

II.-EXTRANJERO

LAS CIRCULARES, INSTRUCCIONES Y MEDIDAS DE ORDEN INTERIOR ANTE EL RECURSO POR EXCESO DE PODER, EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS (*)

SUMARIO: Planteamiento.—Determinación de conceptos: medidas de orden interior, circulares e instrucciones.—Régimen contencioso. Circulares de naturaleza reglamentaria. Circulares desprovistas de valor reglamentario: a) Circulares de interpretación. b) Circulares e instrucciones que constituyen simples directrices. c) Circulares recordatorias. Notas de servicio. Medidas de orden interior.—El arrêt «Institution Notre Dame de Kreisker» y las conclusiones del Comisario del Gobierno M. Tricot.—Conclusiones.

PLANTEAMIENTO.

Cuando CORMENIN (1) exponía en los orígenes de la jurisprudencia administrativa las reglas de incompetencia de la jurisdicción del Conseil d'Etat, en la larga lista de «materias no contenciosas» que señalaba, se incluían «las circulares o reglamentos hechos por los ministros para la ejecución de las leyes..., o que no son más que simples instrucciones administrativas..., las decisiones de un ministro que no poseen ni la forma ni el carácter de un juicio o que organizan la disciplina, la distribución y el orden de los trabajos en las administraciones, reglan los gastos de oficina, el número, rango y salarios de los empleados..., los decretos u ordenanzas que destituyen un agente del Gobierno o que niegan la concesión de un grado o de un empleo».

A los ojos de CORMENIN, que las medidas de orden interior no fueran susceptibles de recursos, constituía una necesidad de la misma vida administrativa. El recurso «quitaba al ejecutivo la saludable libertad de sus movimientos y se transfería con ello poco a poco, por la vía desviada del recurso, todo el gobierno al seno del Conseil d'Etat» (2).

(*) Nuestra gratitud a M. RENÉ CASSIN, Vice-president du Conseil d'Etat, y a los miembros del mismo. Merced a las facilidades por ellos prestadas fué posible la redacción de este trabajo. Examinamos principalmente la jurisprudencia de los cuatro últimos años.

(1) *Questions de droit administratif*, t. I, págs. 136 y ss. Paris, 1837.

(2) *Idem*, pág. 256. Ni éste ni ninguno de los autores del XIX que emplearon la expresión «medidas de orden interior», las revistieron, sin embargo, de configuración jurídica, tarea que cumpliría ulteriormente el Conseil d'Etat.

En nuestro tiempo, 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. La jurisprudencia más reciente así lo mantiene. El Consejo de Estado, no obstante, al extender el dominio de la legalidad a toda la vida de los servicios públicos, ha penetrado en las medidas interiores, aunque sin afectar en modo alguno a la esfera de la oportunidad de las mismas. Como ya cumplidamente ha demostrado RIVERO, el orden interior deviene un orden jurídico (3). Ello justifica el control del alto organismo, sobre la legalidad de las medidas interiores en lo relativo a la competencia, fin, exactitud material de los hechos determinantes de los actos y verificación de la conformidad material de las medidas de orden interior con las disposiciones legales y con las condiciones impuestas a ellas por los propios actos interiores.

Empero, modernamente, y este es el hecho que nos interesa en este trabajo, las medidas de orden interior, especialmente las circulares, pierden en ocasiones su verdadero carácter, se desfiguran y constituyen en manos de la Administración instrumentos mediales para ejercer y cumplir diversas facultades y funciones administrativas. La circular, dice gráficamente M. TRICOT, es un pabellón que puede encubrir toda suerte de mercaderías, órdenes del día, consejos, recomendaciones, directrices de organización y de funcionamiento, reglas de derecho (4).

La propia estructura de la organización ministerial y la complejidad y exigencias de la administración moderna determinan la transformación y replanteamiento de la operatividad y forma actual de eficacia de la circular.

Pone de relieve RIVERO que la circunstancia de que el ministro sea el detentador del poder jerárquico y al mismo tiempo de hecho, por la práctica del refrendo del poder reglamentario, ha tenido una gran influencia sobre las diversas aplicaciones que la administración ha realizado en la circular (5).

La tendencia de las administraciones contemporáneas, escribe TRICOT (6), es promover a la circular en la jerarquía de los actos administrativos. La interdependencia de los problemas, lo que multiplica los ministros que intervienen en un decreto o en un *arrêté*, la pesadez de las transmisiones administrativas, la inestabilidad ministerial, que obliga a menudo a recomenzar el circuito de un texto que exija muchas firmas, todos estos factores empujan hoy a la administración a incluir en la circular reglas que tendrían que ser enunciadas por decreto o *arrêté*. Pero por cómoda

(3) *Les mesures d'ordre intérieur administratives*, Thèse, págs. 369 y ss. Paris, 1934. Es un orden jurídico subordinado, pero distinto, del orden legal general.

(4) *Conclusiones en el asunto «Institution Notre Dame de Kreisker»*, en «Revue Pratique de Droit Administratif», núm. 3, pág. 53, 1954.

(5) Ob. cit.

(6) Ob. cit., pág. 53.

que sea la circular, ella aparece aún demasiado lenta y solemne y el administrador procura, por directrices verbales o dadas por simples cartas, corregir o suspender las reglas establecidas por vía de circulares generales.

Se asiste así—agrega—a un retroceso de la regla de derecho hacia lo precario y lo confidencial.

El hecho interesante es que a veces la circular envuelve una disposición cuyo carácter imperativo traspasa el efecto normal de la autoridad jerárquica y cuya decisión no se limita a actuar indirectamente por la intermediación de los subordinados a ella, sino que por sí misma y directamente produce efectos sobre las situaciones jurídicas. La antigua «presunción de no *grief*» de la circular, que la excluía del recurso contencioso, cae por su base. Superando un formalismo, la circular va a tener una intención verdaderamente reglamentaria; la noción de la «orden del orden» devendrá en algunos casos una simple ficción, y la circular caerá en las mallas de la red del control contencioso.

No sospechaba quizás ALIBERT (7) el alcance que obtendría una insinuación que formulaba, cuando escribía las siguientes palabras: «En principio el Consejo de Estado no admite los recursos formulados contra circulares que la Administración dirige a sus agentes. Estas circulares no son más que indicaciones destinadas a servir de guía a los funcionarios... Ellas pueden ser obligatorias para los agentes, pero ellas no contienen ninguna decisión respecto a los administrados...». Pero añade: «Esta regla debe ceder todas las veces que la circular o la instrucción contenga un elemento de decisión directa... Algunas circulares poseen todos los caracteres que distinguen a las decisiones inmediatamente ejecutorias; ellas entoces hacen «*grief*» a toda una categoría de administrados; éstos quedan admitidos a pedir su anulación.»

En nuestro tiempo puede decirse que las antiguas excepciones al principio se han convertido casi en la regla general.

De todo ello, el que se plantee, en la actualidad, con caracteres de necesidad la cuestión del control contencioso de las circulares cuando posean el carácter de disposiciones reglamentarias, constituyan decisiones que hagan «*grief*» (8) a los administrados, en definitiva, cuando no respondan a su pristino concepto de medidas de orden interior.

(7) *Le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, París, 1926, pág. 85.

(8) La expresión «*décision susceptible de faire grief*» la utiliza el Conseil d'Etat de forma muy expresiva y es característica necesaria que exige al acto administrativo para que el recurrente pueda impugnarlo en lo contencioso. Cfr. WALINE, *Droit Administratif*, París, 1957, pág. 447.

