

LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

POR

LUIS M.^a Díez-PICAZO

*Al profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO,
con mi agradecimiento.*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. EL FUNDAMENTO DEL CARÁCTER VINCULANTE DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO: 1. *El valor de los principios generales del Derecho.* 2. *El principio de igualdad ante la ley.* 3. *Los principios de seguridad jurídica y buena fe.* 4. *Los principios de interdicción de la arbitrariedad y de buena administración.* 5. *Los falsos fundamentos: la doctrina de los actos propios, la equidad y la analogía.* 6. *Doctrina jurisprudencial.*—II. REQUISITOS DEL CARÁCTER VINCULANTE DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO: 1. *Identidad subjetiva.* 2. *Identidad objetiva.* 3. *El interés público como requisito negativo.* 4. *La ilegalidad del precedente como requisito negativo.* 5. *Doctrina jurisprudencial.*—III. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN RELACIÓN CON LAS DIVERSAS FORMAS DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN: 1. *Precedente administrativo y discrecionalidad de la Administración.* 2. *Aplicación de la doctrina del precedente administrativo a las actuaciones favorables y a las actuaciones de gravamen.* 3. *El precedente y las distintas formas de actuación administrativa.* 4. *El problema del consiguiente.* 5. *Doctrina jurisprudencial.*—IV. LAS CONSECUENCIAS DE LA CONTRAVENCIÓN DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO VINCULANTE: 1. *La doctrina del precedente administrativo como modo de fundar una pretensión.* 2. *El precedente administrativo y la anulación.* 3. *El precedente y la responsabilidad administrativa.* 4. *Doctrina jurisprudencial.*—V. CONFIGURACIÓN DE LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO: 1. *La doctrina del precedente como técnica de control de la discrecionalidad de la Administración.* 2. *El precedente administrativo y la costumbre.* 3. *El encuadramiento sistemático del precedente administrativo.*—APÉNDICE.

INTRODUCCION

Suele entenderse por precedente «el supuesto ya resuelto anteriormente en un caso similar» (1). Conviene añadir que, para que el precedente goce de relevancia jurídica, debe tener una cierta, aunque no siempre bien delimitada, fuerza vinculante. El precedente administrativo es, por tanto, aquella actuación pasada de la Administración que, de algún modo, condiciona sus actuaciones presentes exigiéndoles un contenido similar para casos similares.

(1) VILLAR PALASÍ, José Luis: *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, 1968, página 526.

El tema del precedente administrativo ha despertado poco interés teórico, como lo demuestra su escaso tratamiento doctrinal (2). Pero es una cuestión con trascendencia práctica. Basta pensar en la generalizadísima tendencia administrativa a no sentar determinados precedentes, o en el profundo malestar de aquellos que se sienten comparativamente agraviados por la Administración. Ello significa que existe una conciencia bastante extendida de que los precedentes vinculan y de que, por eso, no conviene prodigar algunos. Ello explica también el que en bastantes litigios contra la Administración se alegue la desviación del precedente.

Mi propósito es mostrar cómo el precedente administrativo es una institución jurídica unitaria y tecnificable, cuyo sentido es algo distinto del que habitualmente se le atribuye. Para ello es necesario:

a) Justificar por qué, en determinadas circunstancias, la Administración está sujeta a sus propios precedentes.

b) Señalar cuáles son esas circunstancias, o requisitos, que hacen vinculante el precedente administrativo.

c) Determinar qué actuaciones administrativas son susceptibles de constituir precedentes en sentido estricto y, por consiguiente, a qué actuaciones pueden vincular.

d) Establecer cuáles son las consecuencias de la desviación del precedente.

Sólo después será posible hacer un intento de reconstrucción del significado jurídico del precedente administrativo.

Por otra parte, existe actualmente una doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo en materia de precedente administrativo, que sigue unas directrices claras y progresivas. Será analizada al tratar de cada uno de los problemas en cuestión. Sin perjuicio de citar alguna sentencia más antigua, he acotado, como período significativo, el comprendido entre los años 1976 y 1980, con la pretensión de recoger todas las sentencias que en dicho periodo hacen referencia al precedente administrativo.

(2) La única monografía sobre el tema existente en España, y a la que se hace frecuente alusión en este trabajo, es la de ORTIZ DÍAZ, José: *El precedente administrativo*, número 24 de esta REVISTA. En todo caso, ORTIZ pretende en su artículo no tanto hacer una construcción global del precedente administrativo como justificar su carácter vinculante.

I. FUNDAMENTO DEL CARÁCTER VINCULANTE DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

1. *El valor de los principios generales del Derecho*

La mayor parte de la doctrina española moderna opina que el fundamento del carácter vinculante del precedente administrativo radica en el principio de igualdad ante la ley (3). Asimismo, es posible señalar otros fundamentos complementarios del principio de igualdad: la seguridad jurídica, la buena fe, la interdicción de la arbitrariedad.

Se puede observar que todos los fundamentos aducidos son principios generales del Derecho. Se plantea, por ello, una cuestión previa: ¿pueden los principios generales del Derecho vincular directamente la actuación de la Administración pública? Parece que sí.

En primer lugar, algunos de los principios señalados están expresamente recogidos y garantizados en la Constitución. La igualdad ante la ley, en el artículo 14; la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, en el artículo 9.º, 3. En estos casos es la propia Constitución la que dota de valor vinculante a estos principios, en virtud del artículo 9.º, 3: «los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» (4). Se trata de principios directamente aplicables, habida cuenta de su colocación sistemática en el texto constitucional y del valor inequívocamente normativo de este último (5).

En segundo lugar, todos los principios generales del Derecho, y

(3) Véanse los comentarios a la jurisprudencia contencioso-administrativa de BALLBÉ, Manuel, en la «RGLJ», número 180, 1946, pp. 204 y 205; 432 y 434; ENTRENA CUESTA, Rafael: *Curso de Derecho administrativo*. Madrid, 1980, pp. 111 a 113; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, Madrid, 1980, pp. 61 y 62; GARCÍA-TREVIJANO, José Antonio: *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, Madrid, 1968, pp. 309 y 310; GARRIDO FALLA, Fernando: «Las fuentes no escritas del Derecho administrativo» (hoy incorporado a su *Tratado*). «REVL», número 47; ORTIZ DÍAZ, José: *Op. cit.*; VILLAR PALASÍ, José Luis: *Op. cit.*, pp. 524 a 529; ZORNOZA, Juan: *Precedentes y prácticas administrativas en materia tributaria: una nota*. «HPE», número 63, 1980.

(4) A mayor abundamiento, al principio de igualdad ante la ley, básico en esta materia, le es aplicable, dada la colocación sistemática del artículo 14 de la Constitución, lo establecido en el artículo 53, 1, del mismo texto: «Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos.»

(5) Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: «La Constitución como norma jurídica» (hoy recogido en su *Curso*, vol. I, pp. 80 y ss.).

no sólo los que están expresamente constitucionalizados, tienen un «carácter informador del ordenamiento jurídico» (art. 1.º, 4, CC) y constituyen los criterios básicos de interpretación y aplicación del mismo. De ahí su valor vinculante.

La importancia de los principios generales es aún mayor en el campo del Derecho administrativo. Las especiales características históricas y estructurales de esta rama del ordenamiento hacen que una adecuada utilización de los principios generales sea imprescindible para controlar la discrecionalidad de la Administración. Sin principios generales no es posible actualmente un Derecho administrativo que ofrezca unas mínimas garantías al administrado (6).

Esta visión de la importancia de los principios generales en el Derecho administrativo se encuentra hoy consagrada en el artículo 103, 1, de la Constitución, el cual ordena el «sometimiento pleno» de la Administración pública «a la ley y al derecho». Creo que esta referencia a la sujeción al Derecho como algo más amplio que la mera sujeción a la ley solamente puede entenderse en el sentido expuesto (7).

2. *El principio de la igualdad ante la ley*

Es opinión general, como he indicado anteriormente, que el fundamento básico del carácter vinculante del precedente administrativo es el principio de igualdad ante la ley (8). Este se encuentra hoy garantizado en el artículo 14 de la Constitución.

El principio de igualdad jurídica, de inequívoco origen *iusnaturalista*, fue establecido por las revoluciones liberales, para las que era uno de sus objetivos fundamentales. Es significativo, por ejemplo, que esté recogido en el artículo 1.º de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789.

Pero esta igualdad formal implantada por los liberales no fue, en un primer momento, una igualdad real, ni siquiera en el plano jurídico (9). Para los revolucionarios franceses que consagraron este

(6) Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Op. cit.*, vol. I, pp. 67 a 73 y 400 a 405

(7) Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Constitución...*

(8) Véase nota (3).

(9) Véase PALADÍN, Livio: *Il principio costituzionale d'eguaglianza*. Milán, 1965, pp. 17 a 28.

principio, la igualdad significaba que todos los hombres tuvieran la misma capacidad jurídica; es decir, significaba la abolición de un sistema jurídico estamental basado en estatutos privilegiados. Ahora bien, esa idéntica capacidad jurídica implicaba sólo una potencial igualdad de titularidad de derechos, por lo cual las discriminaciones concretas en el régimen jurídico de esos derechos no violaba el principio de igualdad (10).

En resumen, el principio de igualdad no significaba igualdad de derechos, sino igualdad de la ley. La ley es la misma para todos los ciudadanos. Por ello, en la mentalidad revolucionaria, toda auténtica ley debe ser general y abstracta.

Con independencia de que la evolución posterior del constitucionalismo se haya esforzado por el logro de una mayor igualdad jurídica, ha subsistido la idea de que, al menos en línea de principio, la ley debe ser general y abstracta; esto es, debe ser igual para todos (11). De este modo, las leyes desiguales, cuando no son inconstitucionales, son consideradas como Derecho excepcional y, en consecuencia, han de ser interpretadas restrictivamente.

Ahora bien, para que exista la igualdad jurídica no basta con que la ley sea igual para todos, sino que es inexcusable que a todos les sea aplicada del mismo modo. El principio de igualdad ante la ley tiene que operar tanto en la fase de creación de la norma como en la de su aplicación (12). Este principio, que en virtud de los artículos 9.º y 53 de la Constitución, vincula a todos los poderes públicos, en la fase de aplicación del Derecho vincula muy especialmente a la Administración pública. Esta es una organización subalterna inserta en el poder ejecutivo (13) y no puede aplicar de modo desigual en dos supuestos similares las potestades, exorbitantes del Derecho común, que le confiere el ordenamiento jurídico.

