

EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

Por JOSÉ ORTIZ DÍAZ

Profesor Adjunto de Derecho Administrativo
en la Universidad de Sevilla.

SUMARIO: 1. Su discriminación de otras fuentes jurídico-administrativas. a) De la costumbre. b) De las prácticas administrativas. c) De la jurisprudencia administrativa. d) De la llamada doctrina legal. e) De los principios generales del derecho.—2. El «precedente» y la potestad reglada.—3. El «precedente», las lagunas de la legislación y los principios generales del derecho.—4. El «precedente» y la doctrina de los actos propios.—5. La regla «*Ubi eadem est ratio, ibi eadem dispositio juris esse debet*» y su aplicación por el Tribunal Supremo.—6. Precedente administrativo, potestad discrecional y principio de igualdad de los ciudadanos ante la Administración. Presupuestos del «precedente».—7. Concepto del «precedente» administrativo.—8. Reiteración de precedentes.—9. El «precedente» ante las nuevas técnicas administrativas.—10. Fórmula para garantía de los administrados.

1.—SU DISCRIMINACIÓN DE OTRAS FUENTES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS.

Algunos autores suelen tocar el tema del «precedente» al tratar las fuentes del ordenamiento administrativo. Empero su estudio no ha sido quizás lo suficientemente profundo para diferenciarlo de otras figuras jurídicas afines, por lo que aparece muchas veces confundido y un tanto desdibujado en la temática general de las fuentes del Derecho administrativo, si bien puede advertirse unanimidad en la doctrina respecto a su ineficacia jurídica. La jurisprudencia, por otra parte, adopta soluciones contradictorias en relación al valor que tienen los precedentes en nuestra disciplina, consecuencia en ciertos casos de la mencionada confusión (1).

(1) Escribe TONY SAUVEL (*Essai sur la notion de précédent*, en «Recueil Dalloz et Sirey». Chronique, junio 1955, pág. 93) que la noción del precedente es relativamente joven. Aun cuando muchas de las ideas jurídicas sobre las que vivimos proceden de la antigua Francia y algunas se remontan al derecho romano, la noción del precedente no tiene dos siglos. Los magistrados de Luis XIV y Luis XVI pronunciaban los *arrêts* desprovistos de motivos. Ningún litigante sabía ni tenía derecho a saber por qué había ganado o perdido todo proceso, fuera civil o criminal; se terminaba por una simple

Al ensayar la construcción jurídica del «precedente» e intentar su matización, valor y encuadre en las fuentes del derecho administrativo, procede que previamente realicemos una labor de discriminación y lo distingamos de aquellas otras con las que erróneamente se le identifica, costumbre, principios generales del derecho, usos y prácticas administrativas, jurisprudencia contencioso-administrativa y gubernativa, doctrina legal, etcétera, para de esta forma deslindar mejor su campo de actuación y precisar con la suficiente nitidez su valor en la Administración.

a) Se distingue el precedente administrativo de la costumbre por varias razones: subjetivamente, esta última procede del pueblo, mientras que aquél de la Administración, y aunque puede ocurrir que los funcionarios integren lagunas de la legislación con costumbres del lugar —en el supuesto de aplicación del artículo 6.º del Código civil al administrador (1 bis)—, siempre el origen de la fuente sería popular (2). La regla con-

afirmación que daba o no razón, sin un razonamiento para apoyarla. Este laconismo de la justicia era cosa querida, estimada por los Parlamentos como una de las prerrogativas que jamás los reyes habían criticado. Resultaba así que los *arrêts* sin motivos no podían ni debían jamás suministrar ningún argumento a otros litigantes. Varias generaciones de togados han repetido las palabras atribuidas al Presidente Harlay, quien dijo de un *arrêt* por él pronunciado: «Il est bon pour celui qui l'a obtenu». Invocar un precedente era imposible.

(1 bis) Vid. sobre el tema: CLAVERO ARÉVALO: *La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo*, REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 7, enero-abril 1952.

(2) DE CASTRO restringe acertadamente el concepto de costumbre a la creada *ex factis* por las agrupaciones sociales no incluídas en el mecanismo estatal.

CASTÁN, en relación con los requisitos del lado externo de la costumbre, dice que se estima no ser necesario que el uso proceda del pueblo mismo, pues puede manifestarse a través de los órganos de la colectividad, o sean las autoridades administrativas, y en la esfera del Derecho privado de los Tribunales (*Derecho Civil español, común y foral*. Tomo I, Introducción y parte general. Vol. I, Ideas generales. Teoría de la norma jurídica. Madrid, 1951, pág. 304). También ENNECERUS señala que «si los Tribunales o las autoridades administrativas aplican tales usos en su jurisprudencia o práctica reiteradas, dan con ello expresión a su reconocimiento a títulos de órganos de la colectividad» (*Derecho Civil, Parte general, tomo I, pág. 156*. Barcelona, 1934).

A nuestro juicio, la aplicación por las autoridades administrativas, o por los Tribunales, de la costumbre, no le priva a ésta nunca de su origen popular, de su carácter de fuente intuitiva y colectiva de la regla del derecho, como la configura SCELLE. Cosa bien distinta son las costumbres propias de los funcionarios, que constituyen en estricto sentido las prácticas administrativas. Igualmente es diferente el «usus fori», entendido como práctica o modo usual con que los Tribunales suelen proceder para ordenar y desarrollar los juicios (que podemos calificar de prácticas judiciales), o como reiterada y uniforme aplicación del Derecho por los Jueces y Tribunales (Jurisprudencia). Ciertamente que, como señala LAMBERT, en ninguna de las fases históricas de

suetudinaria existe con independencia del administrador. Es algo exterior a él.