DETERMINACIÓN DE CONCEPTOS : MEDIDAS DE ORDEN INTERIOR, CIRCULARES E INSTRUCCIONES.

En realidad, el término «medidas de orden interior» engloba a los otros, pues en el interior de la Administración, como dice LIET-VEAUX (9), los agentes públicos entran en relación por documentos bajo los nombres y formas más diversos (circulares, instrucciones, notas de servicio, pareceres, etc.).

De una manera general, las medidas denominadas «de orden interior», escribe LAUBADÈRE (10), o «de administración interior», tienen por objeto la organización interna de las administraciones y de los servicios públicos.

Tal noción es empleada por el Conseil d'Etat para designar medidas diversas (11). Su rasgo común es que ellas constituyen medidas tomadas en el interior de los servicios públicos por las autoridades que dirigen el servicio, para la mejor organización y funcionamiento de éste, sin tocar no obstante a la situación legal de los agentes.

En ocasiones, la jurisprudencia y la propia Administración adoptan la genérica calificación de medidas de orden interior. Otras muchas, esas reglas interiores son denominadas específicamente circulares, instrucciones, etc.

Señala CHARLIER (12) que entre los actos de la Administración es corriente distinguir los actos jurídicos, contrato o decisión, que tienen efectos de derecho, que modifican las reglas y situaciones jurídicas y los actos que en una terminología poco feliz se les denomina materiales, tales como la demolición de una construcción, para los cuales el régimen de los efectos y del control de los actos jurídicos es imposible, porque ellos no trazan líneas de conducta. Pero existe—añade—un grupo intermedio, cuales son las instrucciones del servicio, denominadas circulares, cuando tienen carácter general, y otros actos que se han reunido con ellas bajo el nombre de «medidas de orden interior». Sus efectos y el control jurisdiccional posible sobre ellas son difíciles de determinar. El error ha sido quererlas incluir en uno u otro grupo. Si ellas no pueden ser invocadas como productoras de efectos de derecho, sí ser controladas en cuanto *directives* que trazan líneas de conducta. Ningún texto legal regla esta cuestión, y la jurisprudencia parece en conjunto incierta.

(9) *L'acte administratif*, en «Jurisclasseur administratif», t. I, fasc. 106, pág. 13. París, 1955.

(10) *Traité élémentaire de Droit administratif*, 12.^a ed., pág. 164. París, 1957.

(11) La cuestión del orden interior dice RIVERO (ob. cit., pág. 7), se presenta en su origen como una pura cuestión jurisprudencial. Es el Conseil d'Etat quien la ha introducido—agrega—en nuestro derecho administrativo, empleando durante los veinte últimos años las palabras «medidas de orden interior» o «prescripción de orden interior».

(12) *Circulaires, instructions de service et autres pretendues mesure d'ordre intérieur administratives*, en «La Semaine Juridique», 1954, Doctr. 1169.

Una de las manifestaciones del poder jerárquico en la Administración radica en la posibilidad de dar órdenes que pueden constituir, como señala WALINE (13), órdenes precisas y categóricas o, por el contrario, simples directrices generales.

De otra parte, y como advierte el mismo autor, aquél puede actuar por órdenes dadas individualmente a tal funcionario o por órdenes dadas colectivamente a todos los subordinados o a una categoría de subordinados. Los actos por los cuales son formuladas dichas órdenes los llama instrucciones de servicio, y si estas órdenes fueran colectivas, circulares.

A pesar de esta distinción doctrinal entre instrucciones y circulares, que matiza el profesor de París, la jurisprudencia, como veremos a continuación, no las discrimina.

En pura ortodoxia, y prescindiendo de las deformaciones operadas, característica común de ambas es que no se dirigen al público. No tienen valor jurídico más que en el interior de la jerarquía. Los administrados no son destinatarios de ellas y no quedan obligados por las mismas como lo estarían por un reglamento. Dichas medidas están destinadas a guiar la acción de los funcionarios, y únicamente contra el ejercicio de esta acción por los funcionarios subordinados—escribe LEVANTAL, (14)—poseen los particulares posibilidad de recurrir.

Como decíamos, la jurisprudencia utiliza indistintamente los términos circulares e instrucciones, y de otra parte, ni en ella ni en la doctrina puede encontrarse un perfil uniforme, salvo los aspectos mencionados, del contenido y configuración de las referidas medidas de orden interior.

La función misma de la circular—escribe RIVERO—le obliga a revestir diversos aspectos que no pueden reducirse a la unidad.

Si en ocasiones la circular es imperativa, a veces se limita a consejos meramente facultativos, y no puede, por tanto, definirse por el concepto de orden. Si en algunas circunstancias interpreta textos reglamentarios para su adecuada ejecución, existen, por el contrario, circulares que se bastan a sí mismas. De otra parte, decisorias no lo son más que en ciertos casos; en cuanto a la materia, no tienen un dominio limitado; en fin, su oposición con el reglamento es en algunos casos puramente formal.

La unidad de la circular—añade—(15) no existe más que en el poder que la establece, poder distinto del poder reglamentario, que se ejerce sobre todos los que están obligados en las relaciones de subordinación jerárquica.

La autoridad de la circular no está en el poder jurídico de crear situaciones de derecho; radica en el poder jerárquico de imponer obligaciones, que no son tales más que en el cuadro de servicio, y por la amenaza de

(13) *Droit administratif*, 7.^a ed., pág. 250. París, 1957.

(14) *L'annulation pour excès de pouvoir des circulaires administratives*, pág. 99, Chronique, en tomo I, *Recueil Dalloz*, 1954.

(15) *Ob. cit.*, pág. 115.

la represión disciplinaria. En principio—agrega—, ella no puede establecer derechos; esto es sólo función del poder de decisión que produce sus efectos en el cuadro de la legalidad general. Si, por consiguiente, la circular termina por extender su autoridad fuera del servicio, no es jamás de manera directa, sino solamente por el efecto de la subordinación del inferior, al cual su superior, por la fuerza de su poder jerárquico, impone en la circular sus decisiones ejecutorias. Frente a los administrados, la circular no constituye más que «una orden del orden» (16).

A pesar de estas afirmaciones, reconoce que, junto a las «circulares de orden interior», auténticas circulares, la práctica demuestra la existencia de «circulares de legalidad general» (17).

Las primeras no ponen en juego situaciones de derecho y su autoridad sólo es jerárquica; las segundas, en cambio, sí.

Conceptúa las circulares de orden interior como aquellas que interesan esencialmente las relaciones jerárquicas y no tienen incidencia directa sobre un estatuto legalmente definido (18). Insiste en que se trata de una incidencia directa, puesto que las circulares de orden interior pueden afectar indirectamente una situación legal. Por «situación legalmente definida» entiende todas las disposiciones legislativas o reglamentarias, hasta contractuales, en los casos de las relaciones del concesionario con la persona pública que tuvieron por efecto conferir al recurrente una situación jurídica cuya protección puede pedir al contencioso; es de ordinario el esta-

(16) Cfr., sobre todo el tema: GRELAT, *Essai d'une théorie juridique de l'instruction de service*, These, Nancy, 1908; MANDRETTE, *Les instructions des supérieurs hiérarchiques*, These, París, 1908; J. CHEVALIER, *L'instruction de service et le recours pour excès de pouvoir*, These, Nancy, 1924.