(10) Esto es lo que sucedía, por ejemplo, con el sistema de sufragio censitario. A diferencia del sufragio universal, no todos los ciudadanos tenían derecho de voto, sino sólo los que poseían una determinada renta. Pero no constituía una contravención del principio de igualdad, porque teóricamente todos los ciudadanos podían llegar a tener la renta exigida y, en consecuencia, derecho de voto.

(11) De ahí la clásica distinción entre ley en sentido formal y ley en sentido material. Véase Díez-Picazo, Luis, y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Madrid, 1975, p. 116.

(12) Véase LLORÉNS, E. L.: *La igualdad ante la ley*. Murcia, 1934, pp. 37 y 54.

(13) Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Curso...*, vol. I, cap. I; VEDEL, Georges: *Droit Administratif*. Paris, 1976, capítulo I: «Les bases constitutionnelles du Droit Administratif».

Huelga advertir que todo lo expuesto acerca del principio de igualdad ante la ley no se refiere sólo a la ley en sentido formal, sino a todas las demás normas jurídicas. Se impone en este punto el argumento *a fortiori*: si este principio se predica de la ley, que, después de la Constitución, es la «norma superior e irresistible» (14) dentro del ordenamiento jurídico, con más razón habrá de predicarse de las normas de rango inferior.

3. Los principios de seguridad jurídica y buena fe

Creo, sin embargo, que el principio de igualdad no justifica el carácter vinculante del precedente administrativo en todos los casos.

Por una parte, nos encontramos con aquellos supuestos en que una persona es tratada por la Administración de un modo desigual, no con respecto a como lo hizo con otro administrado, sino con respecto a como lo hizo con ella misma en una situación similar anterior (15). Parece que es éste un caso en el que no está justificado el trato desigual. Pero es difícil afirmarlo basándose exclusivamente en el principio de igualdad de todos los *ciudadanos* (16) ante la ley, a menos que aceptemos la ficción de considerar que un mismo administrado no es la misma persona en dos relaciones jurídicas similares separadas en el tiempo.

Por otra parte, están aquellos casos en que las víctimas del trato desigual de la Administración son personas jurídicas o extranjeros. Aquí tampoco es aplicable, en rigor, el principio de igualdad, ya que el artículo 14 de la Constitución lo refiere sólo a los *españoles*. Está claro que no lo refiere a los extranjeros, aunque se podría extender a ellos, con matices (17), en virtud del artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 14 del Convenio de Roma y el artículo 13 de la Constitución. Tampoco lo refiere a las personas ju-

(14) La expresión es de GARCÍA DE ENTERRÍA en *Curso...* vol. I, p. 121.

(15) Así, por ejemplo, en el caso práctico sobre el precedente administrativo en MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián: *Casos prácticos de Derecho administrativo*. Valladolid.

Se trata de un administrado que, verano tras verano, venía obteniendo una licencia municipal para instalar un quiosco en la playa, hasta que un año, sin justificación alguna, le es denegada dicha licencia.

(16) Dado el origen *ius naturalista* del constitucionalismo occidental, parece que la finalidad del principio de igualdad es evitar las discriminaciones entre los hombres por nacimiento, raza, etc.

(17) Véase PÉREZ VERA, Elisa: *Derecho internacional privado. Parte especial*. Madrid, 1980, pp. 124 y ss.

ridicas, aunque ostenten la nacionalidad española, porque el artículo 14 de la Constitución garantiza un derecho fundamental, cuyo único posible titular es la persona física (18).

Para justificar que el precedente también vincula a la Administración en estas hipótesis, hay que acudir a los principios de seguridad jurídica y buena fe. Con sus actuaciones precedentes, la Administración crea una apariencia jurídica y suscita una confianza en los administrados que no puede violar impunemente.

Además, los principios de seguridad jurídica y buena fe también fundamentan, como complemento del principio de igualdad, el carácter vinculante del precedente administrativo fuera de los dos supuestos arriba mencionados.

A) La seguridad jurídica se halla entre los grandes principios que el artículo 9.º de la Constitución garantiza especialmente. Conviene distinguir dos aspectos de la seguridad jurídica (19). Por un lado, ésta debe poder ser predicada del *complejo normativo*. La seguridad jurídica es, en este sentido, la cognoscibilidad del significado y alcance de las normas. Por otro lado, la seguridad jurídica debe poder ser referida al *funcionamiento del complejo normativo*. Significa, en este segundo sentido, la previsibilidad de que los poderes públicos, en un caso concreto, actuarán o dejarán de hacerlo y de que, si actúan, lo harán de una manera determinada y no de otra.

Es este segundo aspecto el que ahora interesa sobremanera. El principio de seguridad jurídica, que en virtud del artículo 9.º de la Constitución vincula a todos los poderes públicos, obliga muy especialmente a la Administración. Esta no goza de los mismos grados de libertad que los poderes legislativo y judicial, al tratarse de una persona jurídica, de una organización subalterna, que debe actuar *con sometimiento pleno al Derecho*. Creo que la Administración conculca el principio de seguridad jurídica cuando, sin una causa justificada, no actúa del mismo modo en dos casos similares.

(18) Véase nota 16. Quizá la garantía de los derechos fundamentales sea extensible a ciertos grupos sociales, a través de los cuales se desarrolla la personalidad humana (asociaciones religiosas, culturales, etc.), pero no indiscriminadamente a todas las personas jurídicas. Así permite pensarlo el artículo 9.º, 21, de la Constitución, cuando habla de la *libertad e igualdad de los grupos en que se integra el individuo*. Véase, en este sentido, RESCIGNO, Giuseppe Ugo: *Corso di Diritto Pubblico*. Bolonia, 1980, pp. 607 a 609.

(19) Véase LONGO, Mario: Voz «Certeza del Diritto», en *Novissimo Digesto Italiano*.

B) El principio de buena fe, positivizado en el artículo 7.º CC, es, sin lugar a dudas, aplicable al Derecho administrativo, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (20).

La buena fe es un principio general del Derecho en su *sentido ético*, esto es, en cuanto que es obligatorio en el tráfico jurídico mantener un comportamiento leal (21). Se infringe el principio de buena fe cuando se utiliza una facultad con una finalidad distinta de aquélla para la que fue creada por el ordenamiento jurídico; o cuando se utiliza de un modo desleal, según la conciencia social y lo que es usual en el tráfico jurídico. En definitiva, el principio de buena fe se basa en la legítima expectativa de que deben producirse en cada caso las consecuencias usuales, las que se han producido en casos similares. Esta legítima expectativa es defraudada cuando la Administración, sin motivo, se aparta de sus precedentes.

4. *Los principios de interdicción de la arbitrariedad y de buena administración*

Existe otro aspecto de esta cuestión que es preciso analizar. Los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe son complementarios y están interrelacionados a la hora de enjuiciar las relaciones entre la Administración y los administrados. Ello se observa muy claramente si se aborda el problema, no desde el punto de vista de los intereses de los administrados, como hasta ahora, sino desde el punto de vista de la Administración.

Incluso haciendo abstracción de las lesiones que puede producir a los administrados por su comportamiento desigual, creo que a la Administración le es jurídicamente exigible cierta coherencia en sus actuaciones; coherencia que ha de derivar de los criterios uniformes con que debe utilizar las potestades que el ordenamiento le confiere. Un comportamiento injustificadamente desigual es incompatible con esa coherencia y constituye, por el contrario, una arbitrariedad.

(20) Véase SAINZ MORENO, Fernando: *La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados*, número 89 de esta REVISTA.

(21) La buena fe no es un principio general del Derecho en su *sentido psicológico*, es decir, en cuanto desconocimiento de determinados hechos; en este sentido, por ejemplo, se habla de buena fe en materia de posesión. Véase BATLLE VÍZQUEZ, Manuel: Comentario al artículo 7.º, 1, C. c., en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, vol. I, Madrid, 1978, pp. 118 a 119; MONTÉS, Vicente: Comentario al artículo 7.º, 1, C. c., en *Comentarios a las reformas del Código civil*, vol. I, Madrid, pp. 356 a 371.

El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, garantizado por el artículo 9.º de la Constitución, es, en definitiva, la otra cara de los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe. Trata de proteger los mismos valores, pero desde el punto de vista de los poderes públicos, prohibiéndoles conductas desiguales y desleales (22). Este hecho ha sido finamente advertido por el Consejo de Estado francés, para cuya jurisprudencia el principio de igualdad se traduce en la práctica en el principio de no discriminación y no arbitrariedad (23).

Por otra parte, esa coherencia administrativa, compuesta fundamentalmente de objetividad y criterios uniformes, es indispensable para cumplir lo que puede llamarse principio de buena administración (24). Este puede hacerse derivar de una interpretación sistemática y finalista del artículo 103 de la Constitución, dado que la Administración debe servir con «objetividad», «eficacia» y «coordinación» los intereses generales. Todo ello es imposible si no actúa con criterios uniformes.

Lo que quiero resaltar, en definitiva, es que el comportamiento uniforme y leal de la Administración es imprescindible no sólo para garantizar los derechos e intereses de los administrados, sino para lograr el buen funcionamiento de aquélla y su adecuado servicio al interés público.

5. *Los falsos fundamentos: la doctrina de los actos propios, la equidad y la analogía*

Es conveniente aclarar que el carácter vinculante del precedente administrativo no se fundamenta en estos institutos jurídicos, porque existe el peligro, en el que alguna vez se ha caído, de creerlo así. Este peligro quizá proceda de que esos institutos, por un lado, y el precedente administrativo, por otro, son técnicas jurídicas distintas que, en alguna medida, proceden de unos mismos principios. Pero cada técnica resuelve ciertos problemas, sólo es aplicable a determinados supuestos y no es intercambiable con las demás.

(22) Véase ZORNOZA, Juan: *Op. cit.*, p. 255.

(23) Véase VEDEL, Georges: *Op. cit.*, p. 280.

(24) El principio de buen funcionamiento de la Administración ha sido más tratado en la doctrina extranjera. Por ejemplo, véase DEMICHEL, André: *Le Droit Administratif. Essai de réflexion théorique*, París, 1978; SANDULLI, Aldo M.: *Manuale di Diritto Amministrativo*, Nápoles, 1982, pp. 516 y ss.

A) La doctrina de los actos propios está basada en la buena fe, en la protección que el ordenamiento dispensa a la confianza en la apariencia; lo cual, como se ha visto, es uno de los fundamentos de la obligatoriedad de seguir el precedente.