GARCÍA OVIEDO (3) diferencia la costumbre de las prácticas administrativas precisamente por su origen, y éste es también el criterio de BIELSA (4), que separa la costumbre administrativa de la práctica o rutina burocrática. El profesor argentino, después de afirmar que la costumbre es derecho que vive en la conciencia jurídica del pueblo, dice que «más precisamente por costumbre jurídico-administrativa debe entenderse aquel «derecho» que surge espontáneo en la actividad; al paso que por práctica administrativa burocrática se comprende esa forma de entender o interpretar las leyes y los reglamentos por parte de los funcionarios. Sin embargo, estos autores y otros que pudieran citarse, utilizan un criterio subjetivo y separan la costumbre de las prácticas administrativas, pero no del precedente. Ello es debido a que en la denominación de prácticas burocráticas incluyen los usos de los funcionarios, la rutina administrativa y los precedentes, sin aparecer éstos con su adecuado y correcto significado. A continuación distinguiremos los precedentes de las prácticas administrativas.

Desde un punto de vista material, la costumbre es derecho no escrito, y el precedente, *ius scriptum* (5). No obstante, YORUDZU ODA (6), al estudiar las fuentes del Derecho administrativo, distingue el derecho escrito y el no escrito, e incluye dentro de este último el derecho consuetudinario,

nuestra civilización occidental ha germinado el Derecho exclusivamente de la conciencia popular, sin ayuda de la intervención de los Tribunales o de algún otro órgano de revelación (*La fonction du Droit civil comparé*, tomo I, pág. 130), pero esta intervención no oscurece en modo alguno la procedencia del derecho consuetudinario. Cfr. sobre la costumbre: RANELLETTI: *La consuetudine come fonte del diritto pubblico interno*, en «Rivista di Diritto pubblico», 1913; LONGO: *Della consuetudine come fonte del diritto pubblico*, Palermo, 1892; BOBIO: *La consuetudine como fatto normativo*, Padova, 1940; REGLADE: *La coutume en droit public interne*, Burdeos, 1919; FORTI: *Diritto Amministrativo*, vol. I, págs. 91 y ss. Napoli, 1931.

(3) *Derecho administrativo*, ed. 1953, págs. 41-42.

(4) *Legislación administrativa argentina*, tomo I, Buenos Aires, 1929.

(5) Obsérvese, no obstante, como dice ORLANDO, que la distinción entre *ius scriptum* e *ius non scriptum* se sirve de un criterio material que si en la mayor parte de los casos es verdadero, no es ciertamente esencial, ni indica la verdadera característica jurídica de aquella distinción. (*Le fonti del Diritto amministrativo in generale*, volume primo. Primo Trattato completo, pág. 1046.) La distinción tampoco obedecía en el Derecho romano a ese criterio material. La recogen las Instituciones de Justiniano (Inst. I, 2, 3), inspirada en los griegos, y no responde a la concepción de la época clásica. (Cfr. IGLESIAS: *Instituciones del Derecho romano*, vol. I, 1950, pág. 18.)

(6) *Principes de Droit administratif du Japon*, París, 1928, pág. 11.

que a su vez, y en su sentir, comprende: los precedentes administrativos, las costumbres populares y la jurisprudencia de *arrêts*.

Aunque no hay opinión unánime respecto al número necesario de repeticiones de un acto para producir la costumbre, ni tampoco para el precedente, la costumbre requiere, junto con la reiteración de los actos, cierta antigüedad (7), mientras que, a nuestro juicio, en el precedente administrativo no juega ni el factor tiempo ni la repetición de casos, porque él no se basa en la reiteración de actos, sino como más adelante se dirá, en la concreción del principio de igualdad. Le falta, pues, el elemento material de la costumbre: el uso. Basta por tanto un «precedente» para que pueda invocarse la autoridad del mismo. A pesar de las diferencias señaladas, el precedente y la costumbre ofrecen parecido en cuanto a su modo de formación, ambos son producto de un proceso de inducción. De casos concretos indúcese la norma o regla general, a diferencia de la ley que establece por vía de generalidad y de la que dedúcese la aplicación a supuestos específicos y particulares.

b) Es muy frecuente observar en los tratadistas utilizados similarmente los términos prácticas administrativas y precedentes. Así, ALVAREZ GENDÍN (8), nos dice, que las reiteradas resoluciones de las autoridades administrativas que equivalen a las reiteradas resoluciones de los jueces —Jurisprudencia—constituyen las prácticas administrativas y que éstas no obligan

(7) Escribe DE CASTRO que «las Partidas determinan, como el Código civil, la necesidad de que el uso se concrete en un lugar, y, a pesar de las cuestiones que los autores recogen de la glosa, se llega a la conclusión de que no se puede determinar el número de actos ni el de años necesarios para la consolidación del uso y que sólo se debe indicar que ha de ser tan antiguo, frecuente y constante como para crear la racional seguridad de su continuidad en el próximo futuro. (*Derecho civil de España*, Parte general, tomo I, Valladolid, sin fecha, pág. 328.)

Se ha considerado como requisito necesario de la costumbre (teoría procedente del Derecho canónico) la duración por el tiempo necesario para la prescripción. COVIELLO, empero, hace notar que el requisito de la prescripción se requiere sólo para lo *consuetudo contra legem*. CASTÁN recoge la anterior opinión y dice se estima que basta con que el uso tenga un tiempo suficientemente largo para que, según el criterio del Juez, pueda verse en él una regla consagrada o consolidada, sin que puedan señalarse plazos, ni siquiera exigirse gran antigüedad, pues al lado de la *inveterata consuetudo*, pueden existir y existen costumbres de formación reciente, sobre todo en aquellas materias, por ejemplo, las comerciales, en las que la movilidad de los negocios es muy intensa y rápida. (Ob. cit., pág. 303.)

WALING se plantea la interrogante, también, de a partir de qué número de precedentes puede considerarse la costumbre establecida, e inversamente, el juego de la *desuetudo*. (Cfr. *Traité élémentaire de Droit administratif*, 6.^a ed., pág. 18.)

(8) ALVAREZ GENDÍN: *Manual de Derecho Administrativo*, Zaragoza, 1941, pág. 161.

tan siquiera por razones de equidad. No obliga la reiteración de dos o más actos administrativos precedentes en unas mismas circunstancias. GARCÍA OVIEDO (ob. cit.) tampoco distingue prácticas de precedentes, señala que en ocasiones y a falta de disposiciones exactamente aplicables al caso, suelen resolver las autoridades administrativas sus asuntos según tradiciones o precedentes de índole burocrática. Estas son las prácticas, que como las costumbres son usos, con la diferencia de que no brotan del pueblo, sino de los funcionarios (9).