(17) Ob. cit., pág. 122.

(18) La circular manifiesta que constituye la carta de la Corporación de los funcionarios, pero esto no es verdad más que en el plano de la legalidad interior, en el dominio de las obligaciones que la jerarquía hace pesar sobre el funcionario (Ob. cit., pág. 123).

Se pregunta después este autor: ¿Cuál es la fuerza obligatoria de la circular? (Ob. cit., págs. 125 y ss.). Esta cuestión, responde, debe ser examinada desde el doble punto de vista del que la adopta y del que la recibe. Para el autor del acto hay que distinguir según que haya pretendido tomar en su circular una decisión de legalidad general o una medida de orden interior. En el primer caso se encuentra autolimitado, ha creado situaciones jurídicas que le devienen oponibles bajo el control del juez, todo como el Poder ejecutivo cuando establece por decreto los límites a su autoridad. En el segundo caso esta limitación no existe más que en el plano interior, en el que se encuentra privada la circular de la sanción del juez. El hecho de que el autor del acto es siempre libre de modificarlo por otro tomado en la misma forma, lo que resulta verdad para todos los actos, encuentra aquí su máximo de eficiencia, en razón de la extrema facilidad con la que se realiza esta modificación, facilidad que para los actos reglamentarios se encuentra disminuída por las formalidades a las que los mismos están subordinados. De otra parte, el principio que el acto de ejecución está subordinado a la regla general no posee en el orden interior más que un valor teó-

tuto del funcionario, pero puede ser también el del usuario, el del contribuyente, hasta el estatuto individual, definido por la libertad de ir y venir.

Recientemente, TRICOT (19) establece una triple clasificación de las circulares, criticada por LEVANTAL (20).

Parte el Comisario del Gobierno de la consideración de que si el Conseil d'Etat tiene decidido, en general, que la circular no constituye decisión que haga «grief», en algunos casos reconoció que poseía el carácter de decisión que ocasionaba «grief». Ocurre así cuando el Ministro o cualquier otra autoridad situada a la cabeza de un servicio toma en cuanto al funcionamiento del servicio decisiones que, o bien subordinan el ejercicio de los derechos de los administrados a ciertas condiciones, o bien conceden a éstos determinadas garantías de procedimiento. La circular no es entonces simple medida interior que fija sin repercusión jurídica sobre terceros el funcionamiento de mecanismos administrativos; por el contrario, impone restricciones o concede garantías, constituye un acto jurídico susceptible de recurso.

rico, puesto que la regla general está a menudo desprovista de carácter obligatorio y el autor de la circular no ha pretendido ligar por ella su poder discrecional y no existe juez para apreciar la conformidad del acto a la regla.

En cuanto a aquel que interesa la ejecución del acto porque le concierne directamente, es necesario distinguir según que la circular produzca un efecto de derecho (valor reglamentario) o sea tomada en la sola intención jerárquica. En el primer caso afecta a terceros y a funcionarios. En el segundo, a éstos solos. En este último supuesto procede distinguir según que el autor del acto haya pretendido ordenar o sólo aconsejar. Dependerá también del grado de subordinación en el servicio. Siempre ella tendrá una sanción eventual en la reprensión disciplinaria. La desobediencia compromete la responsabilidad frente al superior. Puede ocurrir que la falta interior sea tan grave que entrañe para el funcionario una sanción que interese su carrera, y será entonces el caso de recordar que el estatuto del funcionario es de suyo materia interior ordenada por el interés del servicio y no por el del funcionario; y entonces tendremos que una falta interior repercute sobre una situación legal.

En cuanto al conflicto entre la orden y la ley no hay problema. La circular que pertenece al orden interior no puede jamás ir en contra de la legalidad general. Cuando por la circular el superior se enfrenta con la ley, se excede de su poder. No existe conflicto entre la legalidad general y la legalidad interior, sino entre aquella y un acto que no pertenece al orden interior. El funcionario—termina RIVERO—se encuentra desligado del deber de obediencia jerárquica. El acto jerárquico no posee fuerza obligatoria más que en su dominio, en el dominio interior.

(19) En las conclusiones como Comisario del Gobierno en el asunto «Institution Notre Dame de Kreisker», publicadas en «Chronique» de la «Revue Pratique de Droit Administratif», núm. 3, marzo 1954, págs. 50 y ss.

(20) Leo LEVANTAL critica la distinción que realiza TRICOT, pues, según él, en las tres hipótesis que examina el Comisario la medida se impone directamente a los administrados y posee, por consiguiente, valor reglamentario. (Nota en la pág. 104 de su artículo *L'annulation pour excès du pouvoir des circulaires administratives*, en «Chronique», en «Recueil Dalloz», 1954.)

Existe, de otra parte, acto que constituye hace «grief» cuando la circular comporta una decisión colectiva.

En tal supuesto, la circular no se limita a preparar decisiones individuales; ella es, por sí misma, decisión querida para una serie de casos y que debe ser simplemente seguida de medidas de ejecución a tomar por los servicios. Sucede así, por ejemplo, cuando el Ministro, mediante circular, fija la remuneración de ciertos agentes.

En otras ocasiones se reconoce carácter de decisión a una circular que no implica restricción o garantía de procedimiento y sin que tampoco pueda decirse que constituye decisión colectiva. Es tal el caso en que la circular establece una regla de derecho nueva que no encuentra su fundamento en un acto jurídico anterior. Así, v.-gr., cuando la circular señala la edad mínima requerida para tener acceso a las escuelas primarias.

RÉGIMEN CONTENCIOSO.

Es preciso no confundir el plano jerárquico jurídico de la circular «interior» con su régimen de legalidad y control, con el plano contencioso de la circular cuando reviste carácter reglamentario y sale de su originaria perspectiva del orden interior.

De suyo, y como decíamos, las circulares, instrucciones y medidas de orden interior, salvo en los aspectos ligados de legalidad de las mismas y en su propia contextura de orden interior, son insusceptibles de fiscalización contenciosa, por las distintas razones que ya quedaron apuntadas. Pero ya veíamos también que la circular, instrucciones y demás perdían en ocasiones su propio matiz para convertirse en un instrumento de ejercicio de la potestad reglamentaria, lo que planteaba, en cuanto norma externa, su control contencioso, como es lógico, desde otro punto de vista que el propio de la legalidad interna.

Esta segunda faceta ha llevado al Conseil d'Etat a la entrada en el fondo del asunto impugnado, antes de declarar la inadmisibilidad del recurso contra una circular. El examen de la cuestión de fondo determina en muchos casos la improcedencia del recurso, pero aun en estos casos en que el recurso no está fundado, si la circular no es simple medida interior, sino que posee carácter reglamentario, la jurisprudencia del alto cuerpo francés viene declarando la admisibilidad del recurso. Las circulares, pues, como categoría formal, insusceptibles de recursos contenciosos, han desaparecido. La tesis de la inadmisibilidad en bloque de las circulares para ser recurridas es una técnica en la actualidad abandonada por el Consejo de Estado. Ello no significa, sin embargo, que «la forma circular» sea totalmente desprovista de consecuencias jurídicas ante el contencioso. Si ciertamente ella no prejuzga en nada la naturaleza de los actos que encierra, sirve, al menos, como manifiesta RIVERO, para determinar su sitio en la jerarquía jurídica, punto interesante a los efectos del control jurisdiccional.