Sin embargo, la doctrina de los actos propios *en concreto*, esto es, independientemente de su fundamento, no es aplicable al problema que ahora nos ocupa. Se trata de una técnica que opera dentro de una misma relación jurídica (25). Constituye un límite impuesto por la buena fe al ejercicio de una potestad, desde el momento en que el titular de ésta, con su conducta, ha suscitado en la otra parte de la relación jurídica la confianza razonable de que no ejercitará dicha facultad o de que la ejercitará de otro modo.

Por el contrario, cuando hablamos del precedente administrativo, aludimos por definición a relaciones jurídicas distintas. Es evidente que nos referimos a lo que sucedió en un caso anterior, en una relación jurídica *precedente*. Además, a diferencia de lo que sucede en materia de actos propios, quien alega el precedente no suele ser la misma persona con respecto a la cual dicho precedente se produjo; es más, como se ha visto, si es la misma persona, se plantea un problema de aplicación del principio de igualdad.

B) La equidad, recogida en el artículo 3.º CC, está emparentada etimológicamente con la igualdad, que es el fundamento principal del carácter vinculante del precedente administrativo. Pero la equidad no regula por sí misma las relaciones jurídicas, sino que simplemente dulcifica el posible rigor de los efectos de las normas, mediante una ponderación de los principios generales del Derecho y de los sentimientos de justicia material con respecto al caso concreto (26).

C) La analogía, regulada en el artículo 4.º CC, encuentra su fundamento último en el viejo brocado *ubi est eadem ratio, ibi est eadem dispositio*; es decir, el Derecho debe dar la misma solución en todos los casos en que se plantee un problema similar. No se trata más que de una consecuencia lógica de la coherencia que se predica como característica del ordenamiento jurídico.

(25) Véase Díez-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio: *Op. cit.*, vol. I, pp. 466 y 467.

(26) Véase Díez-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio: *Op. cit.*, vol. I, pp. 216 y 217.

No obstante, la analogía es inaplicable al tema que nos ocupa (27), porque es una técnica de integración de las lagunas del ordenamiento. Cuando hablamos de que se conculca un precedente, hacemos referencia a una actuación administrativa diferente de otra anterior recaída en un caso similar. Pero con respecto a ninguna de las dos actuaciones administrativas existe una laguna del ordenamiento, susceptible de ser integrada mediante la analogía, so pena de que constituyan una vía de hecho. Toda actuación administrativa debe estar basada previamente en una potestad; para actuar legítimamente, la Administración pública necesita una previa habilitación del ordenamiento (28).

6. *Doctrina jurisprudencial*

La jurisprudencia antigua, con algunos epígonos más recientes, tiende a negar el carácter vinculante del precedente administrativo; en este sentido se manifiestan, por ejemplo las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1914 («Colección Legislativa» número 143, de 6 de mayo de 1943 (Ar. 593) y de 17 de mayo de 1965 (Ar. 2455)). La mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 1914 dice al respecto: «el acuerdo recaído en un expediente no obliga a la Administración a resolver las reclamaciones posteriores que ante la misma se promuevan en otros expedientes sobre casos análogos, en el mismo sentido en que lo hizo la primera.» En otros casos, el Tribunal Supremo sostiene que, al ser la finalidad del recurso contencioso-administrativo la revisión de un acto concreto, no cabe la comparación con actos de los que no conoció la jurisdicción; así, la citada sentencia del Tribunal Supremo de 1965, que no distingue entre precedente administrativo y precedente judicial.

La jurisprudencia reciente, sin embargo, mantiene constantemente el carácter vinculante del precedente administrativo, incluso en aquellos casos en que desestima un recurso fundado en el mismo. Esta es la posición de todas las sentencias del Tribunal Supremo desde 1976. Asimismo, todas ellas basan dicho carácter vinculante en el principio de igualdad ante la ley; sólo la sentencia del Tribunal

(27) Véase ORTIZ DÍAZ, José: *Op. cit.*, pp. 92 y ss.

(28) Como se verá más adelante al hablar del precedente ilegal, si se alega, en virtud de la analogía, una actuación administrativa precedente no habilitada por una potestad, se está alegando como precedente una vía de hecho, un precedente ilegal.

Supremo de 4 de febrero de 1977 (Ar. 893) lo hace en el principio de seguridad jurídica.

La mayor parte de las sentencias del Tribunal Supremo tienden a aplicar directamente el principio de igualdad, por tener un carácter básico o *constitucional*; citan, en este sentido, el artículo 3.º del derogado Fuero de los Españoles y el artículo 2.º RSCL. Sólo la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1979 (Ar. 4447) cita el artículo 14 de la Constitución. La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1979 (Ar. 2385) señala la fuerza directamente normativa de los principios generales, haciendo referencia a la exposición de motivos de la LJCA («lo jurídico... se extiende a los principios y a la normatividad inherente a la naturaleza de las instituciones»).

Por lo que se refiere a los *falsos fundamentos* del carácter vinculante del precedente, tan sólo la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1979 (Ar. 4066) parece confundir el principio de igualdad con la equidad. Por otra parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1979 (Ar. 1762) constituye un buen ejemplo de una correcta aplicación de la doctrina de los actos propios, ya que todo el problema se desenvuelve en una misma relación jurídica.

II. REQUISITOS DEL CARÁCTER VINCULANTE DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

¿Cuándo está la Administración pública sujeta a sus precedentes? ORTIZ DÍAZ ha señalado como requisitos para que el precedente administrativo tenga carácter vinculante la identidad del sujeto administrativo y de las circunstancias. Observa, asimismo, que el interés público es un límite de aplicación de la doctrina del precedente administrativo (29).

Conviene desarrollar esta importante cuestión añadiendo un nuevo límite de aplicación (o requisito negativo) de la doctrina del precedente firmemente establecido por la jurisprudencia: la ilegalidad de la actuación constitutiva de precedente (30).

(29) Véase ORTIZ DÍAZ, José: *Op. cit.*, pp. 99 y ss. El autor deja el tema de los requisitos simplemente apuntado.

(30) Conviene observar que sólo el precedente vinculante es un auténtico precedente, por lo que, para depurar la terminología, sería mejor reservarle a él únicamente esta denominación.

1. *Identidad subjetiva*

A) Para poder considerar vinculante al precedente administrativo, es necesario que tanto la actuación constitutiva de precedente como aquélla con respecto a la cual dicho precedente se alega procedan de la misma Administración pública. No contraviene ningún principio general del Derecho quien no actúa del mismo modo en que lo hizo otro sujeto.

Conviene recordar en este punto que la Administración del Estado tiene personalidad jurídica única (art. 1.º LRJAE). Por ello, todos sus órganos deben actuar coordinadamente y no podrá aducirse que falta identidad subjetiva, cuando a un órgano se le alega como precedente una actuación de otro órgano que también pertenece a la Administración del Estado (31).

Este requisito de la identidad del sujeto administrativo no plantea ningún problema con respecto a cada una de las demás Administraciones de base territorial (32), en especial si tenemos en cuenta que su autonomía está garantizada por la Constitución. Está claro, por ejemplo, que no podrá alegarse como precedente frente a un municipio una actuación de otro municipio.

El mismo criterio debe aplicarse, en principio, a las Administraciones de base no territorial, ya que gozan de personalidad jurídica propia. Sin embargo, creo que puede haber excepciones a este criterio en el caso de los entes de la Administración institucional. Se trata de entes *instrumentales* que tienen, en virtud de una descentralización impropia o por servicios, competencias originariamente pertenecientes a la Administración de base territorial que los creó.

El problema que se puede suscitar es el siguiente: ¿puede alegarse como precedente, frente al ente institucional, una actuación de control sobre el mismo proveniente de la Administración de base territorial que ejerce la tutela? Creo que sí, siempre que se cumplan los demás requisitos de aplicabilidad de la doctrina del precedente. En este supuesto no hay que hacer demasiado hincapié en el requisito de la identidad subjetiva, a causa de la limitación de la capacidad

(31) En este caso, puede faltar la identidad objetiva, pero se trata de un problema diferente, como se verá más adelante.

(32) La obligación de ceñirse al principio de igualdad está expresamente establecida para las Administraciones locales en el artículo 2.º, RSCL.

de los entes institucionales que deriva precisamente de su carácter instrumental (33).

Otro caso en el que creo que puede prescindirse del requisito de la identidad del sujeto administrativo es el de transferencia de competencias de una Administración a otra. Así lo exige, como en el supuesto anterior, la mejor garantía de los administrados. Pienso, además, que la sucesión en el ejercicio de una competencia implica la sucesión en las cargas que dicho ejercicio comporta. Entre esas cargas está la de no defraudar las legítimas expectativas de los administrados (34).

El problema de la transferencia de competencias, o incluso de existencia de competencias concurrentes, es especialmente importante en la actualidad a causa del proceso de formación de las Comunidades Autónomas. El único inconveniente para aplicar la doctrina del precedente en este supuesto es que la fijación, siempre política, del interés público al respecto ha podido cambiar al asumir las competencias la Comunidad Autónoma (35).

B) Es evidente que el requisito de la identidad subjetiva no se predica del sujeto pasivo. Es más, ya hemos visto cómo pueden surgir problemas para aplicar la doctrina del precedente, si el administrado es el mismo en ambas relaciones jurídicas.

Por otra parte, quien alega el precedente no tiene por qué ser siempre un administrado, aunque esto último sea lo más normal. Puede ser otra Administración pública; por ejemplo, un municipio al que la Administración del Estado niega una ayuda que ha dado a otros municipios en casos similares.

2. *Identidad objetiva*

Cuando se afirma que, para poder aplicar la doctrina del precedente, debe existir una *identidad objetiva* entre dos actuaciones de la

(33) El problema inverso, esto es, el de si existe identidad subjetiva con respecto a las actuaciones de la Administración territorial en la materia, anteriores a la creación del ente institucional, creo que es sustancialmente el mismo que se plantea en los casos de sucesión de competencias, que se analiza a continuación.

(34) Así lo exige la continuidad de los servicios públicos.

(35) El problema del cambio de criterio (político) sobre el interés público se examinará más adelante.

Administración, se quiere decir que los elementos objetivos de ambas actuaciones han de ser similares. Estos elementos son el objeto en sentido estricto, la causa y la forma; pero, a los efectos que nos ocupan, no todos merecen la misma valoración.

