos en la Ley de Auditoría de Cuentas, que impiden la inscripción en el Registro de Auditores de Cuentas —requisito necesario para poder ejercer esta actividad— no es desarrollo del Ordenamiento Jurídico, por qué en la STS de 9 de febrero de 1995, que versa sobre el mismo tema, se establece: «... el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas se vio obligado a resolver todas las solicitudes en el plazo de seis meses, antes de que el Gobierno publicase las normas de desarrollo de la Ley ...». Por otra parte, la STS de 13 de julio de 1995 nos proporciona un claro ejemplo de cómo un mismo contenido, «criterios de preferencia para cubrir vacantes de provisión normal por antigüedad en el Cuerpo de Policía Nacional», es regulado por la Administración, primero, mediante una circular no normativa (Circular de la Inspección General del extinguido Cuerpo de Policía Nacional, núm. 800101, de fecha 11 de noviembre de 1980) y, después, mediante un reglamento (Real Decreto 610/1982, de 5 de marzo). ¿Acaso en el primer supuesto se está interpretando el Ordenamiento Jurídico y en el segundo se está desarrollando?

Por último, cuando el TS califica a las instrucciones y circulares como normas internas establece que éstas no pueden ser recurridas directamente —como si de verdaderos actos administrativos se tratara—, pudiéndose impugnar, tan sólo, los actos de aplicación individual que de ellas se derivan. En este sentido, el TS está haciendo uso de la primera jurisprudencia del Consejo de Estado francés sobre instrucciones y circulares (59). No obstante, como hemos puesto de relieve anteriormente, el Consejo de Estado francés acabó admitiendo los recursos contra instrucciones y circulares cuando éstas tuviesen un contenido reglamentario. Las circulares, pues, como categoría formal, insusceptibles de recursos contenciosos, han desaparecido en Francia. Nuestro TS debe permitir, igualmente, la impugnación directa de instrucciones y circulares cuando éstas tengan un contenido reglamentario. Es más, nuestro TC, en el marco del recurso de amparo, admite el recurso contencioso-administrativo contra instrucciones y circulares, sin necesidad de aguardar a los actos de aplicación, tanto en el ámbito de las relaciones de supremacía especial (STC 26/1986) como en el de las relaciones de supremacía general, cuando éstas puedan producir efectos directos sobre los ciudadanos (STC 150/1994). A igual conclusión hay

(58) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, op. cit., pág. 433.

(59) Vid. Fundamento Jurídico Sexto de la STS 14-2-1990.

que llegar, por tanto, cuando la instrucción o circular no viole derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional y cuando, simplemente, traten de contravenir el Ordenamiento Jurídico e intenten prevalecer sobre él imponiendo requisitos no previstos en las normas jurídicas; produciendo, de hecho y directamente, claros efectos *ad extra* de la organización.

Haciendo una última valoración sobre todo este conjunto de sentencias me vienen a la memoria unas palabras del profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO:

«... la jurisprudencia contenciosa sigue en su conjunto sin responder plenamente ni a los altos cometidos que debe cumplir, ni menos aún al papel que la Ley le permite desempeñar... La crítica, siempre con el máximo respeto, se dirige, sin embargo, a la falta de sentido ordinamental y de conjunto que, en general, presenta nuestra jurisprudencia...» (60).

IV. CONCLUSIONES FINALES

Cuando el TS atribuye —en los supuestos concretos— a las circulares e instrucciones la naturaleza de acto administrativo, lo hace con un fin instrumental: permitir su impugnación y, por tanto, su control por la jurisdicción contencioso-administrativa. Esto supone una utilización del concepto de acto administrativo como medio (61), pero pone en entredicho el concepto estricto de acto administrativo manejado por la doctrina (62) y todo su régimen jurídico: las circulares, instrucciones —y, ahora, órdenes de servicio— no se notifican a sus destinatarios, no se expresan los recursos que proceden frente a ellas, no son actos de trámite que no permitan su impugnación separadamente de la resolución, sino que constituyen un acto terminal, un mandato elaborado sin ajustarse a procedimiento alguno —art. 105.c) CE— que en caso de incumplimiento —por sus destinatarios— no podrá dar lugar a la ejecución forzosa (63). Por otra parte, no siempre estos actos jurídicos de la Administración tienen como únicos destinatarios a los órganos inferiores —los ejemplos que hemos suministrado a lo largo del trabajo son suficientemente indicativos—, sino que, en numerosas ocasiones, son susceptibles de provocar unos claros efectos *ad extra* de la organización —bien a través de los órganos inferiores como desti-

(60) Vid. S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La doctrina del Ordenamiento Jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del Derecho Administrativo*, «Revista de Estudios Políticos», núm. 39, septiembre-diciembre 1962.

(61) Vid. J. GONZÁLEZ SALINAS, *El acto administrativo, encrucijada de problemas tópicos. Carácter instrumental del concepto. Contestación a una consulta*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», núm. 533, julio-agosto 1979, págs. 1420-1437.

(62) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, op. cit., págs. 533-540.

(63) Cfr. J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley...*, op. cit., págs. 515-522.

natarios intermedios o bien, sencillamente, sin ellos—. No obstante estas consideraciones, las circulares, instrucciones —y órdenes de servicio— propias de la relación jerárquica, mediante las cuales la Administración realiza su función directiva, no pueden ser calificadas como reglamentos ya que pueden ser dictadas por cualquier órgano administrativo del que dependan otros órganos inferiores, su elaboración no se ajusta al procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales (art. 24 de la Ley del Gobierno, respecto a los reglamentos estatales), etc.

La recepción, en nuestra doctrina, de la teoría ordinamental del Ordenamiento Jurídico (64) nos lleva a calificar a las instrucciones como normas; pero como normas internas —normas integrantes de los ordenamientos internos—, pues la organización siempre forma parte del Ordenamiento Jurídico (65). Esto obliga a seguir profundizando en el estudio de estas normas internas y, en especial, en su régimen jurídico.

(64) Vid. S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La doctrina del Ordenamiento Jurídico de Santi Romano...*, op. cit., *in totum*.

(65) Vid. S. ROMANO, *El Ordenamiento Jurídico*, traducción española de los profesores Lorenzo y Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Ed. Instituto de Estudios Políticos, 1963.