

SOBRE LA IMPUGNABILIDAD «DIRECTA» DE LAS INSTRUCCIONES ADMINISTRATIVAS¹

MARIANO BACIGALUPO SAGGESE

I

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco admitió recientemente a trámite el recurso directo interpuesto por la Administración General del Estado contra las Instrucciones del Viceconsejero de Educación de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de 29 de septiembre de 2003, por las que se regula la escolarización del alumnado inmigrante, fuera del plazo ordinario, en la citada Comunidad Autónoma. Asimismo, la Sala acordó a solicitud de la demandante, mediante Auto de fecha 29 de enero de 2004, la suspensión cautelar de la ejecución de dichas Instrucciones. Igualmente, el Ministerio de Educación y Ciencia anunciaba hace pocos días la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra las Instrucciones de la Viceconsejera de Educación de la Comunidad de Madrid que, no obstante la modificación del calendario de aplicación de la Ley Orgánica de Calidad de la Enseñanza (LOCE), ordenaban a los Centros docentes de dicha Comunidad aplicar los Decretos y Órdenes autonómicos previamente adoptados para el desarrollo de la citada Ley conforme a su anterior calendario de aplicación.

El primer caso ha sido polémico y saltó a los medios de comunicación por razón del contenido y —sobre todo— de la terminología

¹ Resumen de la intervención del autor en la Mesa Redonda sobre «Revisión de los actos y juez contencioso-administrativo», celebrada en el marco del Congreso sobre «Justicia Administrativa y Unión Europea», organizado por el Consejo General del Poder Judicial (Madrid, 14-17 de junio de 2004).

empleada por el órgano autor de las citadas Instrucciones, que incluyen en la noción de «alumnado inmigrante» al procedente de otras Comunidades Autónomas del Estado español. El segundo caso aludido hace referencia a otra polémica bien reciente, y suscitada igualmente en el ámbito de la política educativa, que no es otra que la provocada por la modificación por Decreto del calendario de aplicación de la LOCE y la incidencia del mismo sobre la vigencia de las normas autonómicas previamente adoptadas para el desarrollo de aquélla.

II

Como supondrán, no es sin embargo el contenido frontal o específico de ninguna de estas dos polémicas el que motiva mi intervención hoy en esta Mesa Redonda, sino una cuestión colateral a ambas pero de trascendencia igualmente notable para el Derecho administrativo, a saber: la de si es admisible la impugnación «directa» de las llamadas instrucciones administrativas; o, lo que es lo mismo, si es viable el control «abstracto» de legalidad de estas instrucciones en vía de recurso (tanto administrativa como jurisdiccional).

Es ésta desde siempre, como es sabido, una cuestión controvertida en la doctrina jurídico-administrativa y juzgada asimismo de forma dispar en la jurisprudencia, tanto constitucional como contencioso-administrativa². En todo caso, conviene recalcar que las dudas sólo se refieren a su impugnabilidad *directa*, ya que ninguna duda ofrece la impugnabilidad (tanto en vía administrativa como jurisdiccional) de los concretos actos administrativos que puedan adoptarse con base en una instrucción. Ahora bien, dada la naturaleza extranormativa de las instrucciones (art. 21.2 LRJ-PAC), del canon de validez de dichos actos no forma parte la propia instrucción *aplicada* (*rectius*: observada), pues dicho canon se agota en el ordenamiento jurídico (arts. 107.1 LRJ-PAC, 70 LJCA), en el que la instrucción —cabe insistir— no se integra.

En este sentido, se afirma ya en la STC 26/1986, de 19 de febrero, que, «(...) aunque se trata de algo elemental y de pacífica aceptación, es conveniente referir aquí que las denominadas instrucciones (al igual

² Vid. al respecto, por todos, M. MORENO REBATO, «Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico», *Revista de Administración Pública*, n.º 147, 1998, pp. 159 y ss.

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 (...)».

De ahí que la declaración de nulidad o la anulación de un acto administrativo adoptado con base en una instrucción (y ajustándose a lo dispuesto en ésta) constituya sólo un indicador indirecto (carente de toda expresión y efectos formales) de su propia disconformidad con el ordenamiento jurídico, ya que la instrucción no ha integrado, ni directa ni indirectamente, el objeto formal del recurso. En este sentido, no cabe en modo alguno, pues, equiparar este supuesto al de la genuina impugnación indirecta de reglamentos a que se refieren el párrafo segundo del artículo 107.3 LRJ-PAC y los artículos 26 y 27 LJCA.

