

DIRECTIVAS, CIRCULARES E INSTRUCCIONES DE SERVICIO EN EL DERECHO FRANCÉS

JORGE A. SILVA CENCIO

Profesor de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de la República (Montevideo-Uruguay)

S U M A R I O

I. Introducción. II. El arrêt Jamart. III. La jurisprudencia hacia mediados de la década de 1950. IV. La influencia del arrêt Institution Notre-Dame-de-Kreisker (1954). V. La jurisprudencia hacia fines de la década de 1960. VI. El arrêt Société Distillerie Brabant et Cie. (1969) y la influencia de sus conclusiones Questiaux. El caso Crédit foncier de France (1970). VII. La jurisprudencia de la década de 1970. VIII. La posición de la doctrina actual.

I. INTRODUCCION

Habitualmente se utilizan en nuestro medio las expresiones "instrucción de servicio" o "circular", además de algunas otras a las que más adelante nos referiremos. A partir de la obra de Sayagués Laso¹, la distinción entre las dos expresiones citadas ha quedado marcada con nitidez. Ello no ocurre con relación a otros institutos, especialmente los que el progreso de la ciencia administrativa ha hecho surgir en los últimos tiempos para agregarse a las categorías anteriormente conocidas.

Las "directivas" o el "acto de directiva" se incorporan a la terminología jurídica en los últimos años, dando lugar en los países en que la ciencia administrativa ha alcanzado sus más altos niveles de desarrollo, a una amplia serie de comentarios doctrinarios, a veces de diferente signo y que revelan las incertidumbres de una doctrina y jurisprudencia aún no consolidada.

El fenómeno es particularmente visible en el Derecho francés, aun cuando trasciende el ámbito de un país determinado para pro-

¹E. Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo* (2 vol.). Montevideo. 1953. I 149-151.

yectarse en la mayor parte de los Derechos positivos que enfrentan una problemática similar, derivada de las nuevas necesidades de la vida social y económica en el último cuarto del siglo.

Como la generalidad de los problemas que enfrentan las disciplinas jurídicas, el examen de las directivas importa considerar y eventualmente dilucidar otras cuestiones conexas, que incidirán en la posición a adoptar con relación al tema principal en estudio.

Conviene examinar en primer lugar, cómo se plantea el problema en el plano doctrinario y jurisprudencial en aquellos países en que se han producido los primeros comentarios sobre el tema, en especial en el Derecho francés.

II. EL ARRÊT JAMART

En el Derecho francés pueden señalarse diferentes etapas con referencia a la consideración de los temas involucrados.

En una primera etapa, la doctrina administrativa que llamaríamos "clásica", admite la existencia de instrucciones de servicio o circulares, según la terminología indistintamente utilizada. Se trata de indicaciones que los jefes dan a los funcionarios subordinados sobre la manera cómo deben actuar en los casos concretos. Las divergencias pueden centrarse alrededor de la cuestión de si ellas constituyen o no una fuente del Derecho administrativo².

En la doctrina anterior a la Segunda Guerra Mundial, Rivero hará los primeros comentarios clarificadores. En su tesis de doctorado de 1934³ examina con atención el tema de las circulares, ubicándolo dentro del marco más amplio de todas las medidas de orden interior de la Administración.

Es el mismo Rivero quien hará el comentario más amplio del fallo JAMART, que marca un jalón en la consideración del problema⁴.

El fallo JAMART aporta un principio fundamental al Derecho administrativo, al reconocer a favor de los ministros un poder muy general que se extiende "a todas las medidas necesarias para el buen

²Una síntesis de la doctrina en Sayagués *cit.*

³J. Rivero, *Les mesures d'ordre intérieur administratives*. Paris. 1934, 91-119.

⁴J. Rivero, Nota a CE (7. 2. 1936) JAMART, en s 1937. 113-118.

funcionamiento de la administración ubicada bajo su autoridad". Como dice Rivero, este poder no reposa sobre ningún texto y desborda ampliamente los casos excepcionales en los cuales los ministros poseen, en virtud de la ley, una parte del poder reglamentario. Para el Consejo de Estado este poder está ligado a su calidad de jefe de servicio y es en tanto que tal que pertenece a los ministros esta competencia, que no les es por ello propia, sino que la tienen en común con todos los otros jefes de servicio.

En su nota de jurisprudencia de hace ya cuarenta años, el entonces Asistente de la Facultad de Derecho de París aclaraba todos los puntos que consideraba involucrados en la decisión: la distinción de este poder del jefe de servicio con otros poderes (poder reglamentario general, poder disciplinario, poder jerárquico), la determinación de quiénes eran titulares de ese poder (todo jefe de servicio), cuál era su contenido (todas las medidas necesarias al buen funcionamiento de la administración ubicada bajo su autoridad), cuál era su fundamento (su necesidad misma, la naturaleza de las cosas).

III. LA JURISPRUDENCIA HACIA MEDIADOS DE LA DÉCADA DE 1950

Durante varios años, los doctrinos se limitan a sistematizar las ideas de los autores anteriores y los nuevos fallos del Consejo de Estado.

En esta segunda etapa, de la inmediata postguerra, puede darse ya por admitida la existencia de un poder de decisión interno de todo jefe de servicio. Con carácter general, se admiten los planteamientos de Rivero al respecto.

Paralelamente, se continúa profundizando el tema de las circulares o instrucciones de servicio, dentro de los límites de la doctrina tradicional.

A mediados de la década del 50, los autores⁵ y los comisarios de gobierno⁶ resumían así el estado de la jurisprudencia:

a) Las circulares y las instrucciones no difieren entre ellas. No se dirigen al público. Son una orden colectiva, dada por un funciona-

⁵L. Levantal, *L'annulation pour excès de pouvoir des circulaires administratives*, en D 1954 chr. 99-104.

⁶B. Tricot, *Conclusions CE* (29. 1. 1954) *Notre Dame du Kreisker*, en RPDA 1954, 51-53.

rio superior a sus subordinados, destinadas a guiar la acción y es únicamente contra esta acción, una vez que ella será realizada, que un recurso será acordado, en principio, a los interesados. Las circulares no constituyen en sí mismo una decisión; no producen daño, no crean obligaciones ni derechos, nadie puede prevalecerse de ellas ni contestar su legalidad. Para que ello ocurra deben ajustarse estrictamente a su definición y estar desprovistas de todo carácter reglamentario⁷. Ejemplos de estas circulares las encontramos en los casos en que los ministros recomiendan a sus subordinados un cierto comportamiento, invitándolos a orientar su acción en cierto sentido, las que regulan el funcionamiento interno de la Administración sin comportar consecuencias jurídicas frente a los administrados, las que se limitan a recordar o comentar actos anteriores sin agregarles nada. Incluso se rechaza el carácter de decisión a las circulares que interpretan un acto jurídico anterior, ya que la circular interpretativa no es sino el enunciado bajo forma general de una opinión, de una pretensión, sin que haya todavía decisión⁸.

b) Frente a estas circulares con las características señaladas, existen otras, llamadas habitualmente reglamentarias⁹. En estos casos el Consejo de Estado reconoce a las circulares el carácter de una decisión, de un acto administrativo que ocasiona agravio y susceptible de recurso. Así ocurre cuando el ministro o el jefe de servicio toma, con relación al funcionamiento de éste, decisiones que o bien subordinan el ejercicio de los derechos de los administrados a ciertas condiciones o bien acuerdan a los administrados ciertas garantías de procedimiento, así como cuando la circular comporta una decisión colectiva o cuando crea una regla de derecho nueva, que no encuentra su fundamento en un acto jurídico anterior¹⁰.

c) Las mismas distinciones anteriores deben ser aplicadas a las circulares relativas a la situación de los funcionarios. No se trata de instrucciones de servicio que se imponen en virtud del principio jerárquico, sino de disposiciones relativas a la carrera de los interesados. No hay diferencias específicas con las demás personas, ya que

⁷Levantat *cit.* 99, 100s.

