



## Espacio jurídico.

### La impugnación jurisdiccional de las instrucciones y órdenes de servicio.

#### La pluralidad de términos y el marco normativo.

Antes de entrar en el análisis de fondo que da lugar a las presentes líneas conviene recordar que la institución que nos ocupa presenta un contorno terminológico difuso o no claramente definido de modo que resulta frecuente el empleo de diversos calificativos en referencia al mismo instituto jurídico, entre ellos y como más comúnmente admitidos, los de órdenes (internas o de servicio), instrucciones y/o circulares.

Es probable que la falta de una terminología unívoca es esta institución tenga su origen en los precedentes de su régimen jurídico. La Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 recogía en su artículo 7 que los órganos superiores podían dirigir con carácter general la actividad de los inferiores, mediante instrucciones y circulares. Sin embargo, el artículo 21 de la Ley 30/1992 abandonó el término *circular* e impuso su sustitución por el de *órdenes*, redacción que, por otra parte, ha sido

mantenida en la actualmente vigente Ley 40/2015 (en adelante LRJSP).

Es posible que el cambio legislativo estuviera motivado por la intención de no introducir más confusión en una ya controvertida naturaleza jurídica, teniendo en cuenta que la legislación sectorial permitía, en determinadas ocasiones y a ciertos organismos, que con el calificativo de circulares se dictaren verdaderas normas reglamentarias. A título meramente ilustrativo, la Ley de Mercado de Valores de 1988, ya en su redacción originaria concedió al regulador, la potestad de dictar reglamentos bajo dicha denominación.

Pluralidad de términos para un único concepto (por otro lado, falta de definición) consistente en la materialización del ejercicio de la potestad organizativa de la que goza la Administración (artículo 103 CE), y para la que el artículo 6.1 LRJSP se limita a señalar: *“Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos*

*jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio.”*

### **La (controvertida) naturaleza jurídica.**

Dentro de los actos jurídicos de la Administración, es clásica la distinción entre el reglamento y el acto administrativo. La calificación que conforme a su naturaleza jurídica se otorgue a una concreta decisión de la Administración, tiene connotaciones prácticas muy relevantes.

Si el reglamento es una norma jurídica subordinada a la ley que produce efectos generales, innova el ordenamiento y tiene vocación de permanencia en el tiempo; y el acto administrativo es la forma de expresión de la voluntad administrativa que se agota en su propio contenido y no se inserta en el ordenamiento jurídico, sino que produce sus efectos dentro del marco objetivo del mismo, ¿qué son las órdenes e instrucciones?

Que no son reglamentos es evidente desde el momento en que ni siquiera están sometidas al principio constitucional de publicidad. No en vano debemos recordar que su publicación solo es necesaria (como impone el artículo 6 LRJSP), cuando una disposición específica así lo establezca. Que una orden o una instrucción no es un reglamento ha sido criterio reiterado por jurisprudencia y doctrina constitucional de manera constante. ¿Cabe pues, hablar de actos administrativos? Sobre este particular conviene señalar que el Tribunal Supremo se ha referido en algunas ocasiones a estas decisiones organizativas de la

Administración como verdaderos actos administrativos, si bien la mayor parte de las veces prefiere evitar el término y referirse a ellas simplemente como el resultado de una manifestación del poder de organización interno de la Administración. Muy reveladora en este sentido es la STS 131/2018 al contraponer la instrucción al reglamento: “... *deberá determinarse si realmente el objeto de la pretensión de quien impugna directamente lo hace contra una auténtica disposición general o si, por el contrario, el objeto es una decisión administrativa que no puede acceder a esa vía de la impugnación directa...*”

Por tanto, aun cuando se pudiera pensar que todo acto jurídico emitido conforme a Derecho por un órgano administrativo en ejercicio de una potestad administrativa (distinta de la reglamentaria) es un verdadero acto administrativo, lo cierto es que esta clase de decisiones de pura organización interna o doméstica que sólo producen efectos *ad intra* y no *ad extra* de la Administración y, por tanto, en el exclusivo seno de las relaciones de sujeción especial, no parecen responder estrictamente al clásico concepto de acto administrativo, disfrutando, aparentemente, de una naturaleza jurídica singular que tendría sustento legal (artículo 6 LRJSP) y fundamento constitucional (artículo 103 CE). Esta singular naturaleza jurídica viene avalada por reiterada doctrina jurisprudencial (siendo, al parecer, la línea actual), pues como veremos, ante la impugnación jurisdiccional de esta clase de actuaciones

administrativas, son frecuentes los pronunciamientos de inadmisibilidad *ex artículo 69.1.c) LJCA*.

### **La impugnación jurisdiccional.**

La problemática que suscita la impugnación de estas actuaciones administrativas tiene su raíz, como acabamos de exponer, en su controvertida naturaleza jurídica. Precisamente por tener por objeto la ordenación por parte del órgano superior de la actuación de sus inferiores en el orden jerárquico y producir simplemente efectos en el ámbito de las relaciones de sujeción especial, los Tribunales de lo contencioso administrativo declaran la inadmisibilidad de los recursos en que se impugnan las mismas por no ser la actuación recurrida susceptible de impugnación jurisdiccional (artículo 69.1.c) LJCA). La declaración de inadmisibilidad por esta causa y no por otra es trascendental. Se quiere decir con ello que el acto no es recurrible no ya porque el recurrente no esté legitimado por no presentar derechos e intereses legítimos en relación con la actuación recurrida, sino porque ésta no reviste los caracteres que el artículo 25 LJCA impone para ser susceptible de impugnación, esto es, porque no presenta la naturaleza de reglamento, acto administrativo, inactividad o vía de hecho.