A) Para poder apreciar que ha habido un trato injustificadamente desigual por parte de la Administración, hace falta que el objeto de ambas actuaciones administrativas, es decir, la declaración de voluntad, de conocimiento, etc., y su contenido, sea parecido. Evidentemente no es comparable, por ejemplo, una autorización con una sanción.

Pero este requisito no debe ser interpretado de modo que lo que se tenga en cuenta sea exclusivamente el objeto *formal* de la actuación administrativa. Dada la *intercambiabilidad de las técnicas administrativas*, la Administración puede en determinados casos lograr una misma finalidad mediante diferentes tipos de actuaciones. Piénsese, por ejemplo, en la diversidad de técnicas de fomento de que puede servirse la Administración.

B) Por la misma razón, hay que relativizar también la importancia del elemento formal. Si la forma sirve para dar a conocer una actuación y garantizar los intereses de los administrados, debe rasgarse el velo formal cuando no cumpla esas finalidades. Es más, un cambio en la forma puede ser, a veces, un modo de encubrir una desigualdad injustificada.

C) Donde debe hacerse hincapié, con respecto al requisito de la identidad objetiva, es en la causa de ambas actuaciones. Lo que me parece que sí es estrictamente exigible es que exista similitud entre las circunstancias que dieron lugar a ambas actuaciones. Si las circunstancias o *presupuestos de hecho* (36) son similares, y en el segundo caso la Administración actúa de un modo diferente, es que no está cumpliendo los fines que el ordenamiento señala a la potestad utilizada. En otras palabras, la causa de esa actuación está viciada (37).

(36) Sobre la cuestión de la causa como elemento del acto administrativo y, en concreto, sobre el carácter de vicio causal de la contravención del precedente, véase MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián: *El exceso de poder como vicio del acto administrativo*, número 23 de esta REVISTA.

(37) Esta clara similitud con la desviación de poder será examinada más adelante.

La razón está clara. El fundamento del carácter vinculante del precedente administrativo radica en los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe. Por ello, la Administración debe actuar siempre en un mismo sentido cuando exista la misma *ratio*; esto es, si los hechos y el Derecho llevan a actuar de igual manera, la Administración está vinculada a sus propios precedentes.

¿Cuándo se dan circunstancias similares, de modo que la Administración deba cumplir los mismos fines que, para esas circunstancias, fija el ordenamiento? No caben en este punto criterios generales. Es una cuestión a resolver en cada caso por la Administración y, eventualmente, por los Tribunales.

3. *El interés público como requisito negativo*

Se dice que la Administración no está obligada a seguir sus precedentes y puede, por tanto, conculcar legítimamente los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe, cuando así lo exija el interés público (38). Nos hallamos, pues, ante un límite a la aplicación de la doctrina del precedente. A mi juicio, es correcto, tanto por la necesaria flexibilidad administrativa, como porque el interés general debe prevalecer sobre los intereses particulares.

A) ¿Qué justificación tiene este requisito negativo? Una visión histórica nos aclara este problema. El artículo 1.º de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, que consagró por primera vez el principio de igualdad en el constitucionalismo europeo, establecía ya que dicho principio solamente debe ceder ante la «utilidad común». Creo que este concepto de utilidad común puede asimilarse sin grandes dificultades al moderno concepto de interés público (39).

Parece que está ampliamente justificado que, en caso de conflicto de los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe con el interés público, sea éste último el que prevalezca como guía de la actuación administrativa.

(38) Véase nota 3.

(39) Una interpretación diferente puede verse en Díaz, Elías: «Libertad-igualdad en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789», recogido en su libro *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Madrid, 1978, pp. 69 a 88. Hace una interpretación más estrecha de la «utilidad común», entendiéndola únicamente como el funcionamiento de las leyes del mercado capitalista.

El interés público es uno de los pilares básicos del Derecho administrativo; es misión primaria de la Administración servir «con objetividad los intereses generales» (art. 103 de la Constitución).

B) Si los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe ceden ante el interés público, nos hallamos ante una situación excepcional, contraria a los principios generales del Derecho, y que, en consecuencia, no debe ser interpretada extensivamente. Por ello, cuando la Administración se aparta de estos principios, tiene la carga de probar que existe un interés público que así lo justifica. En otras palabras, el interés público contrario a los principios generales del Derecho no se presume. Así lo exige la lógica del Estado de Derecho.

Esta es también la línea que sigue nuestro ordenamiento. El artículo 43 LPA, único precepto legal que en nuestro Derecho se refiere expresamente al precedente administrativo, ordena que sean motivados los actos «que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes».

En el contexto de la LPA, la obligación de motivar significa que se trata de actuaciones especialmente graves o importantes. En el caso del precedente no seguido, la gravedad consiste en contravenir los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe. Por ello, la Administración tiene el deber de motivar las actuaciones que se separen del precedente, es decir, tiene que probar que hay un interés que justifica la no aplicación de dichos principios.

C) Resta por saber cómo se determina el interés público y si éste puede variar en el tiempo. El interés público es, en este sentido, un concepto indeterminado e históricamente variable que, en gran medida, debe ser concretado según criterios de oportunidad política.

En el constitucionalismo moderno, es al Gobierno, y a la Administración como organización al servicio del primero, a quien corresponde fijar, dentro del marco de la legalidad, cuáles son los fines políticos de la comunidad, es decir, cuál es el interés público en cada materia (art. 97 de la Constitución). Los demás poderes ejercen principalmente una función de control del ejecutivo (40).

Una vez que la Administración ha fijado cuál es el interés público, queda vinculada por esa fijación que ella misma ha hecho; no puede cambiar de criterio constantemente. Ello entrañaría una con-

(40) Algo similar ocurre a nivel regional y local.

culcación de los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe. Es más, sería una contradicción, ya que o la actuación precedente o la actuación posterior serían contrarias al interés público; sobre una misma materia sólo pueda existir coherentemente un criterio de cuál sea el interés público (41).

La Administración, dentro del marco de la legalidad, goza de un cierto margen de discrecionalidad (procedente de la función de dirección política propia del poder ejecutivo) para fijar el interés público; pero, una vez fijado, dicha discrecionalidad desaparece. Se podría decir que, al hacer esta fijación, la Administración se *auto-vincula* y renuncia a los demás posibles criterios sobre el interés público (42).

Sin embargo, parece que en determinados casos debe permitirse a la Administración que cambie su criterio acerca del interés público. Se trata de una elemental exigencia política: lo contrario impediría la más mínima innovación. En cualquier caso, el cambio de criterio no debe admitirse para un caso concreto, sino que debe ser firme y duradero.

ORTIZ DÍAZ pone como ejemplo significativo de supuesto en el que se debe permitir que la Administración modifique su criterio del interés público el de los cambios de orientación política de la Administración (43). Esto es evidente en un Estado democrático, ya que cabe una alternancia de partidos en el poder ejecutivo, cuyo instrumento es la Administración. En definitiva, lo que aporta de particular cada partido es una visión propia del interés público.

Pero, en los supuestos de cambios de orientación política de la Administración, nos encontramos con que lo que falta es, en el fondo, el requisito de la identidad objetiva, porque ha cambiado la causa de la actuación administrativa. Es cierto que el ordenamiento fija el fin de cada potestad; pero lo hace, en general, dejando cierto margen de discrecionalidad y permitiendo así que las potestades administrativas puedan ser interpretadas y utilizadas de distinto modo por las diferentes fuerzas políticas. De lo contrario, sería necesario cambiar toda la legislación administrativa cada vez que un nuevo partido alcanzase el poder. En otras palabras, el ordenamiento fija unos límites necesarios y unas líneas de orientación a la actuación administrativa,

(41) Véase BALLBÉ, Manuel: *Op. cit.*, pp. 432 a 434.

(42) Véase BALLBÉ, Manuel: *Op. cit.*, pp. 432 a 434.

(43) ORTIZ DÍAZ, José: *Op. cit.*, pp. 100 y 101.

pero, mientras sean respetados, permite el libre juego. Piénsese, por ejemplo, en la aplicación tan distinta que de la misma Ley del Suelo pueden hacer diferentes fuerzas políticas.

En resumen, un cambio de orientación política de la Administración implica una modificación del criterio del interés público, la cual, a su vez, provoca que cambie la causa de la actuación administrativa, de modo que falla el requisito de la identidad objetiva.

Hay otra hipótesis en que la Administración puede modificar su criterio del interés público: los casos en que también ha desaparecido la identidad objetiva por haber cambiado las circunstancias generales. Piénsese, por ejemplo, en la variabilidad de la coyuntura económica, la cual determina el uso de las amplísimas potestades discrecionales que en esta materia tiene la Administración. No obstante, en este punto se debe ser más cauto y riguroso, a causa de la mayor facilidad de que se produzcan arbitrariedades. Es básico que se controle en este punto la discrecionalidad administrativa mediante la técnica de los *hechos determinantes* (44).

4. La ilegalidad del precedente como requisito negativo

A) Este límite de aplicación de la doctrina del precedente administrativo ha sido consagrado por una jurisprudencia reiterada y uniforme de nuestro Tribunal Supremo. Es evidente que no cabe alegar el precedente cuando éste es ilegal. Una ilegalidad no justifica una cadena de ilegalidades, ni el ordenamiento puede amparar que se perpetúen situaciones antijurídicas. El fundamento del carácter vinculante del precedente es la igualdad *ante la ley* y la seguridad *jurídica*; en ningún caso, la igualdad y la seguridad *antijurídicas*.

Se trata, en definitiva, de supuestos de colisión de dos principios generales del Derecho: el de igualdad y el de legalidad. Es obvio que, al no ser compatibles, debe prevalecer el segundo. De lo contrario, como señala el Tribunal Supremo, nos encontraríamos ante una auténtica *derogación* de determinadas normas mediante cauces irregulares.

Al precedente ilegal puede ser equiparado el precedente basado en el error. Es una variedad del precedente ilegal, porque una actua-

(44) Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Curso...*, vol. I, pp. 397 a 399.

ción administrativa basada en un error no cumple la finalidad que el ordenamiento le asigna.

B) Una cuestión algo diferente es la de las prácticas administrativas, sobre todo, en materia de policía y vigilancia, que establecen pequeños márgenes de tolerancia a los administrados. Puede ser usual, por ejemplo, que un producto que debe pesar un kilo se venda normalmente al peso de 950 grs.; siempre que no se baja de ese mínimo convencional, la Administración no sanciona. Otro ejemplo: es habitual en nuestras Universidades que al que es sorprendido copiando en un examen simplemente se le expulse del mismo, en vez de aplicarle con rigor el Reglamento de Disciplina e incoar un expediente académico.