⁸Tricot *cit.* 51s.

⁹Levantat *cit.* 99s.

¹⁰Tricot *cit.* 52. En contra de esta división en tres categorías, por entender que siempre estamos en presencia de una circular reglamentaria vid. Levantal *cit.* 104 Nota 1.

el funcionario es afectado en su calidad de administrado y no de subordinado¹¹.

d) Para que una circular pueda ser anulada por exceso de poder no es necesario que haga daño por sí misma. Es necesario que prepare, que imponga medidas individuales que hagan daño. La medida debe tener un cierto carácter de novedad. Puede admitirse el recurso no sólo contra la decisión actual, que aporta un cambio directo e inmediato a la situación de los terceros, sino contra la decisión eventual, que prejuzga, hasta cierto punto, la decisión final. Puede reconocerse el carácter decisorio a las circulares de valor imperativo, ya que los subordinados no pueden dejar de actuar de conformidad con las instrucciones recibidas¹².

e) Para establecer la frontera entre las circulares interpretativas y las que crean derechos (o reglamentarias), es necesario dilucidar el problema del poder reglamentario de los ministros. Debe reconocerse un cierto poder reglamentario a los ministros, en virtud de un doble fundamento. En primer lugar, el ministro es jefe de un conjunto de servicios. Le pertenece, dentro del límite de las leyes y decretos, regular la organización y el funcionamiento de estos servicios. El funcionamiento de la Administración no comporta sólo la empresa administrativa misma, sino también las relaciones con terceros. El ministro puede reglar estas relaciones. En segundo lugar, el ministro tiene también el poder de tomar decisiones individuales. Este poder implica el de adoptar y publicar reglas generales en virtud de las cuales aquéllas serán tomadas, con la doble condición de que estas reglas no contradigan las establecidas en las leyes y decretos y de que no supriman, todas las veces que sea necesario, la apreciación de las circunstancias propias a cada caso individual¹³.

f) No hay razón a priori para rechazar el carácter reglamentario de una circular. La circular puede comportar reglas de derecho o tener sólo un carácter indicativo. Tienen una naturaleza esencialmente ambigua. La circular es un pabellón que puede recubrir toda suerte de mercaderías: órdenes del día, consejos, recomendacio-

¹¹⁻¹²Levantat *cit.* 101 s.; 104 coincidiendo con Huet, Nota a CE (29.12.1944). *Union de la propriété bâtie de France*, en s 1947.5.

¹³Tricot *cit.* 52 s.

nes, directivas de organización y de funcionamiento, reglas de derecho¹⁴.

g) La tendencia de las Administraciones contemporáneas es la de promover la circulación en la jerarquía de los actos administrativos. Se incluyen en las circulares reglas que deberían haber sido enunciadas por decreto o por resolución. Incluso hay directivas verbales o dadas por simples cartas, que corrigen o suspenden las reglas establecidas por vía de circulares generales. Se asiste a un retroceso de la regla de derecho hacia lo precario y lo confidencial. La posición del juez es difícil. Si rechaza el carácter reglamentario de toda circular, reduce las garantías de los administrados. Los obliga a esperar la decisión individual, siendo que la ilegalidad puede ser ya patente y sería oportuno sancionarla sin esperar que se haya aplicado en los casos particulares. Pero si decide muy frecuentemente que hay un reglamento, consagraria y reforzaria lo que podría no ser sino el enunciado de una tendencia, una directiva susceptible de modificaciones. Todo ello explica las vacilaciones de la jurisprudencia y sus fórmulas prudentes¹⁵.

En el caso concreto que motivara las conclusiones de Tricot¹⁶, el Consejo de Estado, siguiendo a su Comisario de Gobierno, decidió que la circular del Ministerio de la Educación Nacional atacada no se había limitado a interpretar los textos en vigor, sino que había fijado reglas nuevas, de carácter reglamentario. El acto se anula, por cuanto la circular no se ajustaba al texto de la ley vigente.

IV. LA INFLUENCIA DEL ARRÊT INSTITUTION NOTRE-DAME - DE - KREISKER (1954)

En los años siguientes, las conclusiones y la sistematización de Tricot inspirarán otros fallos del Consejo de Estado y serán seguidas por la doctrina mayoritaria, aunque aparecen también algunas opiniones aisladas que enfocan diferentemente el problema.

Lamarque¹⁷ al comentar el fallo que motiva su estudio, adhiere

¹⁴⁻¹⁶Tricot *cit.* 52 s.

¹⁹CE (29. 1. 1954) *Institution Notre Dame* *cit.* L 1954, 64.

¹⁷J. Lamarque, Nota CE (23. 12. 1959). *Freyssinet*, en s 1960. 227-232.

a la posición mayoritaria, que distingue entre circulares reglamentarias e interpretativas, considerando que la distinción deriva de un criterio material, ligado al objeto, al contenido mismo de la circular.

El autor considera también de interés algunas opiniones como las de De Laubadère¹⁸, para quien el análisis del contenido de la circular debe ser completado con la búsqueda de la intención de la Administración, criterio que parece aceptar el Consejo de Estado en el fallo *Freyssinet*. Es la intención del autor, buscada por el juez, la que determina si nos encontramos en presencia de una circular reglamentaria o simplemente interpretativa¹⁹.

Otros autores, como Combarous y Galabert²⁰ se muestran reticentes en cuanto a la adopción del nuevo criterio de la intención del autor del texto, que el fallo *Freyssinet* parece consagrar. La referencia a las intenciones de la Administración presenta el riesgo de volver inoperante el criterio de fondo generalmente admitido (el del contenido de sus disposiciones) y no omite la dificultad esencial que la elección del criterio tenía por objeto resolver: cualquiera sea la intención de sus autores, las circulares, obligatorias para las autoridades encargadas de la aplicación de un texto, se impondrán a los administrados si contienen disposiciones de naturaleza reglamentaria.

Para Lamarque²¹, las formas tienen también importancia para determinar el carácter de la circular, entendiendo por tales los signos exteriores de la circular, su título, su presentación, su redacción, la imperatividad de su vocabulario, etc. La publicación en el Diario Oficial es también un índice importante, aunque no absoluto. Recuerda la opinión de Waline²², para quien la publicación de la circular es el índice de que la autoridad administrativa ha querido hacerla oponible al público y tenía, por lo tanto, la intención de hacer un reglamento en forma de circular.

La opinión de otros autores, que rechazan la distinción y buscan

¹⁸A. De Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*. Paris. 1957, I N° 316.

¹⁹Lamarque *cit.* 228.

²⁰Combarous et Galabert, *Chronique générale de jurisprudence administrative* AJ 1960. 44s.

²¹Lamarque *cit.* 229.