El Nuevo digesto italiano señala que la «Prassi» administrativa tiene alguna analogía con lo que en las relaciones políticas y diplomáticas se llama el «precedente» y en la vida forense la «Jurisprudencia constante». Con dicha frase se indica el modo uniforme con el que la Administración Pública regula determinada actividad, o determinadas relaciones jurídicas en relación con los ciudadanos (Voz «Prassi» administrativa, tomo X, página 120.)

A nuestro juicio, puede marcarse una diferencia entre el «precedente» y las prácticas administrativas. Estas últimas constituyen meras normas usuales de carácter y eficacia puramente interna para la administración, derivadas de principios de técnica administrativa o de buena administración, que los funcionarios siguen en el desarrollo de su actividad, estilo corriente de proceder de éstos (10). Forman, como nos dice POSA-

(9) Identifica también prácticas con precedentes GUENECHEA, *Ensayo de Derecho Administrativo*, tomo I, Bilbao, 1916, pág. 66.

(10) PRESSUTTI niega a las prácticas administrativas el carácter de fuente del derecho objetivo, y señala que no constituyen normas jurídicas y, por tanto, de ellas no nacen ni derechos ni obligaciones para los sujetos extraños a la administración, no pudiendo éstos exigir jamás la observancia de las mismas, si bien los funcionarios deben respetarlas, e incurrir en responsabilidad jurídica cada vez que, sin justificado motivo, en cualquier caso no la observan. (*Instituzioni di Diritto amministrativo italiano*, 2.ª ed., Roma, 1930, págs. 74 y 75.) RANELLETTI considera a las prácticas administrativas «fuentes de normas de administración puramente internas». (*La consuetudine come fonte del diritto pubblico interno*, «Rivista di Diritto pubblico», 1913, pág. 163.) La práctica administrativa se forma, en opinión de MARELE, a través de una conducta concordemente seguida por los oficios de un ramo de la administración en las materias de su competencia y da origen a reglas de conducta cuyo vigor se limita exclusivamente a aquéllos. (*Principi di Diritto amministrativo*, tomo I, Padova, 1953, pág. 213, y *Profilo della consuetudine nel sistema delle fonti del diritto interno*, en «Stato e Diritto», 1943, pág. 8).

ZANOBINI opina, por el contrario, que no sería exacto considerar la «prassi» administrativa una costumbre de carácter interno (*Corso di Diritto amministrativo*, volume primo, Milano, 1947, pág. 70). GIANNINI considera a la «prassi» administrativa el principal medio integrativo para los actos administrativos. No es una fuente del derecho

DA (11), el *esprit de suite* de la burocracia, las tradiciones propias de los empleados; en una palabra, la rutina administrativa. El precedente, por el contrario, es algo más; implica la resolución sustantiva de la Administración sobre cuestiones sometidas a la misma y generadora de derechos e intereses para los particulares.

c) Resulta no menos necesario, en esta labor de discriminación que venimos realizando, fijar el concepto de jurisprudencia frente al de precedente (12). En este sentido debe mencionarse el criterio de BALLBÉ, que estima desmesurada en cierto punto la extensión del concepto típico de jurisprudencia. El concepto técnico-jurídico de jurisprudencia, dice, cualificado subjetivamente por dimanar los fallos que integran su contenido de órganos públicos resolutorios de conflictos —los Tribunales típicamente—, ha sido objeto en el campo del Derecho administrativo de una extensión cuya validez científica precisa ponderar. Ha expresado buena parte de la doctrina, así española como extranjera (CAÑAMAQUE, SANTAMARÍA, GUENECHEA, A. POSADA, ROYO, FERNÁNDEZ DE VELASCO, MICHELE LA TORRE...), que el concepto de jurisprudencia tiene en el sector de la dogmática jurídico-administrativa mayor complicación que en otras ciencias jurídicas, pues abarca no sólo las sentencias del Tribunal Supremo, sino que acoge también: a) las resoluciones de los órganos superiores de la Administración activa, y b) los Decretos decidiendo las cuestiones de competencia, entre las autoridades administrativas y judiciales. Añade BALLBÉ, que si sólo se ve en la jurisprudencia un amorfo conglomerado de pronunciamientos de cualquier clase, si se entiende que el concepto se determina

administrativo. Es un uso de la Administración, repetido y consolidado, pero con el pleno conocimiento de su carácter no normativo (*Lezioni di Diritto amministrativo*, volume primo, Milano, 1950, pág. 360).

Cfr. sobre las prácticas administrativas: la voz «Prassi», en *Enciclopedia Treccani*; PERGOLESI, *Saggi su le fonti normative*, Milano, 1934, pág. 108; LEFEVRE D'OIDIO, *L'inosservanza della prassi amministrativa come vizio di eccesso di potere*, en «Foro Amministrativo», 1936, I, pág. 102; BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, en «Rassegna di Diritto pubblico», 1950, pág. 25; KELLER, *Die Willkürbeschwerde*, 1944, págs. 41 y ss.; ARNALDO DE VALLES, *Elementi di Diritto amministrativo*, 2.ª ed., Padova, 1951, pág. 35; BELMÁS, *La pratique administrative, source de droit*, These, Toulouse, 1932.

(11) ADOLFO POSADA: *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1897, pág. 144.

(12) Nos referimos a las diferencias existentes entre jurisprudencia y «precedente» administrativo. La significación del precedente judicial no entra dentro del marco de este trabajo. Vid. sobre el mismo: ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR: *El precedente judicial anglosajón y la jurisprudencia española*, «Revista de Legislación y Jurisprudencia», mayo 1948, tomo 183.