Todas estas pequeñas tolerancias, claramente antijurídicas, son muchas veces consideradas por la propia Administración necesarias para su buen funcionamiento (el coste de eliminarlas sería demasiado elevado). Son casos de pérdida de parte de su vigencia de determinadas normas por *desuetudo*.

¿Qué sucede si un día la Administración decide no seguir tolerando una de estas prácticas? Es evidente que, desde el punto de vista de una estricta legalidad, su actuación sería irreprochable. Pero creo que sólo sería admisible como nuevo criterio de actuación generalizando y firme con respecto al futuro (quizá también previamente comunicado). De lo contrario, sería una actuación claramente arbitraria e injusta comparativamente para con sujetos concretos. Invocar para un caso concreto un cumplimiento riguroso de la legalidad que nunca se aplica no es tolerable; la Administración y el administrado se encuentran *in pari causa turpitudinis*.

5. *Doctrina jurisprudencial*

No han surgido en nuestra jurisprudencia problemas relativos al requisito de la *identidad subjetiva*. Sin embargo, con respecto a la legitimación para alegar el precedente la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1980 (Ar. 1706), lógicamente se la niega a un tercero que no ha sido víctima de un trato desigual.

El requisito de la *identidad objetiva* es siempre exigido, haciendo referencia el Tribunal Supremo normalmente a una similitud de circunstancias y de presupuestos de hecho. Así se manifiestan expresa-

mente las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1976 (Ar. 2092), de 25 de abril de 1977 (Ar. 2647), de 11 de marzo de 1978 (Ar. 1122), de 5 de octubre de 1978 (Ar. 3052), de 21 de noviembre de 1979 (Ar. 4447), de 7 de marzo de 1980 (Ar. 2101) y de 8 de abril de 1980 (Ar. 2299). No es abordado, por el contrario, el tema de la causa, sino que se da por supuesto.

El requisito negativo del interés público es sostenido por el Tribunal Supremo, asimismo. La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1979 (Ar. 2387) afirma que cabe apartarse del precedente por «razones objetivas que demandan un cambio de criterio». La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1979 (Ar. 2385) ampara la alegación basada en el precedente, porque la Administración no ha justificado que exista un interés público en contrario («sin que las razones que se alegan para fundamentar el acuerdo... sean en absoluto convincentes, ya que no aparece como indudable la mejora que para el interés público supondría»; «no pueden ser caprichosas las limitaciones que se impongan a la propiedad privada»). Las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1979 (Ar. 4269) y de 21 de noviembre de 1979 (Ar. 4447) insisten en que todo trato desigual y todo cambio de criterio deben ser motivados.

Prácticamente todas las sentencias del Tribunal Supremo del período 1976-80 en materia de precedente administrativo sienten el requisito negativo de la ilegalidad del *precedente* (45). Se trata de una doctrina jurisprudencial antigua y totalmente uniforme; es, además, plenamente original, puesto que ha sido directamente establecida por el Tribunal Supremo al ir resolviendo problemas concretos. A modo de ejemplo, pueden citarse las siguientes:

— Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1976 (Ar. 812): «el principio de igualdad... debe tener como punto de apoyo la previa existencia de un acto ajustado al ordenamiento jurídico, y nunca un acto que notoriamente quebrantase el mismo, pues lo contrario nos llevaría a una notoria aberración jurídica.»

— Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1977 (Ar. 3220): admitir el precedente ilegal significaría que «el principio de igualdad... serviría principalmente para la perpetuación de

(45) Dada la gran cantidad existente, las sentencias del Tribunal Supremo en materia de precedente ilegal serán señaladas en el Apéndice final con un asterisco.

situaciones contrarias a lo que... está planificado en el ordenamiento.»

— Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1977 (Ar. 2643): «entre la fricción de ambos principios (de legalidad y de igualdad), es el de legalidad el que ha de privar.»

— Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1979 (Ar. 2990), que señala que admitir el precedente ilegal sería un nuevo modo de derogar leyes.

Por otra parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1973 (Ar. 1889) declara inadmisibles alegar un precedente que se dictó por error o equivocación, porque significaría violar la legalidad.

En materia de *tolerancia administrativa*, puede ser interesante la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1963 (Ar. 3197), la cual considera vinculantes ciertos precedentes contrarios a un plan de urbanismo, que había caído en desuso por no ser aplicado por la Administración. Hay que señalar, no obstante, que dicho plan era anterior a la LRL y a la LS, a cuyos preceptos no había sido adaptada.

III. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN RELACIÓN CON LAS DIVERSAS FORMAS DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

1. *Precedente administrativo y discrecionalidad de la Administración*

Sostienen BALLBÉ y ORTIZ DÍAZ que el precedente administrativo sólo es vinculante en el caso de actuaciones discrecionales de la Administración (46). Argumentan que, cuando existe una potestad reglada, la Administración no está vinculada por sus precedentes, sino directamente por la legalidad que ha creado esta potestad; la obligatoriedad de actuar de un mismo modo en el caso de las potestades regladas sería una consecuencia directa de la legalidad. Sin embargo, creo que hay que matizar esta afirmación.

A) En primer lugar, incluso cuando nos hallamos ante una po-

(46) Véase BALLBÉ, Manuel: *Op. cit.*, pp. 204 y 205; ORTIZ DÍAZ, José: *Op. cit.*, pp. 94 y ss.

testad reglada, siempre es necesaria una previa interpretación de la legalidad para poder aplicar esa potestad. Y toda interpretación entraña algún margen de discrecionalidad (47).

La Administración realiza normalmente esa previa interpretación de la legalidad a través de la reiteración de actuaciones basadas en los mismos criterios hermenéuticos (48). Da lugar, de este modo, a un precedente, al que podemos llamar convencionalmente *interpretativo*, de tal manera que la Administración se encuentre obligada a interpretar la legalidad y, en consecuencia, a actuar siempre en un mismo sentido.

ORTIZ DÍAZ niega el carácter vinculante del precedente interpretativo, afirmando que, en todo caso, subsiste la norma interpretada, a la que la Administración debe ordenarse directamente (49). Pero esto significa trasplantar al ámbito administrativo lo que ocurre en el judicial.

Los jueces, en efecto, son independientes en el ejercicio de la función jurisdiccional y están única y directamente vinculados a la ley (art. 117 de la Constitución, art. 1.º LOPJ). No están sujetos a las sentencias de sus superiores ni al precedente judicial.

Todo ello no es predecible de la Administración, porque, en definitiva, no es sino un sujeto de Derecho más, aunque privilegiado. Por ello, debe actuar «con sometimiento pleno a la ley y al Derecho». Por ello, está vinculada a los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe, incluso cuando lo único que hace es interpretar la legalidad. Por ello, es vinculante el precedente interpretativo (50).

B) En segundo lugar, BALLBÉ escribe antes de la LJCA de 1956, cuando la distinción entre potestades regladas y discrecionales tenía

(47) Así sucede, por ejemplo, en el caso de las superregladas potestades tributarias, con respecto a las cuales es bien sabido que suele haber cierto margen interpretativo.

En materia de interpretación de las potestades tributarias, me parece, en principio, contrario a los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe el llamado *principio de estanqueidad tributaria*, bastante arraigado en nuestro país. En virtud del mismo, un concepto jurídico no tiene porqué ser interpretado del mismo modo en la legislación de un tributo que en la de otro.

(48) Poco importa ahora que esa reiteración sea debida a una circular u orden de servicio o no. Sobre la importancia de las circulares en materia de precedente, se hablará más adelante.

(49) ORTIZ DÍAZ, José: *Op. cit.*, pp. 94 y ss.

(50) También aquí parece aplicable el criterio de la *autovinculación*. Una vez que la Administración ha establecido cierta interpretación ha agotado, en principio, la discrecionalidad hermenéutica de que gozaba. Lo contrario significaría conculcar injustificadamente los principios citados.

gran importancia. La vigente Ley jurisdiccional no hace esta distinción, antes bien, en su artículo 83 ordena que «la sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando el acto o disposición incurriere en *cualquier forma de infracción* del Ordenamiento jurídico».

Es más, como observa GARCÍA DE ENTERRÍA, no existen potestades absolutamente regladas ni absolutamente discrecionales, sino que en cada potestad hay aspectos reglados y discrecionales en proporción variable. Ya hemos visto cómo hasta en las potestades más regladas existe siempre, como mínimo, cierta discrecionalidad interpretativa; en el otro extremo, hasta en las potestades más discrecionales siempre hay, necesariamente, algunos aspectos reglados (51). Creo, en consecuencia, que mediante la doctrina del precedente se puede controlar la discrecionalidad existente en toda potestad cualquiera que sea la forma en que se manifieste.

2. *Aplicación de la doctrina del precedente administrativo a las actuaciones favorables y a las actuaciones de gravamen*

Desde el punto de vista de los intereses de los administrados, las actuaciones de la Administración suelen clasificarse en actuaciones favorables y de gravamen. Las primeras les benefician, ampliando su esfera de derechos y facultades; las segundas les perjudican, limitando dicha esfera.

A) Es obvio que la doctrina del precedente sólo es aplicable entre actuaciones de un mismo signo, porque entre actuaciones de signo diferente no se cumple el requisito de la identidad objetiva. No se puede alegar como precedente, con respecto a una actuación de gravamen, una actuación anterior favorable, ni viceversa.

B) La aplicación de la doctrina del precedente administrativo entre actuaciones favorables no suscita problemas. Es el caso en el que se piensa normalmente. Por ejemplo, la Administración ha venido dando autorizaciones de un tipo determinado y repentinamente niega una de dichas autorizaciones a un administrado concreto.

C) Sí plantea problemas, por el contrario, su aplicación entre actuaciones de gravamen (la Administración no ha perjudicado hasta

(51) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Op. cit.*, vol. I, p. 383.

ahora, en que comienza a perjudicar). Por ejemplo, la Administración declara la caducidad de una concesión de dominio público, mientras que no ha declarado la de otras concesiones en las mismas circunstancias. El cumplimiento de los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe es difícilmente controlable mediante la técnica del precedente en estos casos.

Por un lado, puede no existir precedente alguno. Es lo que ocurre cuando nos hallamos ante circunstancias nuevas. Por ejemplo, la Administración comienza a expropiar terrenos para realizar una obra pública; ¿por qué expropia a A y no a B?