²²M. Waline, Nota en RDP 1955. 176.

otros criterios de orientación, no influyen en los desarrollos posteriores de la jurisprudencia.

Así, Quermonne, en dos notas de jurisprudencia²³, considera que el Consejo de Estado ha ido evolucionando en su jurisprudencia y que de la naturaleza del acto atacado, el enfoque del problema parece haberse desplazado insensiblemente hacia el interés invocado por el demandante.

Según este autor, en los últimos fallos no es en nombre de la noción de orden interior que la irrecurribilidad se pronuncia, sino por el examen del perjuicio eventual que esta medida es susceptible de haber provocado al administrado. Si las disposiciones de la circular carecen de efecto sobre la situación del actor, aquélla es declarada irrecurrible. Si por el contrario, le causa perjuicio, es misión del juez examinar su legalidad sobre el fondo. El examen del interés invocado por el demandante se ha vuelto el elemento determinante. El juez busca la existencia del perjuicio para solucionar el problema de la recurribilidad del acto. Hay una asimilación de las circulares al régimen del acto administrativo en general. Las causas de irrecurribilidad opuestas a las circulares no son diferentes de las que rigen para el acto administrativo en general.

La posición de Quermonne, que tiene antecedentes en una anterior de Huet²⁴, no es seguida por el resto de la doctrina ni parece tener confirmación en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Tampoco tienen influencia sobre los desarrollos posteriores opiniones como la de Cocatre-Zilgien²⁵, para quien las circulares llamadas "interpretativas" agregan siempre algo al ordenamiento jurídico y por lo tanto, son igualmente "normativas". La doctrina y la jurisprudencia seguirán admitiendo la distinción entre circulares reglamentarias o normativas y no reglamentarias o interpretativas.

²³J. L. Quermonne, Nota a CE (6. 7. 1956), *Fédération départementale des exploitants agricoles de Seine-et-Oise*, y (4. 1. 1957) *Syndicat autonome du personnel enseignant des Facultés de Droit*, en D 1958. 179-181. Nota a CE (28. 11. 1958), *Lépouse*, en D 1959. 264-268.

²⁴Huet *cit.* 7.

²⁵Cocatre-Zilgien, *La nature juridique des mesures d'ordre intérieur en droit administratif*, en RICA 1958. 487-500.

V. LA JURISPRUDENCIA HACIA FINES
DE LA DÉCADA DE 1960

Hasta fines de la década de 1960, las líneas sustanciales de la posición mayoritaria se mantienen incambiadas. Ello surge especialmente de las conclusiones de los Comisarios de Gobierno. Bernard²⁶ y Fournier²⁷ son quienes realizan las más interesantes precisiones al respecto.

Bernard pone el acento en la existencia de distintos tipos de circulares y en el problema del poder reglamentario del ministro. Su posición puede resumirse así:

a) En el estado actual de la jurisprudencia existen tres grandes categorías de circulares, de las cuales sólo las últimas constituyen decisiones susceptibles de recursos. La clasificación se efectúa teniendo en cuenta a la vez el contenido de la circular y los poderes de la autoridad que las ha adoptado. La primera categoría es la de las circulares interpretativas. Los ministros pueden tener o no una competencia legal para dictarlas. Se limitan a hacer conocer a los servicios y a los administrados la manera cómo el ministro entiende las disposiciones que está encargado de aplicar. La segunda categoría corresponde al caso en el cual el ministro o sus subordinados disponen, en virtud de una ley o un reglamento, de un poder de apreciación. Nada hay que interpretar. El ministro hace saber a los servicios y administrados, la manera cómo entiende que debe utilizar este poder de apreciación a utilizar. Se encuentra frente a un vacío del Derecho que pretende colmar con su circular. Sólo estas circulares presentan carácter reglamentario.

b) Con relación a la última categoría se plantea la cuestión del poder reglamentario de los ministros, ya que es al Jefe del Ejecutivo que las distintas Constituciones han reservado, implícita o explícitamente, el ejercicio del poder reglamentario. A partir del fallo JAMART, el Consejo de Estado ha adoptado decisión a favor de un poder reglamentario interno de los ministros.

c) Pero el referido fallo no reconoce a los ministros, en ausencia

²⁶M. Bernard, Concl. CE (6. 10. 1961), *Union nationale des Associations de parents d'élèves de l'enseignement libre*, en RDP 1961. 1271-1283.

²⁷M. Fournier, Concl. CE (2. 12. 1966). *Sieur Marchand et autres*, en RDP 1967. 566-573.

de texto, un verdadero poder reglamentario, sino sólo los poderes inherentes a la función de jefe de servicio. Por más extenso que sea este poder, se encuentra limitado por su objeto mismo. Cuando las necesidades del servicio no están en juego, el ministro no dispone de ningún poder propio.

d) Tricot daba al poder reglamentario de los ministros un doble fundamento. Pero el segundo de ellos, basado en el poder de tomar decisiones individuales, no encuentra apoyo en los fallos del Consejo de Estado. Salvo en casos excepcionales, de los cuales es difícil encontrar ejemplos en la jurisprudencia, el poder de tomar decisiones individuales no comporta el de reglamentar las condiciones en las cuales estas decisiones individuales serán tomadas.

Por su parte, Fournier recuerda que el Consejo de Estado no reconoce la admisibilidad del recurso por exceso de poder contra las circulares y frecuentemente estima que estos actos administrativos no presentan el carácter de una decisión que cause perjuicio a los administrados. Sostiene que:

a) Esta posición no constituye sino la aplicación pura y simple de los principios más generales que gobiernan la teoría del recurso por exceso de poder.

b) Para que una circular sea declarada reglamentaria, debe responderse afirmativamente a la cuestión de si establece una regla nueva con relación a la legislación o reglamentación existente y si es directamente aplicable a los administrados. El examen de la primera cuestión versa exclusivamente sobre el contenido de la circular y permite descartar los recursos dirigidos contra actos que se limitan a recordar, a comentar, a interpretar los textos existentes y que no introducen ningún elemento nuevo en el orden jurídico. El examen de la segunda cuestión versa exclusivamente sobre la presentación de la circular. Pone al abrigo de todo recurso los actos que tienen efecto sólo en el seno de la Administración.

c) Entre las circulares que los superiores jerárquicos dirigen a sus subordinados deben distinguirse las que contienen una verdadera decisión, aplicable y oponible a los administrados y las que se limitan a dar directivas o a expresar recomendaciones. El elemento esencial para proceder a la distinción, es la cuestión de saber si la circular deja o no subsistir en el subordinado un poder de apreciación. Ello surgirá habitualmente del texto, según que emplee términos im-

perativos, que autorice o no excepciones, que prevea o no sanciones.

d) También se toman en cuenta otros elementos. El hecho de que sea publicada o notificada a los particulares constituye un índice de la intención de la Administración de aplicarles directamente sus disposiciones. Además, para que la circular sea tenida por reglamentaria es necesario que la regla nueva que plantea y para la aplicación de la cual liga la competencia de los subordinados, verse sobre los derechos mismos de los administrados. Por último, parece que cuando la decisión definitiva pertenece al autor de la circular, la jurisprudencia admite menos fácilmente el carácter reglamentario de ésta. Puede estimarse que, llegado el momento de la aplicación, el autor de la circular se sentirá más libre frente a los decretos que él mismo ha establecido que frente a las instrucciones recibidas de las autoridades superiores.