La circular, en tanto que tal, ocupa en la jerarquía jurídica—agrega este autor—el grado más bajo. De donde resultan dos consecuencias: 1.^a Que no puede entrar en la esfera de una categoría de actos superiores, son anuladas las circulares que pretenden reglamentar materias reservadas a Decretos; 2.^a Que cuando la circular implica una decisión deberá respetar las situaciones jurídicas establecidas por actos dotados de una mayor autoridad (21).

Pone de relieve LAUBADÈRE (22) la doble interpretación que sucesivamente ha tenido la discriminación de trato de las circulares o instrucciones por la jurisprudencia contenciosa.

1.^o En una primera interpretación, que parecía quedaba fundamentada sobre un primer estado de la jurisprudencia, se distinguían los recursos formalizados por los funcionarios o por los particulares. Esta distinción—añade—parecía lógicamente ligada al doble aspecto del alcance jurídico de las circulares: el funcionario ligado por las circulares era admitido, de una parte, a atacar una circular ilegal; de otra, a impugnar como ilegales las medidas contrarias a una circular; por contradicción, el particular tenía cerrado tanto uno como otro recurso. Esta primera interpretación—agrega—no poseía valor absoluto, no era completamente uniforme; sus comentaristas habían introducido algunas matizaciones al señalar que el funcionario no podía invocar el mismo, la violación de una circular cuando se trataba de una «instrucción puramente indicativa», por la que la Administración no había entendido ligarse.

2.^o Ahora la jurisprudencia se fija en un sentido que da lugar a una segunda interpretación en base a una distinción completamente distinta de la precedente: distinción entre circulares reglamentarias e interpretativas.

Nosotros vamos a plantear, en orden al tema de la diversidad de trato de las circulares por la jurisdicción contenciosa, la distinción quizás mejor, entre circulares de naturaleza reglamentaria y circulares desprovistas de ese valor. De esta forma quedan integradas y configuran el segundo grupo, no sólo las de interpretación, sino todas aquellas cualesquiera que sea su especie con tal de que no posean carácter reglamentario.

Dicha distinción entre circulares reglamentarias y no reglamentarias resulta aplicable también a la materia de funcionarios. Bien entendido, que no se trata aquí del supuesto de las instrucciones de servicio que se imponen en virtud del principio jerárquico, sino de disposiciones relativas a la carrera de los interesados. Nos referimos, por tanto, al funcionario en su cualidad de administrado y no de subordinado. Las circulares, pues, concernientes a los funcionarios son asimilables, en ese sentido, a las referentes a cualquier otra categoría de administrados. No debe ocultarse, sin embargo, la dificultad práctica que en algunos casos presenta la distinción en-

(21) Ob. cit., pág. 121.

(22) *Traité élémentaire de Droit administratif*, 12.^a ed., págs. 164 y ss. Paris, 1957.

tre las circulares e instrucciones de servicio propiamente dichas y aquellas otras que afectan al estatuto del funcionario mismo.

Este planteamiento de circulares reglamentarias o no, a los efectos de su impugnación contenciosa, no es absolutamente totalizador, pero es el que parece abrigar más visos de generalidad. La mayoría de los supuestos de admisibilidad o inadmisibilidad de recursos contra circulares en lo contencioso obedece a este criterio discriminador. En ocasiones no siempre es ése, y ya lo veremos más adelante.

CIRCULARES DE NATURALEZA REGLAMENTARIA.

En ocasiones el Conseil d'Etat admite el recurso contra circulares porque ellas, y así lo menciona expresamente en dichos casos, poseen carácter reglamentario.

Así, en el asunto «Institution Notre Dame de Kreisker» (Recueil Lebon del C. de E., año 1954, pág. 64) se admite el recurso contencioso contra una circular del Ministerio de Educación Nacional, que no se ha limitado a interpretar los textos en vigor, sino que en las disposiciones impugnadas fija reglas nuevas relativas a la constitución de expedientes de peticiones de subvenciones y que tiene, por consiguiente, en sus disposiciones un carácter reglamentario (D. 29 de enero de 1954, Recueil Lebon, 1954, pág. 64). El recurso contra la circular fué admitido, y al examinar la cuestión de fondo, como veremos más adelante, la circular quedó anulada.

Ultimamente, en el asunto Pilliard y otros, el Conseil d'Etat admitió el recurso y anuló una circular del Ministerio del Interior que, por una disposición que presentaba carácter reglamentario, procedía a la creación de un nuevo escalón en la clasificación de categorías de empleos administrativos municipales, cuando dicho escalón no podía establecerse más que por un «arrête» interministerial, en la forma prevista por... (Decisión 2 de febrero de 1957, en Recueil Lebon 1957, pág. 80, del número bimestral 1.º de enero-27 de febrero).

Otras veces, la circular se estima susceptible de recurso sin aludir expresamente a que ella posee naturaleza reglamentaria, aunque se deduce implícitamente de los considerandos de la decisión resolutoria del recurso.

Veamos el asunto Hublin. (Decisión de 14 de marzo de 1956, en Recueil Lebon de 1956, pág. 117.) Se impugnaba una circular del Ministerio encargado de la información, por estimar que había sido tomada con desconocimiento del derecho de huelga reconocido por la Constitución.

«Considerando que, como se indica en el preámbulo de la Constitución, el derecho de huelga se ejerce en el ámbito de las leyes que lo reglamenten, la Asamblea Constituyente ha entendido invitar al legislador a operar la conciliación necesaria entre la defensa de los intereses profesionales, para quien la huelga constituye uno de sus instrumentos y la salvaguardia del interés general, al que aquélla puede atentar;

Considerando que, a falta de la reglamentación anunciada por la Constitución, el re-

conocimiento del derecho de huelga no excluiría las limitaciones que deben ser hechas a este derecho, como a todo otro, en vista de evitar un uso abusivo o contrario a las necesidades del orden público; que en el estado actual de la legislación pertenece al Gobierno, responsable del buen funcionamiento de los servicios públicos, fijar el mismo, bajo el control del juez, en lo concerniente a estos servicios, la naturaleza y alcance de dichas limitaciones;

Considerando que en el cuadro de estas prerrogativas gubernamentales el Ministro encargado de la información pudo legalmente tomar medidas limitativas de antemano del ejercicio del derecho de huelga por los funcionarios y agente de la radiodifusión francesa, designando, como lo hace por la circular impugnada, el personal necesario para asegurar el funcionamiento de los servicios de información...»

En este caso, a diferencia del anterior, la circular impugnada no se anula, porque se decide que el Ministro, dando aquella circular, no ha incurrido en exceso de poder.

En estos dos asuntos citados se plantea la impugnación de circulares por tener naturaleza reglamentaria. Admitido uniformemente por el Consejo de Estado que cuando las circulares posean tal carácter son susceptibles de contencioso y pueden ser anuladas por ilegalidad, hay que plantearse la hipótesis contraria. Se trata entonces de circulares de carácter reglamentario, en conformidad con la legalidad, creadora de derechos para los administrados. ¿Las decisiones tomadas en violación de tales circulares son susceptibles de exceso de poder? ¿Es asimilable, por tanto, la violación de una circular a la violación de la ley o de la regla de derecho? La jurisprudencia ha admitido el recurso contencioso contra actos individuales que violan disposiciones de una circular de carácter reglamentario. En la jurisprudencia examinada correspondiente a los cuatro últimos años no hemos encontrado el planteamiento de dichos casos ante el Conseil d'Etat. Pero existe jurisprudencia antigua sobre el particular y modernamente el «arrêté Soc. d'Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique» (10 de mayo de 1944, Rec. Cons. d'Etat, pág. 134) constituye un claro ejemplo de violación de circular invocada por los administrados.