únicamente por el mero agrupamiento de decisiones de toda índole y naturaleza, puede, en efecto, considerarse como jurisprudencia el conjunto de las decisiones de la Administración activa, y propugnarse por la ampliación de que se trata. Pero si se deja de lado esta visión superficial del problema, a través de la cual la jurisprudencia como institución jurídica, pierde todo su peculiar sentido, y se tiene en cuenta el principio que informa y anima la institución, prestándola propia sustantividad, principio que no es otro que el subjetivo del origen de los fallos que integran su contenido, dimanados de órganos públicos resolutorios de conflictos —los Tribunales típicamente—, ha de desecharse la ampliación propugnada por lo que toca a las resoluciones emanadas de la Administración activa, cuya naturaleza y esencia jurídicas no tienen por regla general puntos de contacto con los fallos que encuentran su fuente en los Tribunales. Y esta exclusión cobra propio sentido y singular relieve si se tiene en cuenta que las decisiones emanadas de los órganos de la Administración activa encuentran acogida en otro capítulo de las fuentes jurídico-administrativas, el de la teoría del precedente administrativo, tan interesante y discutida en el campo de nuestra ciencia, cual puede serlo el de la jurisprudencia en la teoría general del Derecho. En conclusión, estima que, en el Derecho administrativo, el concepto de jurisprudencia está formado por su contenido típico, los fallos del Tribunal Supremo atinentes a materias administrativas y además por los Decretos resolviendo las cuestiones de competencia surgidas entre autoridades del orden administrativo y del judicial, dada la verdadera naturaleza de esta función, que ha llevado a que buena parte de la doctrina jurídica propugne por su atribución a los Tribunales, bien ordinarios, bien de carácter especial (13).

En atención, pues, a un criterio formal u orgánico, el ámbito del precedente queda circunscrito a las resoluciones de la Administración activa (14), y el de la jurisprudencia a los fallos de los tribunales en materias

(13) BALLBÉ: *Jurisprudencia administrativa* (Sala 3.^a del Tribunal Supremo). I. Concepto, valoración y nuevos rumbos. «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», tomo 171, abril, 1942, pág. 422. Es explicable que este autor no toque, al plantearse el concepto de la jurisprudencia administrativa, la naturaleza de las resoluciones del Consejo de Ministros sobre recurso de agravios, habida cuenta de la inexistencia de tales recursos en la fecha de la publicación, objeto de cita.

(14) Cabría plantearse la cuestión de si el segundo motivo de interposición del recurso de revisión contra las sentencias firmes de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y las Audiencias Territoriales (apartado *b*), art. 102, de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956) cons-

contencioso-administrativas. Dentro de esta última, y con la peculiaridad de no adoptar las formas de sentencias, ni de proceder de órganos jurisdiccionales, al menos formalmente, deben incluirse los Decretos de resolución de conflictos jurisdiccionales y las resoluciones de recursos de agravios. La llamada por algunos autores (15) jurisprudencia gubernativa o administrativa para diferenciarla de la contenciosa, no es propiamente jurisprudencia. Aparte de la razón subjetiva, porque materialmente la función que la Administración realiza en la actividad que crea dicha jurisprudencia (resolución de recursos en vía administrativa), consiste principalmente en la revisión de la actividad administrativa, sin la existencia de un auténtico pleito o litigio, nota característica de la fiscalización jurisdiccional contencioso-administrativa.

Los fallos integradores de la jurisprudencia administrativa, propiamente dicha, van a tener además la característica de los efectos de cosa juzgada, de la que carecen las resoluciones que constituyen la denominada jurisprudencia gubernativa (16).

tituye la invocación de un precedente. En realidad, se trata del respeto a la santidad de la cosa juzgada de la sentencia anterior, más que del precedente. Sin embargo, la redacción del precepto en la nueva ley hace pensar en la consagración del principio de igualdad, fundamento del precedente. Se determina en el mismo que podrá utilizarse el recurso extraordinario de revisión: «Si las Salas de lo contencioso-administrativo hubieran dictado resoluciones contrarias entre sí, respecto a los mismos litigantes u otros distintos en igual situación, acerca del propio objeto y en fuerza de idénticos fundamentos.» Rómpease con él la identidad subjetiva característica de la cosa juzgada.

Sobre este tema nos ocuparemos detenidamente en otro lugar.

(15) GASCÓN Y MARÍN: *Derecho Administrativo*, tomo I, 11.^a ed., Madrid, 1950, pág. 120.

ROYO-VILLANOVA: *Elementos de Derecho Administrativo*, tomo I, 24.^a ed., pág. 58, Valladolid, 1955.

(16) Vid. GONZÁLEZ PÉREZ: *La cosa juzgada en lo contencioso-administrativo*, REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 8, pág. 67.

Estima este autor que es imprescindible reducir el ámbito de la cosa juzgada a los efectos de los fallos de los órganos jurisdiccionales, reaccionando contra cierto sector doctrinal que considera aplicable la institución a los efectos de los actos administrativos. Aun admitiendo —dice— que en ocasiones el acto administrativo es irrevocable y produce efectos análogos, dentro de su ámbito, a los de la sentencia, no es acertado emplear el término «cosa juzgada» para designar efectos de algo que no presupone un «juicio».

Aparte de la cuestión terminológica, las principales objeciones que a su parecer merece la tesis de la cosa juzgada del acto administrativo son las siguientes: a) Que la cosa juzgada implica siempre imposibilidad de una nueva declaración sobre la materia ya resuelta por sentencia firme, y la Administración puede revocar sus actos firmes, ya que la revocabilidad es una de las características esenciales del acto adminis-

d) Distinguido el «precedente» de la jurisprudencia, conviene quizás aludir a la llamada doctrina legal tantas veces confundida con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Doctrina legal es la que surge de la ley misma o resulta lógicamente de ella (17); es la que tiene valor normativo conforme a la que se ha de fallar el pleito (18). Debe tenerla, por tanto, presente el juez, a diferencia del precedente que, como decíamos, operaba en la esfera del administrador. En el derecho español la doctrina legal sólo tiene valor a los efectos de interposición del recurso de casación civil, sin aplicación como es sabido en el campo administrativo (19).