VI. EL ARRET SOCIÉTÉ DISTILLERIE BRABANT
ET CIE. (1969) Y LA INFLUENCIA DE SUS
CONCLUSIONES QUESTIAUX. EL CASO CREDIT
FONCIER DE FRANCE (1970)

En tanto que los anteriores Comisarios de gobierno se mantienen dentro de los límites de la jurisprudencia hasta entonces admitida del Consejo de Estado, Mme. Questiaux²⁸ propone un cambio en la orientación seguida hasta entonces, en base a argumentos que si bien no serán tenidos en cuenta por el máximo tribunal administrativo francés en esa oportunidad, abrirán el camino para los cambios que sobrevendrán a muy corto plazo. El fallo *Société Distillerie Brabant et Cie*²⁹ no innova con relación a la jurisprudencia anterior.

²⁸Mme. Questiaux, Concl. CE (23. 5. 1969). *Société Distillerie Brabant et Cie.* en AJ 1969. 640-644.

²⁹Comentando el fallo, G. Tournie, Nota en AJ 1969. 644-647, entiende que él es digno de interés por varias causas: es la primera vez, desde la creación del régimen de aprobación de exoneraciones fiscales, que un rechazo de acordarlas es anulado por el CE. Es también la vez primera que se planteaba al juez la cuestión de la legalidad de las circulares del Ministerio de Finanzas fijando las condiciones de otorgamiento de las exoneraciones fiscales individuales. Luego de recordar la posición del Comisario de Gobierno, concluye en que el motivo principal de insatisfacción del fallo deriva de que se opone una inadmisibilidad de principio, excluyendo todo examen sobre el fondo. Es el examen individual de los expe-

Declara que al Ministro de Finanzas y de Asuntos Económicos no se le había otorgado competencia ni por disposición legislativa ni reglamentaria, ni por el poder del cual dispone para asegurar el funcionamiento de los servicios que se encuentran bajo su autoridad, para excluir de su aprobación, como lo había hecho por la circular atacada, todas las operaciones realizadas por establecimientos situados en la región parisiense, tal como la misma circular la definía. Por lo tanto, las decisiones del jefe de los servicios fiscales de la región que habían rechazado la aprobación de las operaciones a realizar por la destilería Brabant, por la única razón de que se trataba de un establecimiento ubicado en la región parisiense, carecían de base legal.

Sin embargo, poco tiempo después, la argumentación de Questiaux, retomada y complementada por el Comisario de gobierno Bertrand³⁰, con el apoyo de otros miembros del Consejo de Estado³¹, que escriben en la misma época, provocará una modificación sustancial en la jurisprudencia del Consejo de Estado. El fallo *Crédit foncier de France*³² aparece como el *leading case* sobre el tema. Inmediatamente la doctrina se vuelca a analizar ese fallo, procurando sistematizar los principios en el cual se fundamenta³³.

En el caso *Crédit foncier de France* estaba en juego la validez de una directiva de la Comisión nacional de mejoramiento de la vivienda, creada por reglamento de administración pública, para administrar los fondos correspondientes. La directiva excluía del be-

dientes lo que constituye la principal garantía de los particulares contra la arbitrariedad inherente a todo sistema discriminatorio, dándoles la facultad de convencer a la Administración del interés económico de sus proyectos. Es el respeto de este principio el que puede permitir al juez verificar la exactitud y la corrección jurídica de los motivos invocados y eventualmente extender su control.

³⁰M. Bertrand, Concl. CE (11. 12. 1970), *Crédit Foncier de France c/ Demoiselle Gaupillat et Dame Ader*, en L 1970. 750-759.

³¹J. Delmas-Marsalet, *Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat*, en EDCE 22 (1970). 133-160.

³²CE (11. 12. 1970). *Crédit Foncier* cit. 750.

³³Pueden citarse los siguientes comentarios: D. Loschak, Nota en RDS 1971. 675-677; M. Fromont, Nota en JCP 1972 N° 17.232; H. T. C., *De l'arrêt Société Maison Genestal à l'arrêt Crédit Foncier de France. La jurisprudence des interventions économiques de l'Etat*, en AJ 1971. 196-199; M. Waline, *L'autolimitation du pouvoir discrétionnaire par des directives*, en RDP 1971, 1224-1231.

neficio de las subvenciones del fondo a ciertos trabajos de mejoramiento. En aplicación de ella, la comisión negó a las reclamantes la subvención que solicitaban. El Tribunal administrativo de París, ante la acción interpuesta, anula la decisión por error de derecho, al haber agregado la comisión nacional, en su directiva, una condición no prevista por las leyes y reglamentos. Ante la apelación interpuesta, el Consejo de Estado, conforme a las conclusiones de su Comisario de gobierno, enfoca a la directiva como un conjunto de "normas que definen orientaciones generales con miras a dirigir las intervenciones de fondos" y decide que la referencia a esas normas, no había viciado la decisión administrativa de rechazo, de un error de derecho, ya que las demandantes no invocaban "ninguna particularidad en su situación frente a las normas mencionadas, ni ninguna consideración de interés general, que justificara que ellas fueran derogadas y cuya consideración la comisión nacional hubiera omitido". Que además, ellas no sostenían que "la directiva de que se trata haya desconocido los fines considerados al crearse el Fondo nacional de mejoramiento de la vivienda".

Procurando armonizar las diferentes opiniones vertidas por los Comisarios de gobierno y los doctrinos, pueden exponerse los siguientes argumentos justificativos del nuevo enfoque del problema:

a) Las cuestiones que suscita la actividad de la Administración en el dominio económico no son nuevas. Después de la guerra, el intervencionismo encontró una nueva justificación en la necesidad de asegurar de manera coherente la expansión, mediante la elaboración de planes o programas de desarrollo. La acción administrativa se ve ampliada, ha cambiado de naturaleza, pasando de la puesta en práctica de medios de coerción a la incitación mediante el otorgamiento de ventajas ligadas a operaciones determinadas⁸⁴.

b) La jurisprudencia que excluye que una autoridad administrativa pueda ligarse por adelantado en su apreciación por reglas imperativas, aparece en oposición completa con las necesidades y la práctica de la acción administrativa moderna, en materia económica especialmente. La fijación previa de criterios es una necesidad vinculada con el buen funcionamiento de la Administración moderna. El examen de un número importante de solicitudes sobre un determinado beneficio suscita la necesidad de referencias objetivas y ello

⁸⁴Bertrand, concl. *cit.* 753.

se acrecentará con el desarrollo de la informática. Es indispensable que las soluciones sean conocidas por los administrados³⁵.

c) La definición de las condiciones de fondo a las cuales debe ser sometido el otorgamiento de las ventajas previstas, tanto en razón de su carácter técnico como de la necesidad de una adaptación constante a las fluctuaciones de la coyuntura, no se acomoda con la fuerza rígida del decreto. La reglamentación debe ser dictada frecuentemente por la vía de circulares ministeriales, o aún de instrucciones que emanan de autoridades diferentes del ministro, que poseen poderes de decisión propios en determinada materia³⁶.

d) El conocimiento adelantado de las razones en que se basa la Administración para adoptar determinadas decisiones, facilita el control del juez sobre la acción de la Administración, especialmente en materia económica. Justamente en esta materia el control es más difícil de ejercer puesto que la Administración dispone frecuentemente de un amplio poder discrecional. La eficacia del control jurisdiccional de las medidas de incitación económica está subordinada a la condición de que el juez reconozca a la autoridad investida del poder discrecional de atribuir o rechazar una ventaja, la posibilidad de limitar, ella misma, por adelantado, ese poder, definiendo y publicando las condiciones a las cuales entiende subordinar la atribución de esa ventaja y los criterios en mérito a los cuales se obliga, en principio, a seleccionar las peticiones.