Es interesante señalar que una misma circular puede contener disposiciones contra las que se admite el contencioso y otras contra las que no. Ello parece ir unido al carácter reglamentario o no de las disposiciones de la circular. De ahí que el Consejo de Estado se refiera casi siempre en sus decisiones a las disposiciones atacadas de una circular y no a ésta en bloque. Puede haber, por tanto, duplicidad de carácter en una misma circular y admitirse el recurso contencioso respecto a unas disposiciones de la circular y no en lo relativo a otras.

Particularmente ilustrativo en ese sentido resulta el «arrêt» que transcribimos a continuación.

Asunto Federación de las explotaciones agrícolas del Seine-et-Oise y otros.—Decisión de 6 de julio de 1956, en Recueil Lebon 1956, pág. 289. Los cuatro recursos presentados tendían a la anulación de una misma circu-

lar interministerial y de los «arrêtés» prefectorales tomados en conformidad a un «arrêté» tipo, anexo a dicha circular :

«Sobre la admisibilidad de los recursos.—«Considerando que la circular interministerial examinada contiene instrucciones dirigidas a los prefectos al respecto de la elaboración de los reglamentos prefectorales relativos a la concesión de una prima a favor de los obreros permanentes de las explotaciones agrícolas, que *estas instrucciones no presentan el carácter de un acto reglamentario y no pueden, por tanto, ser llevadas al juez del exceso de poder*; que, sin embargo, la dicha circular declara aprobar por antemano lo «arrêtés» prefectorales que fueran conformes al *arrête-tipo* anexo, que después del artículo 3.º de la ordenanza de 7 de julio de 1945 el «arrêté» del prefecto no deviene ejecutivo, más que tras de la aprobación expresa del Ministro de Agricultura, y del Ministro de Trabajo, que en este caso, siendo conforme los «arrêtés» prefectorales al reglamento tipo, la decisión pronunciando su aprobación por los Ministros está contenida en la circular examinada, la cual hace «grief» los recurrentes.

Considerando que resulta de las disposiciones del «arrêté» prefectoral tipo, anexionado a la circular atacada de 30 de marzo de 1950, que la prima prevista por este texto en provecho de los obreros permanentes de las explotaciones agrícolas presenta el carácter de una mejora de salarios.

Considerando que la ley de 11 de febrero de 1950 ha retirado a la autoridad administrativa los poderes que ésta tenía precedentemente... para la fijación de salarios en las profesiones agrícolas..., por lo que la autoridad administrativa no era competente para ordenar una mejora de salarios...»

Se decide la anulación de los «arrêtés» prefectorales que prescribían el pago de la prima y de la disposición de la circular interministerial que aprobaba los «arrêtés» conforme al reglamento tipo.

Como decíamos, resulta muy interesante esta decisión, porque en un mismo asunto se aprecia la duplicidad de carácter que el Conseil d'Etat estima en la circular atacada. En cuanto la circular interministerial impugnada, contiene instrucciones de carácter no reglamentario dirigidas a los prefectos; resulta insusceptible del recurso por exceso de poder. De otra parte, como la circular contiene una decisión por la que se aprueban los «arrêtés» prefectorales conforme al «arrêté» tipo anexo, en esto hace «grief» a los recurrentes y es susceptible del referido recurso.

Pero es que, además, este asunto nos plantea otra cuestión sumamente importante. La jurisprudencia que hemos visto casi siempre razonaba la admisibilidad o no del recurso contra circulares, en función de su carácter reglamentario. Ello pudiera parecer llevar a la conclusión de que la consideración de la naturaleza reglamentaria de una circular constituye la condición necesaria para la posibilidad de interposición de recursos contra ellas. En otras palabras: el problema de si posee carácter sacramental la fórmula de que la admisibilidad de los recursos contra circulares depende de su carácter reglamentario. Esto no es así. Y buena prueba de ello es el asunto que comentamos, donde se admite el recurso contra disposiciones de una circular sin plantear la cuestión de su carácter reglamentario, sino porque hace «grief» al recurrente.

CIRCULARES DESPROVISTAS DE VALOR REGLAMENTARIO.

A veces el Conseil d'Etat, sin calificar con denominación una circular, la declara insusceptible de recurso contencioso por carecer de carácter reglamentario, consignándolo así expresamente.

En el recurso de la «Federación Nacional de los Sindicatos de Policía de Francia y de Ultramar», dirigido en parte contra las circulares ministeriales de, «el Consejo de Estado estimó que por dichas circulares el Ministerio del Interior se había limitado a dar instrucciones en vista de la aplicación del «arrêté» de sin añadir nada a las disposiciones de dicho «arrêté»; que, por tanto, estas circulares no presentan el carácter de un acto reglamentario; que, por consiguiente, ellas no son susceptibles de ser denunciadas al Consejo de Estado, estatuyendo en el contencioso» (Decisión de 16 de diciembre de 1955, en Recueil Lebon, de 1955, pág. 596).

a) *Circulares de interpretación.*

Muy abundante es la jurisprudencia relativa a que las circulares de interpretación de normas carecen de carácter reglamentario y no son susceptibles de recurso contencioso.

En el asunto «Syndicat des membres de l'enseignement libre primaire catholique du departement de la Seine», el Consejo consideró que por las disposiciones discutidas de las circulares impugnadas los ministros «se habían limitado a dar una interpretación de la ley y que, por consiguiente, dichas circulares no presentan el carácter de disposiciones reglamentarias, sino solamente el de simples instrucciones dirigidas por los ministros a los funcionarios situados bajo su autoridad» (D. 9 de abril de 1954, en Recueil del mismo año, pág. 224).

También se mantiene la misma doctrina en el asunto «Syndicat patronal de l'industrie textile de la region lillioise» (Decisión de 7 de octubre de 1955, en Recueil 1955, pág. 770; y en el asunto Meyer (Dec. 17 febrero 1956, en Recueil 1956, pág. 77).

b) *Circulares e instrucciones que constituyen simples «directives».*

No son susceptibles de recurso contencioso las circulares e instrucciones que constituyen simples «directives» sin valor reglamentario, tales como la circular de 2 de abril de 1953, concerniente al reembolso de los gastos referentes a las atenciones prestadas a los enfermos de las consultas externas de los hospitales (Chabrol, 27, 629, Decisión 9 de noviembre de 1955, en Recueil de 1955, pág. 770).

c) *Circulares recordatorias.*

En el asunto «Union Nationale des Associations de parents d'élèves de l'enseignement libre», el Conseil d'Etat estableció que en las circulares que se impugnaban, el Ministerio de Educación Nacional se había limitado a recordar la legislación en vigor en lo referente a las condiciones de adjudicación de becas, y que estas circulares no son susceptibles de impugnación ante el Consejo. (D. 9 de abril de 1954, en Recueil 1954, página 223.)

Tampoco en esta decisión se expresa que la circular impugnada no es susceptible de recurso por su carencia de carácter reglamentario.

d) *Notas de servicio.*

En la decisión de 14 de mayo de 1954 el Consejo de Estado estableció que: la nota de servicio impugnada se había limitado a interpretar decretos y que en estas condiciones ella no constituye una medida reglamentaria, sino que es una simple instrucción, y que por ello no es susceptible de recurso por exceso de poder. (Recueil 1954, pág. 224.)