Por otro lado, tratándose de actuaciones de gravamen, las potestades administrativas son bastante regladas y es difícil encontrar los aspectos discrecionales controlables mediante el precedente. Además, en materia de actuaciones de policía, en concreto, el administrado no puede alegar que en otras ocasiones similares la Administración no reprimió, porque opera en este punto el requisito negativo de la ilegalidad del precedente. En cualquier caso, sí le es exigible a la Administración en todas estas hipótesis la vinculación al precedente interpretativo.

Pero el mayor obstáculo para la aplicación de la doctrina del precedente a las actuaciones de gravamen es de índole práctica: el administrado se encontrará con enormes dificultades probatorias. Mientras que tratándose de actuaciones favorables (la Administración ha beneficiado y ahora no lo hace), el administrado siempre tiene un hecho positivo que alegar como precedente y con el que comparar la actuación actual, en materia de actuaciones de gravamen (la Administración no ha perjudicado y ahora sí lo hace), dicha comparación ha de hacerse con un hecho negativo, con una falta de actuación.

3. *El precedente y las distintas formas de actuación administrativa*

Cuando se habla de precedente se suele pensar en actos administrativos en sentido estricto. El acto administrativo es la forma más peculiar de actuación administrativa en régimen de Derecho público, a causa de su unilateralidad y su ejecutividad. Por este carácter exorbitante, las resoluciones de la Administración deben ceñirse especialmente a los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe; la sujeción a sus precedentes constituye una garantía contra la posible arbitrariedad de la Administración en uso de sus poderes exorbitantes.

En cuanto a la aplicabilidad de la doctrina del precedente a los actos administrativos no constitutivos de resolución (actos de trámite), me parece plenamente válido el criterio general que en materia de recursos establece el artículo 113 LPA. De este modo, la doctrina del precedente será aplicable a los actos de trámite «que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión». En nuestro Derecho sólo estos actos de trámite gozan de auténtica relevancia externa.

Problema distinto es el de discernir si la doctrina del precedente, elaborada sobre el modelo del acto administrativo, se puede aplicar a las demás formas de actuación de la Administración (52).

A) Al contrato administrativo en sí mismo considerado no se le puede aplicar la doctrina del precedente. Un contrato administrativo, como contrato que es, en nada puede afectar a los demás contratos de la Administración ni ser afectado por ellos, a causa de la eficacia relativa de los contratos (53). Para los que no son parte, todo contrato es *res inter alios acta*. Incluso en el caso de que el que contrata con la Administración se sienta comparativamente agraviado con respecto a otros contratantes de esa misma Administración, no se puede aplicar la doctrina del precedente; todo contrato está basado en un acuerdo de voluntades, de modo que *volenti non fit iniuria*: quien ha consentido, en principio, no puede reclamar (54).

En este punto es necesario hacer una precisión. Una cosa es que la doctrina del precedente no pueda ser aplicada al contrato administrativo en sí mismo considerado, al puro acuerdo de voluntades, y otra cosa bastante diferente es que sí deba aplicarse a aquellas actuaciones unilaterales de la Administración conectadas en el contrato (decisión de contratar, ejercicio del *ius variandi*, rescisión, etc.). Estas actuaciones unilaterales conectadas con el contrato no son, en definitiva, sino actos administrativos. Se trata con esto simplemente de hacer el debido uso de la teoría de los actos separables (55).

Lo dicho de los contratos administrativos puede decirse, asimismo, de las actuaciones de Derecho privado de la Administración, en virtud

(52) Sigo la clasificación de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Op. cit.*, vol. I.

(53) Véase DIEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio: *Op. cit.*, vol. II, pp. 69 a 71.

(54) Esto no es aplicable a los casos de contratación forzosa. Pero en estos supuestos sólo formalmente puede hablarse de *contrato* administrativo.

(55) Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Op. cit.*, vol. I, pp. 46 y 47.

también de la teoría de los actos separables. La actuación de Derecho privado carece, por definición, del carácter exorbitante necesario para que pueda aplicarse la doctrina del precedente; los particulares no están obligados a actuar como en casos anteriores. Pero hay que diferenciar lo qué es actuación de Derecho privado y lo qué es acto administrativo conectado con ella; a este último sí le vincula el precedente.

B) A la actividad técnica de la Administración, dentro de la cual hay que incluir en este momento el importante problema de las circulares internas (56), sólo en parte se le puede aplicar la doctrina del precedente. Adelantando cuestiones que serán examinadas más tarde, conviene señalar que, por su carácter interno y ajeno al tráfico con los particulares, es evidente que no se puede anular una actuación técnica; lo que la caracteriza es precisamente no ser una actuación jurídica.

Sin embargo, creo que sí es posible aplicar la doctrina del precedente a efectos de indemnizar los perjuicios producidos por un trato técnico de la Administración injustificadamente desigual; por ejemplo, la lentitud anormal en la tramitación de un expediente. El único problema es que, precisamente por dicho carácter interno, surgirán graves dificultades probatorias.

C) Puede ser aplicada la doctrina del precedente a la coacción administrativa. Debe regirse esta forma de actuación administrativa por los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe. Pero el control de su cumplimiento a través de la técnica del precedente es difícil en este terreno, porque la coacción administrativa es, por su propia naturaleza, actuación de gravamen, lo que plantea ya conocidas dificultades.

En este campo, la doctrina del precedente sirve, sobre todo, para probar que nos haamos ante una vía de hecho y poder servirnos, en consecuencia, de los medios de protección que brinda el ordenamiento contra la coacción ilegítima (57). Asimismo, la doctrina del precedente puede ser utilizada, en materia de coacción administrativa, a efectos indemnizatorios.

(56) Dicen al respecto GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Op. cit.* volumen I, p. 177.

«La Circular puede ser opuesta a la Administración en nombre del principio de buena fe (un acto administrativo dictado contra el criterio sustentado en una Circular será expresivo de una arbitrariedad subjetiva: así en las jurisprudencias francesa e italiana).»

(57) Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Op. cit.*, vol. I, pp. 689 y ss.

D) De todo este análisis puede extraerse una conclusión: la doctrina del precedente administrativo solamente puede ser aplicada a las *actuaciones unilaterales de la Administración sometidas al Derecho público*. No es aplicable a los reglamentos, porque son normas jurídicas. No es aplicable a las actuaciones bilaterales, porque no puede considerarse agraviado quien ha consentido. No es aplicable a las actuaciones de Derecho privado, porque no son exorbitantes.

Quiero insistir en este último punto. La técnica del precedente sólo puede operar cuando la Administración actúa en régimen de Derecho público. Hemos visto cómo la doctrina del precedente sirve para controlar, en determinados casos, la discrecionalidad administrativa. Pues bien, esta discrecionalidad sólo existe, y puede, por tanto, llegar a ser ilegítimamente utilizada, en la medida en que la Administración goza de potestades exorbitantes del Derecho común; esto es, en la medida en que actúa como un poder público. Sólo las actuaciones exorbitantes de la Administración pueden ser arbitrarias.

Por ello, al constituir la forma más arquetípica de actuación de la Administración en régimen de Derecho público, me parece correcta la elaboración de la doctrina del precedente en torno a la figura del acto administrativo.

E) Resta por examinar si es posible aplicar la técnica del precedente entre actuaciones administrativas de distinto tipo. Lo normal es que opere entre actuaciones de un mismo tipo; por ejemplo, dos actos administrativos.

Pero nada impide, en principio, que se alegue como precedente una actuación de distinto tipo, siempre que se cumplan los requisitos generales para que el precedente sea vinculante (58). Existen dos argumentos para sostener esta afirmación.

Por una parte, nos encontramos con el fenómeno de la *intercambabilidad de las técnicas administrativas* (59). En algunos sectores la Administración goza de un margen de discrecionalidad para elegir una forma de actuación u otra. Una misma finalidad puede cubrirse, por ejemplo, mediante un acto administrativo o mediante un contrato. Hay que tener en cuenta, además, la contingencia y variabilidad de las formas de actuar de la Administración. Por ello, no conviene ser excesivamente formalista en esta materia.

(58) Téngase presente lo dicho sobre el requisito de la identidad objetiva.

(59) Véase, por ejemplo, WEIL, Prosper: *Le Droit Administratif*. Trad. española, Madrid, 1968, en especial, la primera parte.

Por otra parte, el propio dinamismo de los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe desborda cauces dogmáticos demasiado rígidos (60).

4. El problema del consiguiente

El *consiguiente* es el problema inverso del precedente. El agravio causado por un trato injustificadamente desigual de la Administración no surge en comparación con una actuación anterior, sino posterior (61). En las actuaciones administrativas favorables, hay consiguiente cuando la Administración no benefició y posteriormente beneficia; en las de gravamen, cuando la Administración perjudicó y después no perjudica. ¿Puede operar la técnica del precedente en estos supuestos?

A) Creo que nada lo impide, en principio, siempre que se cumplan los requisitos generales. La doctrina del precedente administrativo es un instrumento técnico de protección de determinados principios generales del Derecho. Por ello, debe ser aplicada siempre que se contravengan esos principios y su propia estructura interna lo permita.

En este sentido, la aplicación de la doctrina del precedente a los supuestos de consiguiente estaría basada en los principios de igualdad e interdicción de la arbitrariedad, pero de ningún modo en los de seguridad jurídica y buena fe. Es evidente que, en estas hipótesis, la Administración no ha suscitado en quien alega el consiguiente ninguna confianza en la apariencia ni ninguna expectativa dignas de protección; por el contrario, la desconfianza se produce *a posteriori*.

En materia de requisitos, es preciso hacer una observación importante. Debe valorarse muy cuidadosamente, en los casos de consiguiente, el requisito negativo del interés público, ya que los criterios políticos con que opera la Administración han podido cambiar legítimamente con el transcurso del tiempo.

B) No obstante, esta solución tropieza con un grave problema teórico que es necesario resolver. ¿Cómo se puede recurrir una actuación administrativa que nació perfectamente válida y, como tal, ha estado produciendo sus efectos normales durante un cierto tiempo?

No es posible aducir que se trata de una situación de pendencia o

(60) Un buen ejemplo de ello es lo dicho en la nota 58.

(61) Esta es una cuestión que apunta ORTIZ DÍAZ: *Op. cit.*, p. 101. La expresión *consiguiente* para señalar el problema es suya.

de validez condicionada. Ello sería rechazado por el más elemental sentimiento de seguridad jurídica, ya que haría depender la validez de todas las actuaciones administrativas de otras futuras (en un determinado sentido), que ni siquiera sabemos si se van a producir.