El juez debe estar informado tan completamente como sea posible de las razones que han determinado la posición de la Administración (fallo *Société Maison Genestal*). Y el esfuerzo resultaría vano si se continuara negando la validez de esos motivos, por error de derecho, cuando consisten en una referencia a las reglas de acción que la Administración se ha dado a sí misma. Si no se admite la posibilidad de fijar con anterioridad reglas a las cuales ajustará su conducta, le resultará fácil a la Administración, en vía jurisdiccional, invocar cualesquiera motivos, enunciados a posteriori para las necesidades de la causa³⁷.

³⁵Questiaux *cit.* 643; Bertrand *cit.* 754; H. T. C. *cit.* 197, 199; Delmas-Marsalet *cit.* 154

³⁶Bertrand *cit.* 753; Delmas-Marsalet *cit.* 154.

³⁷Questiaux *cit.* 643; Bertrand *cit.* 755; Delmas-Marsalet *cit.* 152, 153 s.; H. T. C. *cit.* 197.

e) Serias dificultades aparecen cuando se trata de determinar la naturaleza jurídica de esas reglas. Las disposiciones de la Constitución francesa no atribuyen el poder reglamentario más que al Primer Ministro y al Presidente de la República. La jurisprudencia no reconoce ese poder a los ministros, fuera del caso en que ha sido regularmente conferido por un texto, cuando se trata de fijar las reglas de organización y funcionamiento de servicios ubicados bajo su autoridad (fallo *Jamart*) y también cuando se trata de someter a reglas de procedimiento la instrucción de asuntos sobre los cuales les pertenece tomar decisiones individuales³⁸. Algunos intérpretes proponen ir más allá de estas interpretaciones tradicionales³⁹.

f) Quienes se mantienen dentro de la interpretación constitucional que impide reconocer un poder reglamentario directo a los ministros, se interrogan en cuanto a los criterios a utilizar para dar un fundamento jurídico a las circulares y directivas que impone la Administración moderna. En ciertos casos, cuando la ley designa ella misma los ministros encargados de otorgar una autorización, podría admitirse que existe una delegación implícita del poder de fijar las condiciones a las cuales puede subordinar el otorgamiento del acto. El ministro no agregaría nada a la ley y sólo se limitaría a recortar su poder discrecional⁴⁰. Sin embargo, esta solución enfrentaría también las normas constitucionales que impiden al legislador delegar, aún implícitamente, un poder reglamentario a un ministro determinado.

g) La mayoría de la doctrina encuentra el fundamento de la

³⁸Bertrand *cit.* 753s.; Delmas-Marsalet *cit.* 154.

³⁹Questiaux, *Concl. cit.* 644, proponía modificar las soluciones de fallos anteriores, admitiendo el poder de los ministros de fijar criterios generales de actuación futura, criterios a los cuales debe reconocerse el carácter imperativo. C. Wiener, *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres*, Paris. 1970, 275-285 y Loschak, *cit.* 677, señalan que si bien el Consejo de Estado ha admitido la validez de las directivas, no ha llegado a reconocer a los ministros un poder reglamentario autónomo. Podía haberse llegado más lejos, ya que el presunto obstáculo constitucional no ha impedido al juez admitir el poder reglamentario de los ministros en hipótesis cada vez más numerosas. La práctica administrativa tiende cada vez más a un acrecentamiento de las competencias ministeriales. Por no reconocerse directamente un poder reglamentario a los ministros, se acude a vías oblicuas, como la de las circulares; sería preferible ir a aquel reconocimiento directo.

⁴⁰Delmas-Marsalet *cit.* 154 s.; Bertrand *cit.* 756.

nueva solución en el principio de igualdad de tratamiento, que excluye toda discriminación injustificada entre los administrados. El principio de igualdad figura entre los principios fundamentales, con valor constitucional, del Derecho público francés. Este principio no puede ser afectado sino por causas justificadas, sea por una diferencia de situación de hecho, sea por un interés general, correspondientes el uno y el otro, a los fines en vista de los cuales la ventaja considerada había sido establecida. Como consecuencia de ello, cada vez que una decisión sea discutida ante el juez, la Administración deberá hacerle conocer los motivos para que pueda apreciar su legalidad (fallo *Société Maison Genest*)... En el dominio de las incitaciones económicas, la fijación de criterios generales, objetivos e impersonales de selección de solicitudes, por la autoridad investida del poder de otorgar la aprobación, corresponde a una necesidad, tanto para el administrado como para el juez y la Administración misma. Para los administrados, constituye la sola garantía de que no serán víctimas de discriminación arbitraria y no justificada por el objetivo económico en vista del cual ha sido instituida la incitación. Ello supone, por supuesto, que la conformidad a este objetivo de los criterios fijados por la Administración pueda ser controlada por el juez, lo que implica que estos criterios puedan serle directamente deferidos por la vía del recurso por exceso de poder. Si se prohibiera al ministro fijar reglas generales y objetivas para el otorgamiento de exoneraciones fiscales, se consagraría una solución que permitiría mayores arbitrariedades que las que se pretenden evitar. La regla del examen particular de cada situación antes de tomar una decisión individual, no evita discriminaciones. Sólo la publicidad de los criterios aplicados podrá permitir al juez ejercer un control efectivo⁴¹. La jurisprudencia belga e italiana han elaborado construcciones similares, a partir del principio de igualdad de tratamiento o de no discriminación. Como el principio se opone a que las directivas de la Administración no sean aplicadas de manera uniforme a situaciones idénticas, se tiende a reconocer en esos países, la posibilidad para los administrados de invocar la no aplicación

⁴¹Questiaux *cit.* 644; Bertrand *cit.* 756 ss.; Delmas *cit.* 152-154; Loschak *cit.* 675 s; H. T. C. *cit.* 198 s.

injustificada de esas directivas, sin que, por otra parte, puedan paralelamente serles opuestas⁴².

h) Sobre la base de ese principio de igualdad de tratamiento, se reconoce a los ministros un poder autónomo, de naturaleza algo diferente de un real poder reglamentario. Este poder, que podría calificarse como "poder de orientación", sería el de fijar las condiciones mínimas a las cuales se subordinaría, en principio, el otorgamiento de las aprobaciones, bajo reserva de las derogaciones excepcionales que podría realizar el ministro, en el interés general, calificado y justificado. Sería también el poder de definir los criterios en función de los cuales, bajo las mismas reservas, podría ser acordada o rechazada la aprobación. Este poder se diferenciaría del reglamentario en materia económica en que no comportaría, a diferencia de este último, ninguna obligación o interdicción hecha a los administrados. Se limitaría a definir las condiciones en las cuales pueden obtener una ventaja de la colectividad para la realización de operaciones que presentan un interés para esta última, entendiéndose que el hecho de no obtener esta ventaja no los priva de la posibilidad de realizar ellos mismos estas operaciones. Este poder se aproximaría, sin embargo, al poder reglamentario en que comportaría la posibilidad de fijar condiciones y criterios generales e imperativos, bajo reserva de las derogaciones excepcionales que podrían serle aportadas solamente por el ministro, en consideración a un interés general él mismo excepcional. En la medida en que causen perjuicio a la gran mayoría de los interesados, estos criterios y condiciones deberán poder ser deferidos al juez del exceso de poder para que controle su legalidad⁴³.