LAS MEDIDAS DE ORDEN INTERIOR.

En la colección de jurisprudencia del Conseil d'Etat de los últimos años hay un grupo de «arrêts» que abordan ante el contencioso el problema de las denominadas literal y estrictamente medidas de orden interior. Igualmente el de las circulares, en cuanto desprovistas de cualquier otro calificativo y solamente en su consideración de simples medidas de orden interior.

En la Decisión de 5 de octubre de 1955 (Recueil 1955, págs. 461 y 462), sin mencionar que la instrucción atacada tenía carácter reglamentario, queda excluida del contencioso por constituir medida de orden interior.

«Considerando que el telegrama impugnado, por el que el Secretario de Estado para los negocios económicos recomendó a los prefectos, únicamente competentes después del art. 6.º de la ley de 15 de marzo de 1943 para fijar el precio del pan, no tener en cuenta para dicha fijación los aumentos superiores al 12 por 100, posee el carácter de una instrucción de orden interior y no constituye una decisión de naturaleza, a ser denunciada al juez del exceso de poder.»

En cambio, en el asunto «Syndicat des marchands du carreau de Temple et autres» se contraponen las medidas de orden interior y las decisiones reglamentarias. Se impugnaban por «excès de pouvoir» las decisiones del Prefecto de policía, que importaban consignas concernientes al emplazamiento de los chamarileros sobre el «carreau du Temple».

Se considera que las decisiones atacadas, que han sido *regularmente publicadas* y que son oponibles por los comerciantes del «carreau du Temple», no pueden considerarse como medidas de orden interior, sino que constituyen decisiones reglamentarias tomadas

por el Prefecto de policía en aplicación de los poderes de la ley de, susceptibles de ser atacadas por la vía del recurso por exceso de poder. (Decisión 27 enero 1954, en Recueil 1954, pág. 55).

Ya decíamos que la circular era una de las medidas de orden interior y que en cuanto tal resultaba inadmisibile su impugnación, que su desnaturalización era la causa de la admisión de recursos contra ellas. Hemos recogido ya alguna jurisprudencia en la que se consignaba simplemente que el motivo de inadmisibilidad de recurso contra circulares obedecía a su carencia de naturaleza reglamentaria.

Pues bien, en el asunto «Raberanto et Syndicat fédéral des fonctionnaires malgaches» se declara expresamente que la inadmisibilidad del recurso contra las circulares impugnadas obedece a que las mismas tienen el carácter de medidas de orden interior (Decisión 25 de enero de 1957, en Recueil, pág. 67, número bimestral de 1.º de enero a 27 de febrero).

DECISIÓN EN EL ASUNTO «INSTITUTION NOTRE DAME DE KREISKER» (29 de enero de 1954, Recueil Lebon 1954, pág. 64).

Por los interesantes problemas que toca en orden al tema de nuestro estudio, bien puede afirmarse que modernamente constituye el «arrêt» capital en la materia; merece transcribirse la decisión del Conseil d'Etat en el asunto «Institution Notre Dame de Kreisker», y las principales conclusiones que sobre el mismo estableció el Comisario del Gobierno, M. TRICOT (23).

«Recurso de la Institution Notre Dame de Kreisker, representada por su director, que tendía a la anulación por exceso de poder, de la decisión, dada en, por la cual el subprefecto de exigía que el expediente de petición de subvención presentado por la citada institución fuera constituido en conformidad a las prescripciones de la circular del Ministerio de Educación Nacional de; que pedía, la anulación de dicha circular, ya que sus disposiciones hacían «grief» a la institución recurrente.

Sobre la admisibilidad del recurso: Considerando de una parte, que por su carta de, el subprefecto, se ha limitado a invitar al director de la Institution Notre Dame de Kreisker, a completar, según la circular del Ministerio de Educación Nacional de, el expediente de petición de subvención dirigida al municipio de; que dicha carta no supone decisión susceptible de ser diferida al Consejo de Estado estatuyendo en el contencioso.

Considerando, de otra parte, que por la Circular de 11 de enero de 1950, que tiene por objeto la aplicación de las disposiciones del artículo 69 de la ley de 15 de marzo de 1850, en lo referente a la petición de subvenciones dirigidas a los departamentos o a los municipios por establecimientos privados de instrucción secundaria, el Ministro de Educación Nacional no se ha limitado a interpretar los textos en vigor, sino que en las disposiciones impugnadas fija reglas nuevas relativas a la constitución de expedientes de peticiones de subvenciones; que, por consiguiente, la dicha circular tiene en sus disposiciones un carácter reglamentario; que desde entonces la Institution Notre Dame de Kreisker.

(23) Ob. cit., págs. 50 y ss.

ker está legitimada para diferir al Consejo de Estado las prescripciones discutidas de dicha circular (24).

Sobre la legalidad de la circular de 11 de enero de 1950: Considerando que el artículo 69 de la ley de 18 de marzo de 1850, prevee que los establecimientos libres de enseñanza secundaria podrán obtener de los municipios, de los departamentos, del Estado, subvenciones sin que éstas puedan exceder de la décima parte de los gastos anuales de los establecimientos en causa y a condición de que los consejos académicos, hayan sido llamados a dar su «avis» previo, sobre la oportunidad de estas subvenciones.

Considerando, que la circular de 11 de enero de 1950 somete al parecer previo del Consejo Superior de Educación Nacional, todas las peticiones de subvención, dirigidas por los establecimientos libres de enseñanza secundaria a los departamentos o a los municipios.....; que el poder de tomar una decisión definitiva sobre las referidas peticiones pertenece a los consejos generales o municipales, el Ministro de Educación Nacional, no puede subordinar el ejercicio por las asambleas locales de su poder, a la intervención de parecer no previsto por la ley; que la ley de 27 de febrero de 1880 sobre el Consejo Superior de Instrucción Pública, ha abrogado tanto el artículo 5 de la ley de 15 de marzo de 1850, como el artículo 4 de la ley de 19 de marzo de 1873, que exigían una tal consulta; que en su artículo 5, esta ley de 27 de febrero de 1880, no ha considerado incluida la disposición concerniente a los «socorros y ayudas a conceder a los establecimientos libres de enseñanza secundaria»; que ello es lo mismo de la ley de 18 de mayo de 1946, relativa al Consejo Superior de Educación Nacional, cuyo artículo 11 guarda silencio sobre este punto; que en estas condiciones la institución recurrente tiene fundamentos para sostener que la disposición antes examinada de la circular impugnada está tachada de exceso de poder;

Considerando, que pertenece al Ministro de Educación Nacional de quien dependen los Consejos académicos, disponer la lista de informaciones que deben permitir a dichos Consejos, dar con utilidad su parecer sobre la oportunidad de la subvención solicitada; que por consiguiente el citado Ministro no ha cometido exceso de poder previniendo la producción por los establecimientos de instrucción secundaria de piezas enumeradas, bajo rúbricas cuya legalidad discute la institución recurrente, salvo lo que será a continuación discutido en lo que concierne a la rúbrica 14, que pertenece igualmente al Rector vigilar porque esta instrucción de los expedientes sea realizada antes de la próxima sesión del consejo académico; pero que dicho procedimiento debe terminar después de emitido el correspondiente parecer citado, sobre cada asunto, por el consejo académico respectivo, por una decisión de la asamblea local resolviendo sobre la petición de subvención, y que el Rector ostaculiza ilegalmente el desenvolvimiento normal del procedimiento examinado, absteniéndose de someter un expediente al referido consejo académico; que desde entonces la institución recurrente, tiene fundamento para sostener que las prescripciones de la circular impugnada están tachadas de exceso de poder, en tanto ellas tienen por efecto exigir las informaciones que prevee so pena de inadmisibilidad de la petición de subvención, y en cuanto confieren al Rector, el poder de no someter al consejo académico los expedientes considerados por él inadmisibles por dicho motivo.