trativo; b) Que cuando el acto administrativo es firme en vía administrativa, causando estado, es posible impugnarle ante los órganos de la jurisdicción administrativa, bien por el particular o por la misma Administración cuando el acto es declarativo de derechos; c) Que en Derecho administrativo, como ha dicho LIEBMAN, no puede hablarse de una inmutabilidad de los efectos, porque indudablemente la autoridad administrativa puede dictar un segundo acto que, sin revocar expresamente el primero, anule o modifique sus efectos; d) Por estas razones, añade, aun cuando existan supuestos (como el del acto declaratorio de derecho cuando han transcurrido cuatro años desde que se dictó) en que los efectos del acto administrativo son similares a los de la cosa juzgada de la sentencia, es preferible reducir el campo de la cosa juzgada a las sentencias y estudiar con técnica propia la eficacia del acto administrativo. De aquí que cuando en la práctica nos enfrentemos con la imposibilidad de revocar o impugnar un acto administrativo ante los órganos jurisdiccionales, sin que tal acto haya sido confirmado por una sentencia, no estamos ante los efectos de la cosa juzgada. La cosa juzgada entra en juego sólo cuando ha habido una sentencia.»

Debe pensarse, sin embargo, en el valor de cosa juzgada de las resoluciones de recursos de agravios y de los Decretos resolutorios de conflictos jurisdiccionales, ambos sin adoptar la forma de sentencias.

El valor de cosa juzgada de las resoluciones de recursos de agravios acordadas en Consejo de Ministros fué declarada por las de 27 de junio y 21 de julio de 1952 («B. O.» de 23 de octubre y 7 de noviembre). Cfr. sobre el particular: PÉREZ HERNÁNDEZ, *El recurso de agravios*, Pamplona, 1954, págs. 187 y ss. Mantiene este autor que la resolución del recurso de agravios, al poseer éste carácter jurisdiccional, produce el efecto de cosa juzgada material. Así lo entendió siempre —agrega— el Consejo de Estado (pág. 191).

(17) PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil*, vol. II, pág. 367.

(18) DE CASTRO, ob. cit., págs. 431 y 511.

(19) El artículo 101 de la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa establece que: «las sentencias de las Salas de lo contencioso-administrativo de las Audiencias Territoriales que no sean susceptibles de apelación ordinaria podrán, sin embargo, ser impugnadas, en interés de la Ley, por la Abogacía del Estado, aunque no hubiera intervenido en el procedimiento, mediante un recurso de apelación extraordinaria, cuando estime gravemente dañosa y errónea la resolución dictada... La sentencia que se dicte respetará la situación jurídica particular derivada del fallo que se recurre y fijará la *doctrina legal*».

Este recurso de apelación extraordinario fué creado por el Decreto-ley de 8 de mayo de 1931. (Cfr. MARTÍN RETORTILLO, *Recurso extraordinario de apelación, nuevas*

e) Finalmente, las relaciones del precedente con los principios generales del derecho, las trataremos con mayor oportunidad en otro apartado.

2. EL «PRECEDENTE» Y LA POTESTAD REGLADA.

La doctrina que mantiene el carácter negativo del precedente parece referirse fundamentalmente cuando hace tal manifestación a los casos de actos reglados para el funcionario. Es cierto que entonces la Administración encuentra su actividad completamente constreñida por la ley, el reglamento u otro precepto legal anterior y que carece de libre apreciación, ya que obrar regladamente significa para aquélla, como dice GARCÍA OVIEDO (20), tener que ajustar su actuación al contenido, requisitos o límites dictados por una norma o precepto anterior. La conducta de la autoridad administrativa está fijada por la ley; hay en terminología francesa competencia ligada (21) y el acto administrativo calificado de «precedente» no tiene otro valor que el que le preste su conformidad con la ley, en cuyo caso es ésta y no aquél la fuente de la legalidad administrativa (22).

notas sobre lo contencioso-administrativo, Madrid, 1951, págs. 270 y ss. El texto refundido de 1952 recogía dicho recurso y señalaba que era análogo al de casación que en beneficio de la doctrina legal establece la Ley de Enjuiciamiento y cuya finalidad exclusiva sería la de velar por la fijación de la verdadera doctrina legal (art. 21):

(20) GARCÍA OVIEDO: *Derecho Administrativo*, ed. 1953, pág. 94.

(21) Vid. sobre la competencia ligada y el poder discrecional de las autoridades administrativas, MICHOUX, *Etude sur le pouvoir discretionnaire de l'administration*, «Revue générale d'administration», 1914, tomo III.

(22) BALLBÉ: *Jurisprudencia administrativa*, «Revista de Legislación y Jurisprudencia», tomo 171, pág. 433.

El *Nuevo Digesto*, que, como decíamos, asemejaba la *prassi* administrativa al precedente, señala que cuando la actividad administrativa sea reglada no puede invocarse aquélla. (Voz «Prassi» administrativa, ob. cit.)

El precedente en la jurisprudencia de agravios.—Según el artículo 4.º de la Ley de 18 de marzo de 1944, el recurso de agravios sólo puede fundarse en vicio de forma o infracción expresa de una Ley, un Reglamento u otro precepto administrativo. Escribe PÉREZ HERNÁNDEZ (ob. cit., pág. 99) que si la pretensión en el recurso de agravios no aparece externamente con un fundamento legal, sino que se alegan razones de equidad, criterios técnicos, el precedente administrativo, o se deduce como petición de gracia, el recurso se declara improcedente, sin entrar en el fondo del asunto, por falta de uno de los presupuestos procesales del objeto: la causa.

El acuerdo de 1.º de mayo de 1947 («B. O.» 3 septiembre) establecía que el recurso de agravios ha de fundarse en vicio de forma o infracción expresa de una Ley, un Reglamento u otro precepto administrativo, entre los que no figura el simple «precedente».