No obstante, cuando dicha actuación traspasa los límites que le son propios, el TS ha admitido su impugnación, ya porque a pesar de su denominación (siguiendo aquí la jurisprudencia un criterio antiformalista) la instrucción envuelve una verdadera disposición de carácter

general de naturaleza reglamentaria, o ya porque rebasando el ejercicio de esta concreta potestad, sus efectos alcanzan a terceros situados más allá de la relación jerárquica entre el órgano superior y sus subordinados.

Parece lógico que si un tercero, como administrado, no resulta afectado en su esfera de derechos por una instrucción (que tampoco encubre disposición reglamentaria alguna) su impugnación deba ser declarada inadmisibile, pero no porque aquella no sea susceptible de impugnación sino porque el tercero carece de legitimación, resultando aplicable la letra b) y no la c) del artículo 69.1 LJCA. La reciente STS de 26 de enero de 2021 en su fundamento Derecho sexto, después de descartar que la circular que había dado origen al procedimiento fuera una norma reglamentaria, fija (o más bien, reitera) como doctrina: *“En las circunstancias del caso, la dimensión meramente interna de la circular sin incidencia directa en los derechos de los ciudadanos determina que sea necesario un previo acto singular que la aplique para que las pautas interpretativas que en ella se contienen sean susceptibles de impugnación jurisdiccional.”*, confirmando así la Sentencia del TSJ de Andalucía que declaró la inadmisibilidad por aplicación del artículo 69.1.c) LJCA.

Estamos de acuerdo con que si la decisión del órgano superior no afecta los derechos o intereses de un tercero ajeno a la relación de sujeción especial, el recurso sea declarado inadmisibile pero no porque la actuación no sea susceptible de impugnación, sino

porque el recurrente carece de interés legítimo (artículos 19 y 69.1.b) LJCA). De lo contrario, ¿qué sucede con los que sí presentan interés legítimo por ser destinatarios de la orden, esto es, con los órganos inferiores obligados a cumplir la instrucción del órgano superior?

Si se sigue la línea jurisprudencial expuesta, no hay duda de que el órgano inferior se verá obligado a estar y pasar por una orden ilegal sin tener la posibilidad de recurrirla. Es cierto que el Tribunal Constitucional (STC 20 de marzo de 1990) ha reconocido la posibilidad de su impugnación cuando la actuación impuesta en la orden o mandato pueda lesionar derechos fundamentales, pero ¿y si sólo fuera una orden contraria a Derecho que no lesionara los mismos? Conforme a la doctrina del TS no cabría su impugnación ante la vía contencioso-administrativa, de modo que el funcionario que reciba una orden ilegal, más allá de que pueda desobedecerla por ser manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico (artículo 54 EBEP) se verá privado de la posibilidad de cuestionar el acierto jurídico de la misma.

De otro lado, no se puede olvidar que existen intereses en juego cuya ponderación se hace necesaria, por ejemplo, cabría hacer un juicio valorativo de si es o no deseable que los órganos inferiores puedan cuestionar las decisiones que en el ejercicio de su potestad jerárquica adoptan sus superiores mediante la posibilidad de su impugnación. Es ahí donde entra en juego el artículo 20 LJCA que no permite a un órgano recurrir la actuación de la Administración a la que

pertenece (salvo que la ley expresamente lo permita) si bien ello habría de dar lugar, de nuevo, a la inadmisibilidad por la falta de legitimación y no por no ser una actuación recurrible conforme al artículo 25 LJCA, no debiendo olvidar por otro lado que el artículo 106 CE atribuye a los Tribunales el control de la legalidad de la actuación administrativa (término genérico en el que, quizás, habría que incluir a las citadas instrucciones, por mucho que se huya de su equiparación con el acto administrativo).

### **Conclusiones.**

En conclusión, la impugnación jurisdiccional de esta clase de decisiones administrativas presenta una problemática fuertemente arraigada en la imprecisión de su naturaleza jurídica y aunque hay que reconocer que tiene su asiento constitucional en el principio de jerarquía administrativa, no pueden desconocerse las connotaciones prácticas que derivan de una escasamente regulada institución jurídica. Así, cabe mencionar que de mantenerse el criterio jurisprudencial expuesto derivan, al menos, dos consecuencias que, cuando menos, resultan paradójicas. La primera es que un subordinado, ante una orden contraria a Derecho dictada por un órgano superior, puede decidir no obedecerla, arriesgándose con ello a una eventual responsabilidad disciplinaria (lo que seguro pesará en su decisión) pero, sin embargo, no puede cuestionar jurídicamente el criterio adoptado porque no es posible la impugnación de una actuación administrativa que puede tener potencial afectación en su

esfera de derechos e intereses legítimos, aunque cuando se produzca en el seno de una relación de sujeción especial regida por un deber de obediencia jerárquica. La segunda y más sorprendente es que las órdenes e instrucciones, *per se*, no parecen recurribles a tenor de esta doctrina, pero sin embargo sí lo son los actos dictados en aplicación de la mismas sobre la base de su disconformidad a Derecho. Así, se llega al absurdo de que si el acto administrativo dictado en aplicación de los criterios interpretativos fijados en la instrucción es inválido, podrá anularse aquel, y sin embargo, la instrucción que lo ha

motivado no podrá ser depurada jurídicamente (como sí puede ocurrir con un reglamento ilegal mediante su impugnación indirecta y la cuestión de ilegalidad), por lo que permanecerá indemne hasta que se produzca su alteración, pudiendo entre tanto, dar cobijo a nuevos actos administrativos en aplicación de una interpretación del ordenamiento que ya ha sido declarada contraria a Derecho pero que en tanto recogida en una decisión administrativa en forma de orden o instrucción resulta, en principio, exenta de control jurisdiccional.

*Javier Rodríguez Herráez*

*Abogado de Ayala de la Torre Abogados*