i) Admitido este poder de orientación que la Administración realiza mediante sus directivas, puede aceptarse, de manera general, que los motivos de una decisión individual pueden legalmente con-

⁴²Las jurisprudencias italiana y belga, que son expresamente citadas por Bertrand (*cit.* 756), tuvieron importante influencia en la adopción de los nuevos criterios por la jurisprudencia francesa. La realización en París, octubre 1970, de la reunión bianual de los miembros de las jurisdicciones administrativas superiores de los países del Mercado Común que versara sobre el rol del juez administrativo frente a las intervenciones económicas del Estado, permitió a los juristas franceses un conocimiento directo de las referidas jurisprudencias; el texto completo de los informes presentados aparece en *EDCE* 24 (1971).

⁴³Delmas *cit.* 155; Loschak *cit.* 675 s.; H. T. C. *cit.* 197 s.

sistir en una referencia a la doctrina que la Administración se ha dado y que, desde que es aplicada, debe serlo a todas las situaciones similares, so pena de desconocimiento de la regla de la no discriminación. Ello está sometido a la doble condición, controlable por el juez, de que las directivas invocadas sean conforme a los fines perseguidos por el legislador o la autoridad reglamentaria y que ellas no sean objeto de derogaciones justificadas por circunstancias particulares que la Administración deba necesariamente tener en cuenta. Llenadas estas dos condiciones, la aplicación de directivas a una situación individual dada puede ser tenida por legal, como también lo es su no aplicación, cuando se está en presencia de circunstancias particulares. No se reconoce a estas directivas valor reglamentario, pero tampoco se crea una categoría de actos jurídicos nuevos, por debajo del reglamento, sino que en definitiva las directivas serían una suerte de "codificación de motivos" susceptibles de ser invocados por la autoridad administrativa al dictar la decisión individual, con motivo de la cual podrá ser apreciada su validez⁴⁴.

En base a los argumentos expuestos es que se producirá el cambio de jurisprudencia que marca el fallo *Crédit Foncier de France*⁴⁵. Pocos días después, el Consejo de Estado hará aplicación de los mismos principios en el fallo *Union départementale des sociétés mutualistes du Jura*⁴⁶. La teoría de las directivas se extendería así más allá del campo de las intervenciones económicas del Estado, ya que en la especie se trataba de un problema vinculado a la seguridad social⁴⁷.

⁴⁴Bertrand *cit.* 757 s.; Loschak *cit.* 675 s.; H. T. C. *cit.* 198 s.

⁴⁵Waline, M., *L'autolimitation* *cit.* 1224-1231, enfoca la cuestión desde un punto de vista diferente. Señala la existencia de situaciones jurídicas que, sin constituir derechos subjetivos o derechos adquiridos, son sin embargo susceptibles de producir efectos jurídicos. Sería lo que ocurriría con las directivas, según el fallo, ya que si bien no implican el ejercicio de ningún poder legislativo ni reglamentario, son susceptibles de efectos jurídicos. Los efectos jurídicos de las directivas son: 1) Pueden servir de justificación legal a las decisiones individuales tomadas conforme a sus disposiciones; 2) No son reglas de derecho, ni imperativas, ni permisivas.

⁴⁶Fromont, *Nota cit.* considera que este fallo iría algo más lejos que el anterior y reconocería cierto carácter reglamentario a la circular.

⁴⁷H. T. C. *cit.* 199.

VII. LA JURISPRUDENCIA DE LA DÉCADA DE 1970

Los fallos *Crédit foncier de France* y *Union départementale des sociétés mutualistes du Jura* no permanecerán como casos aislados, sino que en los años siguientes, los tribunales administrativos franceses harán nuevas aplicaciones y extensiones de sus principios. Con motivo del fallo *Syndicat national des Architectes chargés de la construction d'H. L. M. et autres*, el Comisario de gobierno Vught, hará una síntesis del estado de la jurisprudencia hasta la fecha, a partir de las célebres conclusiones de Tricot, que en parte reproduce⁴⁸.

Dos fallos de 1973 prolongan la jurisprudencia *Crédit Foncier de France*. En el fallo *Société Gea*⁴⁹, el Consejo de Estado extiende, por una parte, el campo de aplicación de la noción de directiva, admitiendo que el Presidente de la República puede estar obligado por directivas expresadas en una nota de la Sección de Obras Públicas del Consejo de Estado, y por otra parte, estableciendo el principio de que las directivas no tienen por qué ser publicadas. El Tribunal de Besançon, en el fallo *Sieur Ballaud*⁵⁰, realiza otras extensiones de la noción de directiva, aplicándola al ejercicio de una competencia reglada y no discrecional y por ello, a normas de procedimiento y no a criterios de apreciación. Es la primera decisión judicial que anula un acto individual por desconocimiento de reglas establecidas por una directiva.

Los dos fallos anteriormente citados motivan también comentarios de la doctrina⁵¹. Vier resume así el estado de la jurisprudencia:

a) La legalidad de la utilización de las directivas por la Administración es admitida como principio. Los litigios versarán sobre aspectos de su régimen.

b) Las directivas no tienen naturaleza de reglamentos ni de

⁴⁸Vught, Concl. CE (8. 10. 1971) *Syndicat national des Architectes chargés de la construction d'H. L. M. et autres*, en L 1971. 584-590.

⁴⁹CE (29. 6. 1973) *Société Gea*, en AJ 1973. 589.

⁵⁰Tribunal administratif de Besançon (7. 2. 1973) *Sieur Ballaud*, en AJ 1973. 590.

⁵¹Ch. Vier, Nota en AJ 1973. 590-594; M. Waline, *L'application de directives non publiées*, en RDP 1974. 547-552; Franc et Boyon, *Chronique* en AJ 1973. 587; Durupty, Nota en D 1974. 141.

instrucciones de servicio que los superiores jerárquicos dan a sus subordinados.

c) Puesto que las directivas no tienen carácter reglamentario y no modifican la situación jurídica de los interesados, no es exigible su publicación, pese a que la doctrina señalara unánimemente su conveniencia.

d) El poder de tomar directivas no está subordinado a ninguna habilitación especial. Disponen de él autoridades de diferente grado jerárquico. Una autoridad subordinada, dotada del poder de dictar decisiones individuales, puede fijarse sus propias directivas, sin perjuicio de su obligación de ajustarse a aquéllas establecidas por sus superiores jerárquicos.

e) Desde el punto de vista de la forma en la cual la directiva es transmitida, cabe la más variada gama de documentos (notas, cartas, fichas, etc.).

f) El control de la legalidad de fondo de las directivas está claramente establecido: las directivas no pueden modificar las disposiciones legales o reglamentarias que aplican, imponiendo condiciones nuevas o desconociendo sus fines.

g) El alcance de la directiva no es otro que el que se reconoce al principio de igualdad. La autoridad debe proceder al examen particular de cada asunto. Las excepciones que pueden consentirse a las normas fijadas por las directivas son las mismas que se admiten en materia de igualdad. Las aparentes discriminaciones sólo se justifican por la particularidad de las situaciones no comparables o por las exigencias del interés general.

h) Las directivas son una suerte de codificación de motivos susceptibles de ser invocados por la autoridad administrativa y el valor de las normas enunciadas no será reconocido sino en el plano de la motivación de las decisiones individuales.

i) La admisión del procedimiento de la directiva como codificación de motivos es práctico y de suma utilidad, en la medida de que se trata de un medio que se ha dado al juez para controlar el respeto del principio de igualdad, evitando, cuando no se invocan excepciones, examinar con precisión y caso por caso lo bien fundado de los motivos invocados por la Administración en apoyo de sus decisiones.