Sin embargo, la autoridad, aún dentro de la potestad reglada, al ejecutar la ley, realiza en muchas ocasiones funciones de interpretación previa a las de aplicación. Esta interpretación se lleva a cabo, según CAETANO (23), de dos maneras: *a*) por medio de «instrucciones» u «órdenes de servicio» en que explican a los funcionarios subordinados cuál es el significado de la ley, y ordenan que se unifique la interpretación de sus preceptos, según un criterio fijado de modo genérico para la resolución de todos los casos que se presenten; *b*) por medio de «jurisprudencia burocrática», es decir, adoptando cierta orientación uniforme en la decisión de los casos concretos, respetando en cada nuevo caso el precedente establecido por los anteriores. En el segundo supuesto, citado por el profesor portugués, cuando la autoridad efectúa la interpretación de la ley en el momento de resolver el caso concreto ante ella planteado, cabría preguntarse si tal modo de interpretación constituye un «precedente» para los ulteriores o si, por el contrario, sirve únicamente para solucionar el problema presente.

DE CASTRO (24) estima que la interpretación de la Administración y de los cuerpos especializados no tiene valor decisivo más que para el caso de que se trate. Indudablemente no puede decirse que de la interpretación que realiza la Administración en un caso o de las que verifica en varios, se derive una norma de derecho para las interpretaciones posteriores, ya que la fuente jurídico-administrativa sería siempre la norma que se interpreta y no la manera como se verifica la interpretación ni la resolución que se adopte como consecuencia de ella. «Los precedentes», que pudiéramos calificar de interpretativos, no constituyen, pues, en modo alguno fuente de la legalidad administrativa, ya que ésta sigue radicando en la norma objeto de interpretación. Como señala CAETANO (25), la interpretación hecha por las autoridades administrativas no obliga a los Tribunales que conservan su libertad en la apreciación de la legalidad de las decisiones tomadas de acuerdo con dicha interpretación; y carece como manifiesta reiteradamente nuestro Tribunal Supremo de valor especial, aún

(23) CAETANO: *Tratado elemental de Derecho Administrativo* (Teoría general). Traducción y notas de LÓPEZ RODÓ, Santiago de Compostela, 1946, pág. 79.

(24) DE CASTRO: *Derecho Civil de España*. Parte general. Valladolid, 1943, página 390.

(25) CAETANO: ob. cit., pág. 80. Vid. sobre la interpretación administrativa, especialmente: GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939.

la efectuada mediante preceptos de carácter general (26). No obstante, el administrador, al presentársele un caso idéntico a otro u otros que ya resolvió y tener que realizar también como en aquéllos, funciones de interpretación, debe tener en cuenta la manera como lo hizo anteriormente para no dar aplicaciones completamente distintas y para mantener el principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley y en cierto modo la que pudiera llamarse igualdad ante la interpretación de la norma jurídica.

3.—EL PRECEDENTE, LAS LAGUNAS DE LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

Cuando el administrador se encuentra ante una laguna de la legislación administrativa deberá atenerse en nuestro ordenamiento jurídico a las normas del artículo 6.º del Código civil, ya que, según ha demostrado CLAVERO ARÉVALO (27), de *lege ferenda*, no existe ni con mucho antinomia entre dicho artículo y el orden jurídico administrativo y la cuestión de las lagunas e imperfecciones de la legislación administrativa se plantea, como dice este autor, en forma directa e inmediata, no sólo para los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino también para los propios órganos de la Administración activa, deliberante, consultiva y de vigilancia (28). El administrador, por tanto, al enfrentarse con una laguna del ordenamiento, deberá, en el ejercicio de su función administrativa, aplicar la costumbre del lugar y en su defecto los principios generales del derecho, y esta conducta la seguirá en el ejercicio de la potestad jurisdiccional y también en la de mando y de gestión, no en cambio en la discrecional, en la que, como es sabido, no hay ausencia de preceptos jurídicos, sino atribución por el Derecho de una libertad de apreciación (29). Si con posterioridad a esta primera decisión adoptada se le vuelve nuevamente a plantear al administrador otro caso idéntico o parecido, tampoco regulado o previsto por el ordenamiento administrativo, tendrá que integrar

(26) Sentencias de 4 de mayo de 1943 y 28 de febrero, 16 y 28 de marzo y 25 de abril de 1944.

(27) *La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo*, REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 7, 1952, pág. 51.

(28) CLAVERO ARÉVALO: ob. cit., pág. 94.

(29) BALLBÉ: *Derecho administrativo*, separata de la «Nueva Enciclopedia Jurídica», Barcelona, 1949, pág. 64.

la laguna otra vez con la doctrina de los principios generales del derecho en defecto de costumbre del lugar, y puede acaecer que el mismo principio general se emplee nuevamente, pero ello no en virtud del caso «precedente», ya que el primer supuesto estaba reglado, si no por una norma jurídico-positiva escrita, sí al menos por un principio general del derecho. El nuevo supuesto también lo está, por el mismo principio general, y es porque en definitiva la cuestión de las lagunas se plantea principalmente en función del derecho escrito, puesto que todo problema jurídico encuentra su adecuada solución jurídica, en los principios generales del derecho, que constituyen la base y la techumbre de todo el ordenamiento jurídico (30).

Aclaremos este punto. Pensemos que ante un caso no regulado por la legislación, y en consecuencia ante una laguna del ordenamiento, el administrador la integra con arreglo a un determinado principio general. Ulteriormente, se le presenta un caso parecido o idéntico al anterior, tampoco regulado, y el administrador entonces nuevamente intenta la integración. Pudiera pensarse que el administrador debe aplicar la misma solución jurídica, porque *ubi est eadem ratio ibi eadem dispositio esse debet* (principio que consagra la analogía). Más los principios que informan la ley referente al primer caso y los que la hacen respecto al segundo, pueden ser distintos. Así, vbg., el Catedrático de Universidad y el Profesor Adjunto de la misma, no obstante ser figuras análogas, pueden estar regulados por preceptos cuyos principios informadores sean de criterios distintos (incluso dentro de un mismo cuerpo legal), y la integración de una laguna que presente la legislación referente al segundo, tendría que realizarse de acuerdo con los principios de la propia normatividad de Adjuntos y no aplicando sin más y por analogía una determinada disposición relativa a Catedráticos, por el hecho de constituir funcionarios análogos o parecidos. En los principios generales del Derecho hay, según COVIELLO (31), una especie de jerarquía entre ellos, ya que todos no son igualmente generales y no siempre se recurre a los supremos principios generales. La analogía puede considerarse incluida en esta última categoría y, por consiguiente, sólo debe aplicarse después de la inexisten-

(30) Utilizamos aquí el término «derecho escrito» en sentido vulgar y no circunscrito al significado estricto del mismo que fué aludido.