Quizá la solución a este problema esté en afirmar que surge una causa sobrevenida (la conculcación *a posteriori* de ciertos principios generales del Derecho) que hacen recurrible una actuación administrativa perfectamente válida hasta ese momento. La existencia real de esa causa sobrevenida es la que debe probar el interesado, utilizando para ello la doctrina del precedente administrativo (62).

5. Doctrina jurisprudencial

Nuestro Tribunal Supremo entiende que el precedente no vincula sólo cuando se trata de actos discrecionales, caso en el que se exige un mismo criterio del interés público, sino también en materia de actos reglados, en que se impone una misma interpretación. En este sentido, se manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1976 (Ar. 2092): el principio de igualdad «hay que entenderlo proyectado en una doble vertiente; de un lado, con respecto a los actos de contenido discrecional en que ha, efectivamente, expresado cuál sea el criterio del interés público, este precedente vincula a realizar la misma aplicación en supuestos de hecho idénticos; y de otro, con respecto de los actos de contenido reglado en que el principio no pase de ser un aspecto más de la igualdad determinada por la obligatoriedad común de la regla de Derecho y, por tanto, la eficacia correctora de aquél se manifiesta solamente allí donde los órganos que aplican las normas tiene posibilidades de acción, es decir..., en cuanto a su interpretación». Idéntica es la posición de las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1977 (Ar. 4453), de 30 de junio de 1978, (Ar. 3155), y de 3 de abril de 1979 (Ar. 1562).

La jurisprudencia aplica normalmente la doctrina del precedente a las actuaciones favorables (licencias de urbanismo, autorizaciones para actividades profesionales, etc.); pero no faltan algunos ejemplos de su aplicación a actuaciones de gravamen:

(62) Al no tratarse de actos declarativos de derechos, su revisión por la Administración no plantea problemas. Por otra parte, debe considerarse que los plazos para recurrir de la LPA y la LJCA empiezan a correr desde que aparece la causa sobrevenida.

— Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1976 (Ar. 2087). Afirma que el principio de igualdad no permite «que la Alcaldía imponga a un administrado la sanción gubernativa que previene el artículo 215 de la L.S., excluyendo a otros de ella por su puro arbitrio ante las mismas e igualmente conocidas situaciones carentes de licencia». Pero matiza, con finura, que «otra cosa distinta es que tal exclusión de sanciones con respecto a los edificios contiguos pueda ser constitutiva de derecho a favor del demandante para construir...», con lo cual salva la doctrina jurisprudencial del precedente ilegal.

— Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1979 (Ar. 4269). El Tribunal Supremo dulcifica la sanción (establece una multa, en vez de la caducidad de la concesión) impuesta por la Administración a un concesionario de una gasolinera. Dice esta sentencia del Tribunal Supremo: «se dictaron al menos otras siete resoluciones sancionadoras de hechos análogos comprobados... habiéndose impuesto a los respectivos responsables multas...; datos que ponen de manifiesto el mayor rigor con que la Administración castigó al recurrente... sin que aparezcan circunstancias diferenciales que puedan justificar la aplicación solamente en este caso de una medida que, por su máxima gravedad, todas las resoluciones de referencia califican de excepcional.»

Existen, asimismo, ejemplos de aplicación jurisprudencial de la doctrina del precedente a actos administrativos conectados (separables) a un contrato administrativo. La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1976 (Ar. 4068) declara contraria al principio de igualdad la dispensa a un participante de uno de los requisitos, en un concurso de contratación administrativa. Aún más significativa es la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1980 (Ar. 5130), que declara contraria al principio de igualdad una revisión de precios sufrida por un contratante de servicios de la Administración; es curioso que el precedente alegado fuera otra revisión de precios anterior hecha a ese mismo contratante.

El Tribunal Supremo también ha declarado, en algunos casos, el carácter vinculante del *consiguiente*. En la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1977 (Ar. 686) se dice: «el principio de igualdad... obliga a dar igual solución a la pretensión de la demandante que a la del señor P. en orden a las instalaciones de sus farmacias...

y aún habría que hacerlo más a favor de doña Eulalia D., si, como se desprende del expediente administrativo fue anterior en su petición de instalación.» La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1979 (Ar. 2385), por su parte, considera que es una violación del artículo 2.º RSCL, «modificar la anchura de la Travesía de Sonsas en beneficio de una sola persona... donde la anchura en principio exigible sería más necesaria, sin que las razones que se alegan para fundamentar el acuerdo de reducción sean en absoluto convincentes»; la citada sentencia del Tribunal Supremo considera ilegal esta licencia urbanística, más favorable que las demás otorgadas respecto a la misma calle.

IV. LAS CONSECUENCIAS DE LA CONTRAVENCIÓN DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO VINCULANTE

1. *La doctrina del precedente administrativo como modo de fundar una pretensión*

Cuando se dice que la Administración ha violado un precedente vinculante, un precedente del cual no puede legítimamente apartarse, lo que se está haciendo es una alegación para fundar una pretensión. Lo que se trata de afirmar mediante esta alegación es que la actuación administrativa que se ha separado indebidamente del precedente constituye una infracción del ordenamiento jurídico. Y ello porque conculca los principios generales del Derecho que sirven de fundamento a la doctrina del precedente y que vinculan a la Administración.

¿Qué pretensiones pueden derivarse de esta afirmación de que la Administración ha violado el ordenamiento jurídico por no seguir sus precedentes? En principio las mismas que de cualquier otra infracción del Derecho administrativo, esto es, las que permiten los artículos 41 y 42 LJCA: la anulación de la actuación administrativa y, en su caso, el reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada (con la posible indemnización por responsabilidad administrativa).

2. *El precedente administrativo y la anulación*

A) La pretensión de que se anulen las actuaciones contrarias a precedentes vinculantes es posible tratándose de actos administrati-

vos, incluso de aquellos que están conectados con un contrato administrativo o con una actuación de Derecho privado.

Con respecto a aquellas otras formas de actuación administrativa a las que el precedente también vincula (actividad técnica y coacción) el razonamiento es diferente. La anulación no es posible en el caso de la actividad técnica de la Administración, por su carácter interno y no directamente jurídico. En materia de coacción administrativa se puede alegar que se ha conculcado el precedente para probar que se trata de una vía de hecho y, así, poder hacer uso de los medios jurídicos de protección contra la coacción ilegítima.

B) Se puede pretender la anulación de un acto administrativo que se separe indebidamente del precedente, porque esa separación constituye una infracción del ordenamiento jurídico. ¿Es una hipótesis de nulidad absoluta o de anulabilidad?

La infracción del ordenamiento consistente en no seguir un precedente vinculante no da lugar, por sí sola, a nulidad absoluta, porque no es subsumible dentro del *numerus clausus* de causas que provocan este tipo de nulidad (art. 47 LPA). Por consiguiente, y en virtud del artículo 48 LPA, da lugar a anulabilidad.

Para utilizar la vía de la anulabilidad, teniendo en cuenta nuestro sistema de justicia administrativa, no es necesario referir *académicamente* esta infracción del ordenamiento a determinado elemento del acto administrativo, o subsumirla en un vicio típico (63).

En cualquier caso, si se quisiera hacerlo siguiendo categorías doctrinales, sería posible configurar este vicio del acto administrativo dentro del tipo residual de la *violación de la ley*. También se podría configurar, quizá con más acierto, como *desviación de poder* (64). Sería una violación de ciertos principios generales del Derecho determinantes de la utilización que debe hacerse de las potestades administrativas. Nos encontraríamos ante un vicio de la causa del acto administrativo; conviene recordar, en este sentido, que el elemento causal es el más importante para apreciar el carácter vinculante del precedente.

(63) Nuestro sistema de justicia administrativa permite el recurso por anulabilidad cualquiera que sea el vicio del acto («cualquier infracción del ordenamiento...», art. 48 LPA y art. 83 LJCA), a diferencia de los sistemas francés e italiano que exigen la alegación de un motivo típico de recurso.

(64) Esta es la postura del Consejo de Estado en Italia, que configura la separación del precedente sin una causa que lo justifique como una modalidad de *eccesso di potere* (concepto más amplio que el nuestro de *desviación de poder*). Véase SANDULLI, Aldo M.: *Op. cit.*, pp. 3 y 620 y 624.

C) Es necesario analizar, por último, cuáles son las consecuencias de la inoservancia del deber de motivar las actuaciones administrativas que se separen del precedente (art. 43 LPA).

Este deber de motivar es especialmente importante, porque la Administración tiene la carga de demostrar, de este modo, que es legítimo que se aparte del precedente. Por ello, omitir la motivación puede dar lugar, en algunos casos, a una indefensión del interesado, de manera que, en virtud del artículo 48, 2.º LPA, dicha omisión constituye un vicio de forma que haga anulable el acto administrativo. Es dudoso, sin embargo, que la falta de motivación constituya por sí sola una causa de anulabilidad del acto, por carecer de «los requisitos formales indispensable para alcanzar su fin» (art. 48, 2.º LPA).

En caso de que la falta de motivación no dé lugar a anulabilidad, creo que es exigible a la Administración que subsane el defecto de forma que ello constituye; es decir, le es exigible que motive. Además, toda cuestión relativa a la motivación tiene carácter previo a si es legítimo o no separarse del precedente, porque, de lo contrario, este problema no se podría resolver (65).

3. *El precedente y la responsabilidad administrativa*

Problema distinto es el de alegar la conculcación del precedente para basar una pretensión de indemnización. Se tratará casi siempre de supuestos de responsabilidad de la Administración, no por actividades materiales, sino por actos jurídicos. La única excepción es la de las hipótesis de actividad técnica de la Administración y de coacción ilegítima, que pueden dar lugar a responsabilidad por actividades materiales.

Ello nos conduce al problema del escaso desarrollo jurisprudencial y doctrinal de la responsabilidad administrativa por actos jurídicos en España (66). Sin embargo, el régimen de la responsabilidad de la Administración no varía, en principio, por el hecho de que el daño

(65) El problema es que, tratándose de una irregularidad no invalidante, es muy difícil exigir esta motivación. Sin embargo, creo que, en vía de recurso contencioso-administrativo, sería la Administración que no ha motivado quien tendría la carga de probar que era legítimo separarse del precedente; y no el recurrente, la de probar lo contrario. Se produciría, por tanto, una inversión de la carga de la prueba.