VIII. LA POSICION DE LA DOCTRINA ACTUAL

El último esfuerzo doctrinario amplio que conocemos para precisar la noción de directiva, es el que realiza Delvolve⁵², a fines de 1974.

Su posición puede resumirse así:

a) La expresión directiva significa una medida destinada a orientar la acción de sus destinatarios, dejándoles la carga y la responsabilidad de la ejecución, ya que a ellos compete en definitiva decidir. De allí la incertidumbre de la noción: la directiva produce cierto efecto, pero no lo produce por sí misma; no es exactamente una orden, pero tampoco un simple deseo, es menos que aquélla, pero más que éste.

b) La fórmula ha aparecido desde hace unos quince años en los textos jurídicos. Primero en los Tratados de Roma de marzo de 1957, y luego en el Derecho francés, aunque en este caso no existan textos legislativos que las mencionen. En los dos casos no tienen ni la misma fuente ni la misma autoridad. En un caso ha sido precisada por los textos, en el otro, es fruto de una construcción jurisprudencial que se injerta en una práctica administrativa, y que trata de precisar su alcance en aproximaciones sucesivas. Pero en ambos casos corresponden a una idea común.

c) La finalidad de las directivas es la de asegurar la cooperación entre diversos órganos y la coordinación entre diferentes actos. Ello se obtiene, en Francia, por la directiva que un órgano superior da a un órgano subordinado investido del poder de decisión. A este corresponde determinar la solución a adoptar y ninguna orden puede ligarlo totalmente. Orientando su acto por indicaciones generales, la autoridad superior conserva una participación en la adopción de la medida. La solución final aparece como la combinación de los preceptos de una con la determinación de la otra. Al mismo tiempo se asegura una coordinación entre las medidas tomadas. Las directivas permiten confrontar los casos individuales a una misma norma de referencia, reglarlas en función de principios comunes y tratarlas bajo un pie de igualdad. Aseguran así una base común a decisiones dispersas.

d) La directiva puede ser en sí misma un medio de puesta en

⁵²P. Devolvé, *La notion de directive*, en AJ 1974, 459-473.

práctica de una norma superior emitida por un órgano superior o un acto superior. La directiva aparece entonces como un intermediario entre esta regla superior y su ejecución. Pero no se aplica directamente y necesita un intermediario. Busca provocar una solución, pero no la determina por sí misma. Entre ella y su ejecución debe intervenir otro acto, tomado sea por el órgano que lo adoptó sea por otro. De allí deriva su ambigüedad: posee una autoridad, pero ella no es absoluta. No puede ser clasificada ni entre las medidas imperativas ordinarias ni entre las medidas sin efecto. No ordena como otros actos jurídicos, pero no está tampoco desprovista de consecuencias. De allí una cierta inestabilidad y una tendencia a transformarse de normas de orientación en obligaciones.

e) Puesto que la directiva no se aplica sino por intermedio de otras medidas, es un acto indirecto. No provoca por sí misma una transformación en el ordenamiento jurídico. Es necesario otra medida para que su efecto sea completado. Su emisión se encuentra por ello mismo afectada. Como no entra directamente en aplicación, no está sometida a las mismas exigencias que los actos de efecto directo.

f) La directiva aparece como un sucedáneo del poder reglamentario. Constituye un sistema que permite paliar los inconvenientes de la imposibilidad en que se encuentran las autoridades administrativas, en ausencia de textos, de establecer disposiciones generales e impersonales que regulen la adopción de las medidas individuales. Como el dictado de normas de conjunto previas a la adopción de medidas individuales constituye una garantía tanto para la Administración como para los administrados, se reconoce a las autoridades el poder de dictar directivas, sin renunciar a su poder de apreciación, sin limitar el de los órganos inferiores y sin dictar ninguna nueva condición.

g) Los órganos competentes para adoptar la directiva no pueden ser nominativamente designados. Ello no resulta ni de la consideración de la naturaleza del órgano ni de su ubicación en la jerarquía administrativa. La competencia en la materia no se determina sino en razón de la naturaleza del poder ejercido: se trata de asegurar la puesta en práctica de un poder de decisión individual, de encuadrar el ejercicio de un poder discrecional de apreciación. En consecuencia, la directiva puede ser adoptada por toda autoridad administrativa investida del poder de tomar decisiones individuales.

Puede proponerse a sí misma orientaciones generales en función de las cuales decidirá ulteriormente cada una de las medidas que debe adoptar. La autoridad puede limitarse a hacer suyas las proposiciones hechas por otro órgano, pero recién en ese momento ellas adquirirán el carácter de directivas. Este último caso se distingue de la hipótesis en que una autoridad superior dirige directivas a un órgano subordinado. El poder de que dispone el primero le permite encuadrar y orientar la acción del segundo. Hay que distinguir dos hipótesis. Si el superior conserva el poder de tomar las decisiones individuales, al término de un procedimiento en que interviene el órgano inferior, la directiva se asimila a la que una autoridad se dirige a sí misma, ya que los subordinados intervienen en la etapa de la preparación y no de la decisión. La competencia del autor de la directiva se vincula tanto a su poder de tomar una decisión individual como a su poder jerárquico. Cuando el poder de tomar las decisiones individuales pertenece al órgano subordinado, es en tanto que autoridad superior que adopta las directivas. Las autoridades de tutela también podrían adoptar directivas con relación a los órganos descentralizados. Aun en ausencia de textos, puede ser útil que pueda coordinar la acción de esos órganos.

h) El vínculo que une las diferentes hipótesis en las cuales una autoridad puede adoptar una directiva se encuentra en el poder de instrucción. Es este poder el que aparece cuando un órgano se traza a sí mismo una directiva para la adopción de decisiones individuales. Poseyendo un poder de apreciación, posee el de preparar sus medidas, por lo tanto de instruir las. Procediendo a una instrucción previa y general de sus decisiones, debe fijarse una doctrina. Igualmente, una autoridad ubicada en un cierto nivel de la organización administrativa debe encuadrar la acción de las autoridades inferiores. Debe así facilitar, preparar, aclarar la tarea de éstas, es decir instruir la. Es esta función de instrucción la que está en la base del poder de directiva.

i) Cuando las autoridades administrativas no disponen de ningún poder de instrucción, de ningún margen de apreciación, están completamente regladas, en su actuación, no podrían adoptar una directiva puesto que ésta tiene por característica orientar al destinatario sin ligarlo absolutamente. La directiva está destinada a facilitar el ejercicio de un poder discrecional. Las autoridades que disponen del

poder reglamentario pueden, cuando el ejercicio de este poder no es obligatorio, contentarse igualmente con adoptar directivas.