(31) COVIELLO: *Manuale di Diritto civile*, vol. I, pág. 88, Milano, 1910.

cia de los que pudieran llamarse principios generales concretos referentes a una determinada institución jurídica (32).

Por otra parte, en el derecho español el juez no puede en modo alguno quedar vinculado para el futuro por la doctrina del precedente (33), porque no es fuente de derecho. La función integradora que el art. 6.º le encomienda, vale únicamente para el caso que está llamado a decidir. Ello no significa que le esté prohibido la aplicación de la analogía, sino que ésta no le quita la libertad de juzgar diversamente pleitos nuevos, la analogía no le ata para el futuro. A diferencia del derecho angloamericano (34)

(32) Nuestro Código civil parece sentar tal doctrina en la disposición transitoria 13.

(33) En general, sobre la cuestión de la vinculación del Juez por la doctrina de la analogía, cfr. B. BRUGI, *L'analogia del diritto e il così detto giudice legislatore*, «Dritto commerciale», 1916, I, 262 y ss.; y PACHIONI: *I poteri creativi della giurisprudenza*, «Riv. Dir. Commerciale», 1912, I, 40 y ss.)

(34) Si en los regímenes que arrancan del sistema romano el legislador es el creador del derecho, la ley escrita, la fuente principal de las normas jurídicas y los textos legales son esencialmente la legislación codificada en donde están promulgados los preceptos vigentes, por el contrario, en el sistema angloamericano del *common law*, el juez es, principalmente, el autor del derecho, las decisiones judiciales son la fuente primordial de los principios jurídicos, y los repertorios de las ejecutorias, los textos formales en los que aparecen publicadas las normas que están en vigor. En los países anglosajones, la obra del poder judicial se asemeja a la del poder legislativo; la decisión del juzgador se convierte en precedente obligatorio para el propio tribunal que la dicta, así como para todos los demás cuando resuelven casos iguales o semejantes. Esta regla jurídica de la jurisprudencia anglosajona, que atribuye fuerza jurídica a los precedentes judiciales y obliga a su observancia en todos los casos futuros similares o análogos, se denomina, en la terminología jurídica del derecho anglosajón, doctrina de *stare decisis* (acatar las decisiones). (OSCAR RABASA: *El Derecho angloamericano*. Estudio expositivo y comparado del «Common Law». Méjico, 1944, págs. 545 y ss.)

Recoge RABASA las palabras de BROOME sobre la significación de la máxima general de que, una vez resuelta una cuestión por una sentencia, se establece un precedente que no se puede variar después. A juicio de aquél, de la consagración del precedente no se deduce, como estima BROOME, la regla «ius dicere et non jus dare», sino precisamente el resultado contrario, la elaboración de la ley por el juzgador y no su simple aplicación, ya que quien crea el precedente en donde se declara el derecho es otro juez, y la norma obligatoria fijada por éste adquiere fuerza de ley para lo sucesivo. La corriente moderna de la jurisprudencia, añade, ha modificado, sin embargo, algo la doctrina acerca de la obligatoriedad del precedente, o bien limitado el campo de su aplicación, especialmente en materia constitucional (ob. cit., págs. 548 y 549). La afirmación del Profesor RABASA de que en el sistema romano la legislación es la principal fuente del Derecho, hay que entenderla referida al derecho romano moderno, es decir, a partir del «Corpus Juris Civilis» de Justiniano. Esta es la postura que sigue PHANER, J. Edg., cuando nos habla de las diferencias de método entre el derecho romano y el «Common Law» (*Ciertos principios característicos del «Common Law»*, publicado en los Cursos monográficos de la Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, vol. I, pág. 265, La Habana, 1948). Por el contrario, en la

y del suizo (35), el ordenamiento español (36) no convierte al juez en legislador y, por consiguiente, su decisión con arreglo a los principios generales del derecho, no le liga para las futuras, por eso no juega en él la técnica del precedente judicial. Y si el artículo 6.º, como insistimos, es de aplicación también a los órganos de la Administración, se deduce que tampoco en el orden jurídico administrativo, en los casos de lagunas, opera el precedente, sino los principios generales del Derecho.

Hay, también, otra consideración de carácter general —aparte de la de derecho positivo mencionada— que aconseja la aplicación en los casos de lagunas de los principios generales y no del precedente judicial, y es la que pone de relieve acertadamente RIVERO (37), deducida del Derecho natural y de la propia naturaleza de los problemas que considera el Derecho

época clásica del derecho romano, la técnica jurídica es precisamente distinta. Véase sobre los puntos de semejanza y diferenciación entre el desenvolvimiento histórico del Derecho romano y del inglés, el capítulo sexto del *Manual de Derecho Romano*, de PACCHIONI, Valladolid, 1942, págs. 83 y ss. También, BUCKLAND MC NAIR: *Roman Law and Common Law. A Comparison in Outline*, London, 1936; MACKENZIE (Lord): *Estudios de Derecho Romano comparado en algunos puntos con el francés, el inglés y el escocés*, trad. de la 3.ª ed. y ampliado con notas relativas al Derecho español, por Santiago INNERARITY y Gumersindo de AZCÁRATE, Madrid, 1876; y SHERMAN (Charles P.): *Roman Law in the Modern World*, 3 vols, Boston, 1917.

Modernamente se discute mucho en el derecho norteamericano si la regla de adhesión al precedente debe ser abandonada. Cfr. CARDOSO y la bibliografía que recoge en *La naturaleza de la función judicial*, Buenos Aires, 1955, pág. 121.

(35) Cfr. art. 1.º del Código Civil suizo: «Si de la ley no puede deducirse una disposición, el Juez debe decidir (según la costumbre, y si ésta tampoco dispusiese) de acuerdo con la regla que impondría él si fuera legislador.»