(66) Sigo en este punto a BLASCO ESTEVE, Avelino: *La responsabilidad de la Administración por los daños causados por actos administrativos: Doctrina jurisprudencial*, número 91 de esta REVISTA, pp. 195 y ss.

haya sido causado por un acto administrativo. Habrá lugar a responsabilidad siempre que se den los requisitos generales de la misma (art. 121 LEF y art. 40 LRJAE): un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente; una relación de causalidad que permita imputar el daño a la Administración; y la no existencia de un deber jurídico de soportar el daño.

La resistencia a admitir este tipo de responsabilidad administrativa procede, principalmente de una defectuosa interpretación del artículo 40, 2.º LRJAE. Este señala que la mera anulación de un acto «no presupone derecho a indemnización». Pero el precepto citado no dice nada más que lo que dice: la responsabilidad administrativa no es una consecuencia automática de la anulación de un acto, sino que deben concurrir los requisitos generales de la institución.

Por otra parte, la responsabilidad administrativa no es sólo aplicable a los daños causados por actividades materiales o actos jurídicos ilícitos, sino también a los producidos por aquéllos lícitos. Expresamente hablan los artículos 121 LEF y 40 LRJAE de que la lesión puede haber sido causada «por el funcionamiento *normal* o anormal de los servicios públicos».

En consecuencia, para que haya responsabilidad basta que se cumplan los requisitos generales. La doctrina del precedente administrativo puede influir en su apreciación. Hay que distinguir dos supuestos.

A) Los casos en que la Administración se ha separado de un precedente vinculante, de modo que su actuación es ilegal, pueden dar lugar a responsabilidad por daño causado por un acto jurídico (o, en su caso, por una actividad material) *ilícito*.

De la ilicitud no se deriva automáticamente la responsabilidad. Pero la ilicitud influye en el requisito de que no exista un deber jurídico de soportar el daño, porque no cabe un deber *jurídico* de soportar el daño causado por un acto *ilegal*.

B) Los casos en que la Administración se ha desviado de un precedente no vinculante, es decir, en que su actuación ha sido legítima, pueden dar lugar a responsabilidad por lesión causada por un acto jurídico (o, aunque más difícilmente, por una actividad material) *lícito*. La licitud no implica necesariamente que exista un deber jurídico de soportar el daño; aunque, por supuesto, puede existir ese deber. Lo antijurídico no es el acto, sino sus consecuencias.

Hay dos casos en que es lícito que la Administración se separe del precedente: el interés público al respecto, y el precedente ilegal. El primer supuesto sólo plantea el problema de las expectativas que puedan verse defraudadas por un repentino cambio de criterio sobre el interés público. En el segundo, la expectativa creada por la Administración es falsa. Por ello, aunque la responsabilidad administrativa sea de carácter objetivo, nos hallamos ante una hipótesis de culpa de la Administración. Esta culpa influye en el requisito de la ausencia de un deber jurídico de soportar el daño, haciéndolo de apreciación casi automática. Piénsese, por ejemplo, en los desembolsos que haya podido hacer un administrado pensando que el precedente era legal, o en que la Administración suprima súbitamente cierto índice de tolerancia.

En ambos casos, con culpa o sin ella, la Administración ha creado una expectativa que luego se ve forzada a defraudar. Este comportamiento, contrario a la buena fe, guarda similitud con lo que en Derecho privado se llama responsabilidad *in contrahendo*. Esta es una forma de responsabilidad extracontractual por el interés negativo, es decir, por los daños causados por la no celebración del negocio o por la invalidez del mismo (daños a la confianza) (67). Quizá una solución similar fuera aplicable para los supuestos en cuestión en el ámbito del Derecho administrativo.

4. *Doctrina jurisprudencial*

El Tribunal Supremo solamente extrae de la contravención del precedente la consecuencia de la anulación de los actos administrativos que, por esta razón, son antijurídicos. No hay ejemplos en que el precedente module la institución de la responsabilidad administrativa.

Sin embargo, existen casos interesantes en que extrae efectos importantes de la falta de la motivación exigida por el artículo 43 LPA. Así, la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1979 (Ar. 2385) señala que no es admisible el trato de favor, porque de las razones alegadas por la Administración «no aparece como indudable la mejora que para el interés público supondría». La también mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1979 (Ar. 4269) dice que «la referida falta de expresión de las posibles circunstancias concurrentes que pudieron justificar la sanción de ca-

(67) Véase Díez-Picazo, Luis, y Gullón, Antonio: *Op. cit.*, vol. II, pp. 46 a 48,

ducidad de la concesión, constituye una omisión de motivación contraria... al mandato genérico contenido en el artículo 43 de la LPA»; como la Administración no ha motivado debidamente la imposición de una sanción más grave (la caducidad), sólo puede imponer la usual en casos precedentes (la multa).

V. CONFIGURACIÓN DE LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

1. *La doctrina del precedente como técnica de control de la discrecionalidad de la Administración*

Creo que utilizar la expresión *doctrina* del precedente administrativo tiene algún sentido. Por un lado, es posible ofrecer una explicación ordenada del precedente administrativo como institución. Por otro, y lo que es más importante, dicha explicación revela que se trata de una *técnica jurídica* que cumple determinados fines.

La doctrina del precedente administrativo constituye una técnica de control de la discrecionalidad (incluso interpretativa) que existe en casi todas las potestades de la Administración. Esta, al hacer uso de esas potestades que el ordenamiento le confiere, se *autolimita* en un determinado sentido, porque los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe, a los que está sujeta, le exigen que mantenga cierta uniformidad en sus criterios y actuaciones.

La doctrina del precedente es, por ello, un *instrumento técnico* al servicio de los mencionados principios generales del Derecho (68). Es un medio para detectar si la Administración ha violado estos principios, así como para determinar cuándo puede apartarse de ellos legítimamente.

(68) Así, ORTIZ DÍAZ, José: *Op. cit.*, pp. 101 y 102, aunque luego señala que el precedente es fuente del Derecho administrativo.

Aunque el Tribunal Supremo suele aplicar directamente el principio de igualdad, a veces hace explícita su conciencia de que el precedente es una técnica instrumental del primero; así, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1977 (Ar. 2647) habla de la *doctrina* del precedente. No obstante, la jurisprudencia siempre es consciente del uso técnico del precedente, como aplicación de ciertos principios generales y como autovinculación de la Administración.

Algunas sentencias del Tribunal Supremo, como la de 20 de mayo de 1977 (Ar. 3220) y la de 16 de octubre de 1979 (Ar. 3476), hablan impropiamente del precedente como *fuente del Derecho*, para referirse a su carácter vinculante.

En consecuencia, creo que hay que insertar la doctrina del precedente administrativo dentro de lo que E. GARCÍA DE ENTERRIA y T. R. FERNÁNDEZ denominan control de la discrecionalidad de la Administración a través de los principios generales del Derecho (69). Es una variedad de este medio de control de la discrecionalidad, y un modo más de someter la actuación administrativa a la legalidad, evitando la arbitrariedad.

2. *El precedente administrativo y la costumbre*

Existe una acentuada tendencia a relacionar, cuando no a confundir, el precedente administrativo y la costumbre. Se observa principalmente en el tratamiento sistemático conjunto que suele darse a ambas cuestiones. Ello es incorrecto.

Independientemente de la dudosa existencia de la costumbre en el Derecho administrativo, hay que recordar que la fuerza vinculante del precedente procede directamente de determinados principios generales del Derecho. Piénsese que, a diferencia de lo que ocurriría con la costumbre, una sola actuación constitutiva de precedente vincula a la Administración.

Además, nada de esto varía cuando se trata de un precedente reiterado; de la llamada *práctica* administrativa (70). Su fuerza vinculante sigue siendo de raíz principialista. La mejor prueba de ello es que, al contrario de lo que sucedería con la costumbre, que es por definición una norma jurídica, la Administración puede en ciertos casos apartarse legítimamente de una reiterada práctica administrativa.

La única virtualidad jurídica de las prácticas administrativas es probatoria. Facilitan la prueba de que existe un precedente y de cuál es su contenido y alcance.

3. *El encuadramiento sistemático del precedente administrativo.*

Creo, por todo lo expuesto, que no es correcto tratar el precedente administrativo, como normalmente se hace (71), en sede de fuentes

(69) *Op. cit.*, vol. I, pp. 400 y ss.

(70) No es un concepto claramente definido, ya que de *práctica* se habla también para señalar modos de actuar internos de la Administración, usos burocráticos; en este sentido, tiene gran interés para la Ciencia de la Administración.

(71) Véase nota 3.

del Derecho administrativo, junto con la costumbre. Sería más acertado, por el contrario, su tratamiento en materia del principio de legalidad y, más concretamente, de control de la discrecionalidad administrativa.

APÉNDICE

Sentencias del Tribunal Supremo que, en el período 1976-80, hacen referencia al precedente administrativo. (Las que van seguidas de un asterisco son aquéllas en las que se sostiene el requisito negativo de la ilegalidad del precedente).

- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1976 (Ar. 812) *
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1976 (Ar. 1762)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1976 (Ar. 2087) *
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1976 (Ar. 2092) *
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1976 (Ar. 4068)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1976 (Ar. 4526) *
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1977 (Ar. 893) *
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1977 (Ar. 686)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1977 (Ar. 2643) *
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1977 (Ar. 2647) *
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1977 (Ar. 3220) *
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1977 (Ar. 3921) *
- Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1977 (Ar. 4585) *
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Nbre. de 1977 (Ar. 4140) *
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1978 (Ar. 976) *
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1978 (Ar. 1122)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1978 (Ar. 3155) *
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1978 (Ar. 3052)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1979 (Ar. 1562) *
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1979 (Ar. 2385)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1979 (Ar. 2387) *
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1979 (Ar. 2683) *
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1979 (Ar. 2990) *
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1979 (Ar. 3476)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1979 (Ar. 4269)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Nbre. de 1979 (Ar. 4447)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Nbre. de 1979 (Ar. 4066) *

- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Dcbre. de 1979 (Ar. 4721) *
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1980 (Ar. 1706)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1980 (Ar. 2101) *
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1980 (Ar. 2299) *
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1980 (Ar. 3182) *
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1980 (Ar. 3919) *
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1980 (Ar. 3923) *
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Dcbre. de 1980 (Ar. 5060) *
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Dcbre. de 1980 (Ar. 5130)