Considerando, que ninguna disposición de la ley de 15 de marzo de 1850, prevee; un control particular de la enseñanza dada por un establecimiento libre de instrucción secundaria o de su gestión financiera, cuando dicho establecimiento se beneficia de subvención en virtud del artículo 69 de dicha ley; que, cuando un consejo general o un consejo municipal, en uso de los poderes que le confiere a este respecto el artículo 69 precitado de la ley mencionada de 15 de marzo de 1850, decide acordar una subvención

(24) La letra en bastardilla es ouesta por nosotros.

a alguno de estos establecimientos, no correspondería más que a esa asamblea subordinar si se presentara el caso, la concesión de la tal subvención a la aceptación recíproca por el establecimiento de aquel control particular; que desde entonces y, por tanto, la institución recurrente está fundamentada para sostener que el Ministro de Educación Nacional ha incurrido en exceso de poder, al prescribir por la circular atacada la obligación por el establecimiento que formula una petición de subvención, de un compromiso del director del establecimiento, de aceptar en los casos en que la subvención fuere concedida, el control administrativo y pedagógico de dicho establecimiento; en lo que concierne tanto a su gestión económica y financiera como a la enseñanza, a ejercitar por las autoridades universitarias investidas del poder de inspección.....

(La circular objeto de comentario fué anulada, en tanto que sometió los expedientes de solicitudes de subvención formulados por los establecimientos libres de enseñanza secundaria ante los departamentos o los municipios, al «avis» previo del Consejo Superior de Educación Nacional, en tanto que la misma tuvo por efecto exigir, so pena de inadmisibilidad de la petición de subvención, los documentos que preveía, y en cuanto confirió al Rector el poder de no someter al consejo académico los expedientes juzgados por él inadmisibles por este motivo; como también en tanto ella prescribió la producción, por parte del establecimiento peticionario, de un compromiso de su director, de aceptar, en caso de concesión favorable, el control administrativo y pedagógico de dicho establecimiento.)

Aunque nos hemos referido, a lo largo de todo el trabajo, a las sutiles sugerencias que sobre los problemas generales de la circular y su impugnación contenciosa, apunta M. TRICOT en sus conclusiones como Comisario del Gobierno, en el asunto «Institution Notre Dame de Kreisker», recogeremos a continuación las conclusiones sobre los puntos concretos que se debatían en el mismo.

Como acabamos de ver, se pretendía en el recurso interpuesto la anulación por exceso de poder de la decisión del subprefecto que exigía que la petición de subvención presentada por la referida institución se acomodara a las prescripciones de una circular del Ministerio de Educación Nacional sobre el particular, y asimismo la anulación de la mencionada circular.

Sobre el recurso dirigido contra la decisión del subprefecto, M. TRICOT lo considera inadmisibile, como formulado contra un acto que no hace «grief». Dice el Comisario que si se llegase a la conclusión que el subprefecto había tomado una decisión, ésa sería nula por incompetencia. El subprefecto se ha limitado a recordar al particular la reglamentación en vigor y amenazarle con la negativa de tramitación del expediente. Lo primero, agrega, constituye una invitación que no hace «grief», y en cuanto a la no transmisión del expediente, se trata de una medida de instrucción que no implica decisión y en la que el subprefecto se ha comportado como cualquier otro funcionario desprovisto del poder de decisión (25).

Respecto a la legalidad de la circular impugnada, del Ministerio de Educación Nacional, establece lo siguiente :

(25) Ob. cit.

La consulta al Consejo Superior de Educación Nacional, impuesta por la circular atacada, carece de fundamento legal y sólo tiene el de la propia circular. Al imponer tal obligación, el Ministro ha tomado una disposición reglamentaria. Establece una regla nueva que no se encuentra incluida en un texto que tenga en la jerarquía jurídica valor superior. Dicha regla no constituye una simple orientación susceptible de ser acomodada, sino que es rigurosa como una regla de derecho. Crea, en fin, obligaciones a terceros, puesto que las colectividades que se proponen conceder subvenciones a las escuelas quedan obligadas a tomar el parecer no solamente de los consejos académicos, sino también del Consejo Superior. Las condiciones del acto reglamentario parecen, pues, reunidas.

En definitiva, establecido el carácter reglamentario de la circular, queda justificada la admisión del recurso por exceso de poder.

Mas el acto de establecer la consulta, al menos en parte, es ilegal. No sería reprochable la circular si fuera el Estado mismo quien concediera la subvención, puesto que el Ministro encargado de organizar sus servicios podría establecer, de manera general, que para la concesión de subvenciones a centros de segunda enseñanza era necesaria la consulta al Consejo Superior. Nada impide al Ministro ligarse por una regla de procedimiento que él mismo puede modificar o abrogar. Mas no ocurre lo mismo para los departamentos y municipios. La circular les impone la obligación de tomar un parecer que no está previsto por la ley, les somete a un grado suplementario de la tutela consultiva. El Ministro, salvo habilitación legislativa, no puede restringir la libertad de las colectividades locales, y la imposición de la consulta, por tanto, es ilegal.

La circular resulta, además, ilegal, porque impone a los beneficiarios de la subvención el compromiso de un control administrativo y pedagógico no previsto en el art. 21 de la ley de 15 de marzo de 1850. Esta ley definió claramente el objeto y los límites del control de la administración sobre las escuelas libres, en esta forma: «La inspección de las escuelas libres alcanza a la moral, higiene y salubridad.» Ella no se extiende sobre la enseñanza más que para comprobar si es contraria a la moral, a la Constitución y a las leyes, y el Ministro no puede extender este control, más aún siendo una colectividad quien acuerda la subvención. Podría pensarse—añade—que el compromiso del control no es más que una contrapartida de la subvención, a la cual parece tener derecho la colectividad que contribuye al financiamiento de la escuela. Ciertamente la ley podía haber organizado un control más amplio sobre las escuelas subvencionadas, mas no lo ha hecho y su silencio es seguramente intencional.

La circular atacada creaba, además, la obligación de suministrar informaciones para la constitución del expediente sometido al Consejo académico. Aquí, estima TRICOT, que estamos en presencia de reglamento. El Ministro estableció una regla general que liga a la Administración y a terceros. No se limitó a aconsejar, a recomendar las informaciones, las exige. La obligación así creada alcanza una sanción; si el expediente se

encuentra incompleto, el Rector no debe someterlo al Consejo académico. El Ministro no se limitó a comentar e interpretar la ley. Esta no prevé nada en la materia. Estableció una regla nueva. ¿Y disponer por vía general qué clase de informaciones deben dar los administrados para beneficiarse de la legislación, no es uno de los objetos del poder reglamentario? Sería anormal ver «medidas de orden interior», cuando precisamente el Ministro se dirige a terceros e impone obligaciones. Hay, en fin, el mayor interés en que el control del juez se ejerza sobre estas exigencias, pues puede ocurrir que al lado de indicaciones de hecho normales se encuentren prescripciones abusivas.