j) Si bien la adopción de directivas parece ajustarse a mecanismos informales, pueden establecerse ciertos principios. Dado su vinculación con las decisiones individuales que enmarcan, deberían estar sujetas a las mismas formalidades requeridas para ellas. Así deberían seguir el mismo procedimiento que es necesario observar para dictar el acto (Por ej.: intervención de órganos consultivos).

k) Igualmente los motivos, el objeto, el contenido y el fin de las directivas no pueden escapar a toda norma. No deben ser contrarias a ninguna regla de derecho ni contrarias o inadaptadas a los fines en vista de los cuales fueron otorgados los poderes que se trata de ejercer. Las directivas no pueden imponer a sus destinatarios una prescripción absoluta (lo que sería la negación misma de la noción de directiva). Deben respetar el objeto, el contenido, los motivos y los fines que los textos establecen para el ejercicio de los poderes cuyo ejercicio encuadran.

l) Puesto que las directivas no tienen consecuencias directas sobre los administrados, no pudiendo normalmente, ni beneficiarlos ni perjudicarlos, no tienen por qué ser llevadas a su conocimiento. No existe obligación de publicarlas. Esta conclusión que es la del Consejo de Estado, no responde a las necesidades de información de los administrados.

m) Es por sus modalidades de ejecución que la directiva aparece como un acto indirecto. Esta característica determinaba ya las modalidades de su emisión. Cuando se cumplen, sus efectos no se producen automáticamente, aun cuando esté destinada a provocarlos. De allí su originalidad: está destinada a provocar resultados, pero ellos no son obtenidos sino por la adopción de otras medidas. No son susceptibles ni de crear derechos a favor de los interesados ni de imponerles obligaciones. No pueden ser asimilados a decisiones ejecutorias, cuya característica es precisamente la de modificar el ordenamiento jurídico y especialmente a los reglamentos, que lo hacen de manera general e impersonal. Para que sea modificada la situación de los interesados se necesita un acto suplementario.

n) La directiva no produce efectos sino como consecuencia de la adopción de las medidas que la aplican. Sólo estas últimas tienen consecuencias sobre el ordenamiento jurídico, creando derechos y obligaciones a favor o en contra de los particulares. Ello no significa

que no tenga autoridad sobre esos actos, ya que condiciona en amplia medida su contenido. Pero a la inversa, estos mismos actos condicionan la ejecución de la directiva. Así se establece una doble relación entre la directiva y las medidas complementarias: la primera determina la segunda, las segundas cumplen la primera. Todas contribuyen a la realización de un mismo efecto. Cada una constituye una parte de un mismo procedimiento, un elemento de un mismo sistema. Los órganos que intervienen son exclusivamente administrativos, puede ser el mismo que dictó la directiva, sus subordinados o los órganos bajo tutela. Las medidas de aplicación son administrativas y normalmente se trata de decisiones individuales. Pero no puede excluirse que la directiva sea ejecutada por un acto reglamentario, cuando el órgano de aplicación sea una autoridad investida de este poder.

ñ) La directiva es un acto intermedio en lo que respecta a su alcance o a su autoridad. Ello deriva de que la directiva no puede ser clasificada entre las categorías bien establecidas cuyas exigencias pueden ser determinadas con precisión. Se sitúa entre dos clases de actos. No constituye una categoría homogénea. Su naturaleza híbrida puede hacerla evolucionar hacia una u otra de las medidas de la cual es intermediaria. La directiva se sitúa entre la decisión ejecutoria y la simple instrucción de servicio. No ordena imperativamente, pero debe ser normalmente respetada. No liga al destinatario, pero no le deja toda su latitud.

o) Si bien la directiva no posee por sí misma efecto directo y no puede crear derechos y obligaciones, sino por intermedio de actos de ejecución, no es menos cierto que esos actos de ejecución deben conformarse normalmente a ella. La autoridad de la directiva no se manifiesta con relación a los administrados, que no son afectados por ella, sino con relación a los órganos que están encargados de ponerla en ejecución. Produce sobre éstos ciertas consecuencias. Los órganos de ejecución conservan su parte de iniciativa y su rol propio, pero la directiva encuadra su comportamiento, determinando en una amplia medida sus decisiones. Mientras que la directiva a nivel de las comunidades europeas tiene carácter imperativo, la directiva francesa es indicativa. Son adoptadas para ser aplicadas, contienen indicaciones en las que conviene inspirarse, dirigen la acción del destinatario, deben ser seguidas por éste. La directiva puede ser derogada, cuando las circunstancias particulares lo exijan.

En ausencia de tales circunstancias debe ser aplicada. La directiva puede indicar a su destinatario no sólo los objetivos a lograr, sino también los medios de realizarlos.

p) Las decisiones adoptadas en el marco de la directiva están sometidas al control jurisdiccional. Deben ajustarse al conjunto de las normas que integran la legalidad. Deben ajustarse también a la directiva, salvo que circunstancias particulares justifiquen una solución distinta, lo que implica no sólo un examen de estas particularidades cuando han sido aceptadas, sino una confrontación de las medidas adoptadas con la directiva. Ello importa admitir al menos implícitamente que ella determina una parte de la legalidad de las decisiones de ejecución. Además el juez examina la legalidad de la directiva misma. Determina si bajo apariencia de directiva no se ha dictado otro acto, por ejemplo un reglamento. Examina también si conservando su carácter de directiva, se ajusta a la legalidad. Así, al controlar las medidas individuales, el juez aprecia la regularidad de las directivas en tanto tales. Por el contrario, el control directo de la directiva, en las circunstancias actuales parece excluido. Su naturaleza misma lo impide. No alterando la situación jurídica de los interesados, no provocando perjuicios, no pueden ser objeto de un recurso por exceso de poder.

q) En tanto que la directiva europea deja la elección de la forma y de los medios, la directiva francesa deja la elección del resultado. La libertad de apreciación del destinatario de la directiva encuentra límites. En primer lugar, debido a la naturaleza de la decisión a tomar: se trata normalmente de medidas individuales, aunque pueden ser reglamentarias. En uno y otro caso, la forma y los medios de aplicación de la directiva son obligatorios, no en razón de la directiva misma, sino en función de los poderes que, por ser atribuidos al destinatario, le asignan sus modalidades de ejercicio. Ellos le imponen proceder al examen particular de cada asunto. A este respecto, su libertad de apreciación es al mismo tiempo una obligación, la autoridad no puede omitir el examen de estas circunstancias. La facultad de separarse de la directiva no puede ser utilizada sino cuando razones especiales lo justifican. Así se reintroduce el control del juez sobre las derogaciones y rechazos y

más generalmente sobre todas las medidas que derivan del poder discrecional de la Administración. Si la Administración no deja de aplicar la directiva, pese a existir razones particulares para hacerlo, corresponde a los particulares demostrarlo.

Abreviaturas usadas: AJ Actualité Juridique; CE Conseil d'Etat; D Recueil Dalloz; EDCE Etudes et Documents du Conseil d'Etat; JCP Jurisclasseur Périodique (La semaine juridique); L Recueil des arrêts du CE (dit Lebon); RDP Revue de droit public; RDS Recueil Dalloz-Sirey; RPDA Revue pratique de droit administratif; RICA Revue Internationale des Sciences Administratives; S Recueil Sirey.