Por lo tanto, las dudas se centran exclusivamente en la que —para entendernos— podríamos llamar (sin pretensión de excesivo rigor técnico, por lo dicho hace un instante) «impugnabilidad *directa*» (o abstracta) de las instrucciones administrativas. Al respecto se sostiene por algunos el punto de vista según el cual éstas, aun no siendo actos administrativos ni normas reglamentarias, son (*directamente*) recurribles, no sólo por los funcionarios directamente concernidos por ellas (dado el deber de obediencia que les incumbe), sino en general por terceros mediatamente afectados (particulares u otros sujetos, incluidas, por ejemplo, otras Administraciones Públicas, como en los dos casos señalados al principio), y ello por «*constituir una manifestación de la actuación administrativa, sometida constitucionalmente al control de los Tribunales, sin excepción alguna*», y «*para destruir una apariencia de realidad jurídica, corregir el posible criterio erróneo de la Administración, con la consiguiente incidencia en los derechos de los ciudadanos y, en definitiva, orientar la actuación en cada caso concreto hacia un esquema abstracto y anterior ya depurado*»³.

En un razonamiento similar se fundamenta, por cierto, un *obiter dictum* del TC (STC 47/1990, de 20 de marzo), en el que éste pareció admitir también la impugnabilidad directa de las instrucciones administrativas: «*La cuestión que plantea la presente demanda de amparo —decía el TC en aquella ocasión— no consiste en saber si las ins-*

³ Vid. por todos, SARDINA PÁRAMO, en AA.VV., *Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, t. I, pp. 63 s.

trucciones o circulares administrativas, en cuanto categoría general de actos jurídicos de la Administración en sentido lato, pueden o no impugnarse en 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 Administrativo 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 demandantes.

También el Tribunal Supremo ha admitido con frecuencia recursos «directos» contra instrucciones administrativas, si bien suele hacerlo como consecuencia de considerar que la instrucción recurrida tiene o bien una naturaleza materialmente reglamentaria (*Vid.*, por ejemplo, SSTs de 9.1.1987, 18.3.1996, 5.7.1995, 28.2.1995, 9.4.1992) o bien naturaleza de acto administrativo (*Vid.*, por ejemplo, SSTs de 10.2.1997, 13.10.1995, 9.2.1995, 12.2.1990).

III

A mi juicio, sin embargo, la admisibilidad del recurso «directo» contra instrucciones administrativas es cuestionable, tanto por lo que se refiere a la vía administrativa como en lo que atañe a la vía jurisdiccional.

Comenzando por la primera, es sabido que los recursos administrativos ordinarios sólo proceden frente a los actos administrativos, esto es, «*las resoluciones y actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos*» (art. 107.1 LRJ-PAC).

Pues bien, las instrucciones no son actos administrativos. Esto —al menos en la doctrina— no lo discute nadie, ni siquiera —curiosamente— quienes, a pesar de ello, admiten la impugnabilidad directa de las instrucciones («*su naturaleza jurídica —se afirma— es, simplemente, la de mandatos dentro de una organización jerarquizada, para garantizar la actuación coherente de la misma. No son actos administrativos, como no lo son, en general, los que ejercitan la potestad autoorganizativa de la Administración*»⁴). En efecto, de acuer-

⁴ *Ibidem.*

do con lo dispuesto en el artículo 21 LRJ-PAC, las instrucciones no son ni actos administrativos ni disposiciones reglamentarias. No son normas jurídicas (de rango inferior a la ley) porque su incumplimiento «no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos» (art. 21.2 LRJ-PAC). Pero tampoco son actos administrativos —siquiera «generales» o dirigidos a una pluralidad de destinatarios— porque no constituyen actos de aplicación singular del ordenamiento jurídico administrativo a casos concretos. Simplemente se dictan por los órganos administrativos con efectos y un alcance meramente internos, para «dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes» (art. 21.1 LRJ-PAC). En todo caso, las instrucciones no se refieren a supuestos concretos (así, aunque carezcan, como se acaba de señalar, de la eficacia vinculante *ad extra* propia de las normas reglamentarias, las instrucciones sí comparten con éstas las notas de abstracción y generalidad) y, por lo tanto, no agotan sus efectos (de alcance meramente interno, cabe insistir) con su aplicación u observancia en cada caso concreto. Sin embargo, son estas últimas, precisamente, las notas definitorias del acto administrativo, incluido el «acto administrativo general»⁵.