Establecido el carácter reglamentario de la circular en este punto y, por consiguiente, la posibilidad de recurrirla, examina el Comisario cada uno de los distintos datos de las informaciones y se pronuncia por su legalidad. El último punto de impugnación mantenido en el recurso se refiere a que la circular impone al Rector la obligación de negar al Consejo académico el conocimiento de los expedientes que no se encuentren en las debidas condiciones, esto es, con todos los documentos exigidos.

La circular en este aspecto es reglamentaria, en cuanto no se limita a dar a los Rectores una «directive» de acción. Si los expedientes no comportan sus distintas piezas, o los Rectores no los someten a los Consejos académicos, las subvenciones no podrán ser concedidas. No se trata, por tanto, de una simple norma de funcionamiento.

La regla establecida por la circular es ilegal, ya que opera contrariamente a la ley, una transferencia de competencia del Consejo académico al Rector. Según la ley Falloux, el Consejo académico es el competente para ser consultado en estos casos. El Ministro de Educación Nacional, de quien depende el Consejo, regla las condiciones en las cuales debe emitir su parecer. Ello como consecuencia normal de su carácter de jefe de los servicios activos y consultivos. Mas no puede confiar a un funcionario la misión que la ley confirió a un órgano colegiado: y apreciar si un expediente que debe ser examinado forma parte de aquella misión.

CONCLUSIONES.

El examen de la jurisprudencia reseñada nos revela de manera uniforme que cuando la circular presenta carácter reglamentario deja de ser considerada como «medida de orden interior» y resulta susceptible de impugnación contenciosa en el plano de su legalidad externa.

Mas ¿cuándo se considera que posee naturaleza reglamentaria?

En los casos en que establece una regla jurídica nueva—respecto a la ley o más ampliamente al ordenamiento jurídico—y para los administrados. Se trata, pues, de la introducción de una verdadera regla. No de la mera recomendación de un cierto comportamiento (v.-gr., recomendando que determinadas decisiones sean motivadas) o de la invitación de

orientar su acción en tal sentido o la consideración que aquella forma sería oportuna. Se trata también de una norma que no se limite a comentar, recordar o interpretar los actos jurídicos anteriores, sino que establece preceptos jurídicos nuevos. De una regla de carácter externo y que afecta, por tanto, a los administrados. No circunscrita a regular el funcionamiento interno de la Administración, sin comportar ninguna consecuencia jurídica para los administrados. Esto es, que no constituya una de las tradicionalmente denominadas «medidas de orden interior».

También puede apreciarse en las decisiones recogidas que la admisibilidad de los recursos contra circulares no va siempre unida a la cualificación expresa de la circular como provista de valor reglamentario. Hay veces en que se prescinde de este punto y se atiende a la existencia de una decisión que constituya «grief», decisiones ya colectivas o bien individuales.

Empero, a nuestro juicio el punto más interesante recogido por algún «arrêt» es la admisión del recurso contencioso, no ya en los casos en que la decisión de carácter general haga «grief» directamente y por sí mismo, sino cuando la decisión de la circular prepare otras ulteriores de carácter individual que sean las que supongan «grief» a los administrados. En este caso, el recurso, como pone de relieve LEVANTAL (26), tiene un sentido preventivo en cuanto somete la circular al Conseil d'Etat antes que las medidas de aplicación hayan comprometido la responsabilidad de la Administración.

Hemos podido apreciar en una misma circular la existencia de disposiciones de valor reglamentario y otras desprovistas de este carácter, y que, en consecuencia, la admisibilidad del recurso contra aquélla por el Conseil d'Etat sólo quedó específicamente circunscrita a las de la primera clase.

Todo ello pone de manifiesto que la admisibilidad o rechazo del contencioso contra circulares no puede establecerse de plano, sino que resulta preciso, como hace el Conseil d'Etat, penetrar en el fondo del asunto y examinar «microscópicamente» los distintos puntos atacados y, en consecuencia, resolver.

Escribía TRICOT (27) que no hay, por consiguiente, razón *a priori* para rechazar el carácter reglamentario de una circular y establecer entre ésta y el «arrêté» una diferencia de naturaleza jurídica general y absoluta. La circular puede comportar reglas de derecho. Inversamente, el «arrêté» puede en algunas de sus disposiciones no tener más que un carácter indicativo. La ley y el decreto pueden contener disposiciones de este género: la afirmación de un principio de filosofía social, la incitación al ejecutivo de tomar tal medida en tal plazo, el enunciado de una regla que será seguida «en principio» o «en la medida de lo posible». Pero esto que excepcional-

(26) LEVANTAL, ob. cit., pág. 104.

(27) TRICOT, ob. cit., pág. 53.

mente ocurre con la ley, el decreto o el «arreté», resulta normal en la circular. Ella es de por sí de naturaleza esencialmente ambigua.

Cuando la acción ministerial queda estrechamente encuadrada y orientada por las leyes y decretos, el Ministro no puede apenas más que comentar e interpretar las reglas de derecho anteriores; no reglamenta. Por el contrario, posee la posibilidad de establecer reglas jurídicas nuevas cuando la ley o el decreto le dejan un margen de apreciación importante, de suerte que puede erigir en reglas generales algunos de los elementos de esta apreciación. Entre las dos hipótesis, afirma que no hay límites precisos y confiesa su incapacidad para proponer una fórmula que sea a la vez concisa y exacta.

Sería de desear—añade—que la tendencia a ver en la circular una medida de orden interior no vaya demasiado lejos. Pero no es preciso, de otra parte, que el recurso por exceso de poder se transforme en un proceso de tendencia o intención contra los ministros. Sin embargo, hay gran interés en que la ilegalidad pueda ser censurada, desde que la misma se expresa, bajo una forma categórica, distinta de las reglas de derecho preexistentes.

Como afirma este autor, la posición del juez ante el tema resulta difícil. Si niega el carácter reglamentario a toda circular, reduce las garantías de los administrados. Les obliga a esperar el pronunciamiento de la decisión individual, mientras que la ilegalidad es ya patente y sería oportuno sancionarla sin esperar a que haya reinado en numerosos casos particulares. Pero si decide con demasiada frecuencia que hay reglamento, consagra y refuerza lo que no podía ser más que el enunciado de una tendencia, una directriz susceptible de enderezarla.

Así se explica—agrega—las variaciones de la jurisprudencia del Conseil d'Etat, como las fórmulas de prudencia que comportan a veces decisiones a este respecto.

Finalmente habría que añadir que el Conseil d'Etat, en los «arrêts» que fueron examinados, no distingue conceptualmente las circulares de las instrucciones y que el requisito de la publicidad, revelador para algún autor como WALINE del carácter reglamentario de la circular, no aparece aludido más que en una decisión de las correspondientes a estos últimos años.

Vale la pena pensar la enseñanza que puede desprenderse para nuestro Derecho administrativo de las orientaciones suministradas por la jurisprudencia del Conseil d'Etat francés, ante el trascendental hecho de la aprobación de la nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa española. Baste reparar que en ella se admite el recurso directo contra las disposiciones generales de la Administración central y que desaparece la exclusión de lo contencioso de las cuestiones de abastecimientos, materia que viene proporcionando una buena parte de las circulares que proceden de nuestra Administración pública.

José ORTIZ DIAZ

Profesor Adjunto de Derecho Administrativo
en la Universidad de Sevilla.