De este modo, el recurso deberá dirigirse en su día, como se ha señalado anteriormente, contra los actos singulares de aplicación de la instrucción *indirectamente impugnada*, cuyo canon de validez no será, como se dijo, la instrucción *aplicada*, sino el ordenamiento jurídico del que ésta no forma parte (art. 21.2 LRJ-PAC). En esta línea inciden, por ejemplo, las SSTs de 22.11.1990 y de 22.1.1993. En la primera se razona que la circular impugnada no está «comprendida entre los actos susceptibles de ser objeto de un recurso de alzada en la vía administrativa (...) 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 y materialicen, mediante su cumplimiento por aquéllos, en actos administrativos concretos e individualizados, dicha circular no puede dar lugar al recurso contencioso-administrativo (...)». Igualmente, en la STS de 22.1.1993 se dice de la instrucción recurrida en el caso que, «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

⁵ Vid. señaladamente, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Civitas, Madrid, 2002, pp. 185 ss.

interna de la Administración (...), y sin perjuicio de que sean impugnables los actos de aplicación individual que de ella se deriven».

Por lo que se refiere a la vía administrativa de recurso cabría aún indicar —a mayor abundamiento— que, según dispone el artículo 107.3 LRJ-PAC, «*contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa*». Pues bien, si no cabe el recurso directo o abstracto contra las normas reglamentarias en la vía administrativa, menos aún —parece— podrá haber contra las instrucciones, toda vez que, compartiendo éstas con las normas reglamentarias las notas de abstracción y generalidad, carecen sin embargo de toda eficacia jurídica *ad extra*.

IV

Como ya he indicado anteriormente, la inadmisibilidad —por principio— del recurso directo o abstracto contra las instrucciones administrativas se extiende asimismo, a mi juicio, a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa. A lo ya razonado y a lo señalado en las SSTs antes citadas cabría añadir, a mi modo de ver, algún argumento más. La LJCA de 1998, al precisar en desarrollo de su artículo 1.1 la *actividad administrativa impugnable*, sólo se refiere a las disposiciones de carácter general, a los actos expresos o presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, a la inactividad administrativa y a las actuaciones materiales que constituyan vía de hecho (art. 25). Y, como se ha razonado antes y resulta por demás elemental, las instrucciones administrativas no se encuadran en ninguno de estos cuatro supuestos.

Además, ¿qué pretensión cabría ejercitar en el marco de un recurso directo o abstracto contra una instrucción administrativa? O formulado el interrogante desde la perspectiva de la sentencia: ¿cuál sería el fallo —el contenido o pronunciamiento en suma— de una sentencia estimatoria de tal recurso? ¿Acaso la «anulación» de la instrucción impugnada? Sin embargo, señala el art. 31.1 LJCA que sólo es posible pretender «*la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación según el Capítulo precedente*». Y como se acaba de indicar, dicho Capítulo no contempla la impugnabilidad directa de las instrucciones, ya que, como se dijo, ni son actos administrativos ni son genuinas disposiciones normativas; ni menos aún, como es obvio, conductas omisivas o actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho. Es evidente, en este sentido, que una instrucción, aun cuando su contenido (abstracto, aún no actualizado en

un caso concreto) fuese —incluso groseramente— contrario a Derecho, no puede constituir nunca una vía «de hecho», pues lo abstracto es por definición la antítesis de lo concreto o de lo fáctico, presupuesto esencial de toda vía de hecho.

Igualmente, según el art. 71.1.a) LJCA, la sentencia estimatoria de pretensiones anulatorias consistirá en la anulación (total o parcial) no de cualquier manifestación de la actividad administrativa, sino precisamente de «*la disposición o acto recurrido*», categorías ambas —cabe insistir una vez más— que no comprenden la instrucción administrativa.

V

No obstante lo anterior, desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) la conclusión debe ser excepcionalmente otra en el caso de los funcionarios a los que vayan dirigidas las instrucciones, pero ello en la medida en que la inadmisibilidad del recurso directo o abstracto contra las mismas cause indefensión a aquéllos que las estimen lesivas del ordenamiento jurídico. Téngase en cuenta en este sentido que, de no admitirse en tal supuesto el recurso directo o abstracto, dichos funcionarios quedarían constreñidos o bien a observar y aplicar una instrucción que consideran antijurídica o, si desearan evitar lo anterior, a incurrir posiblemente en responsabilidad (al menos disciplinaria) por desobediencia. Y es ésta, lógicamente, una disyuntiva a la que no puede ser abocado nadie sin que se infrinja el artículo 24.1 CE.

En mi opinión, y para concluir ya esta breve intervención, cuya finalidad no es otra que la de estimular un debate nuevamente sugerido por dos casos polémicos bien recientes, el razonamiento anterior está presente o apuntado en la STC 150/1994, de 23 de mayo, cuando afirma que «(...) 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»; en definitiva, para poder cuestionar la conformidad a Derecho de aquéllas.