(36) Además del citado art. 6.º del C. C., la Ley orgánica del poder judicial sólo les reconoce a los Jueces y Tribunales la función de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, sin autorizarles para «dictar reglas o disposiciones de carácter general acerca de la aplicación e interpretación de las leyes» (arts. 2.º y 4.º).

El derecho americano sigue las huellas del español. Vid., v. gr., el Código Civil de Colombia (art. 17): «Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los Jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general y reglamentaria.»

(37) JEAN RIVERO: *Los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo francés*, REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 6, 1951, págs. 297 y ss. Vid. también sobre el papel del juez administrativo: BERNARD GENY: *De la méthode et de la technique du Droit privé positif a celles du Droit administratif*, «Le Conseil d'Etat, Livre jubilaire», París, 1952, págs. 277 y ss.; y ROGER LATOURNERIE: *Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, en el mismo libro jubilar, caps. VIII y IX.

administrativo. El Consejo de Estado francés, escribe, no podría adoptar la regla rígida de la autoridad del precedente; los problemas de que conoce tocan demasiado de cerca el interés general, necesariamente moviente para poder aceptar el ligarse las manos por adelantado. Esta consideración, el cuidado legítimo de reservar el porvenir de las materias en que la decisión de hoy podría revelarse contraria al bien común, si fueran repetidos mañana en una situación de hecho diferente, todo esto ¿iría a empujar al Juez administrativo hacia una especie de empirismo del que la seguridad del particular litigante hubiera sufrido las consecuencias? La teoría de los principios generales, es la que ha permitido conciliar estas necesidades opuestas. Por encima de la regla escrita, por encima de la libre creación del Derecho en los casos de lagunas, el Juez, el Consejo de Estado ha tenido la sabiduría de erigir el cuerpo de las reglas fundamentales que dominan la civilización jurídica francesa. Se ve —añade— (38) cómo desde el punto de vista doctrinal este sistema pone de relieve el error fundamental que implica la regla de la primacía de la ley tal como la entendía la concepción francesa surgida de la Revolución. El reino de la ley, con la subordinación del Juez a la regla escrita que le sirve de corolario, no es un fin en sí mismo. La experiencia francesa muestra que el Derecho Administrativo no es más que un medio al servicio de aquellas exigencias fundamentales de la vida social, a las cuales tiene por misión el Derecho responder la estabilidad del orden, la seguridad del particular. Es necesario para la existencia del cuerpo social que esta misión sea cumplida; en ciertas circunstancias de hecho puede serlo por el reino de la ley, pero cuando estas circunstancias faltan, cuando los caracteres internos de la ley no hacen de ésta un instrumento adaptado a aquel fin, la afirmación del principio no puede nada contra la presión de la necesidad social y se ven nacer espontáneamente otros principios que van a asegurar una función necesaria en lugar de la ley desfallecida e insuficiente; el fin le lleva más allá del medio con el cual se había creído poder confundirle. No es posible, pues, apreciar como regla absoluta la subordinación del Juez a la ley; aparecen más bien la función legislativa y la jurisdiccional como subordinadas una y otra a un fin que las sobrepasa y que interesa a la misma vida del cuerpo social: el reino del bien común por la vía del Derecho.

(38) Ob. cit., págs. 298 y 299.

Mas si volvemos a coger el hilo del trabajo de CLAVERO ARÉVALO, veremos que, como éste dice, toda ausencia de la ley no es laguna o imperfección, sino que en ocasiones el legislador habrá preferido callar voluntariamente para autorizar con ello el ejercicio de la potestad discrecional, y aunque tal técnica legislativa no es aconsejable, cabe admitir su posibilidad de existencia (39). Puede suceder, por tanto, que la interpretación verificada ante un vacío de la legislación, determine que no es debido a una imprevisión del legislador, sino a una intención tácita de éste en el sentido de conceder discrecionalidad. Esta resulta entonces de una interpretación de la voluntad del legislador y no de una integración de la laguna ni, por tanto, de la aplicación de los principios generales. Más también puede acontecer que en los casos de imprevisión legislativa la integración de la laguna con arreglo a los principios generales arroje discrecionalidad. Entonces, y a diferencia del caso anterior, la discrecionalidad es producto del juego de los citados principios.

¿Qué consecuencias pueden producir estas últimas consideraciones para nuestro precedente? Ante dos supuestos objetivamente idénticos no regulados por la ley, bien por imperfección de la misma o por voluntad del legislador, pero ambos integrados o interpretados en el sentido de concesión de potestad discrecional, la resolución por la Administración adoptada para el primero puede vincularle para el segundo o los ulteriores, en virtud del principio de igualdad en la forma que veremos más adelante, ya que la norma jurídica discrecional abarca los dos supuestos de hechos. Obsérvese, que en estos casos estamos en el campo de lo discrecional, y precedente obraría en su caso, más que por sí mismo, como instrumento del principio de igualdad.

4.—EL PRECEDENTE Y LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS.

Entre las Sentencias del Tribunal Supremo que asignan al precedente la condición de fuente de la legalidad administrativa, algunas fundamentan tal posición en el principio: «A nadie le es lícito volver contra sus propios actos» (40). Ello supone, a nuestro entender, una visión extraviada de dicho principio y de la significación del «precedente». El principio men-

(39) CLAVERO ARÉVALO: Ob. cit., págs. 90 y ss.

(40) Concretamente en ese sentido, la de 7 de junio de 1932.

cionado «venire contra factum proprium non valet», o «nemo pro iure contra factum proprium», significa, como dice ENNECCERUS, que a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, y justifica la conclusión de que no se hará valer, el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque, contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe (41). Mas para la debida aplicación del mismo, es necesario, como señala la jurisprudencia, que exista demostrada una íntima relación de causa a efecto, entre el acto efectuado y el que posteriormente se realiza o con las consecuencias de aquél, con pleno conocimiento consentidas (42). Y en el caso del «precedente», el acto predecesor puede no tener relación en absoluto con el ulterior. La resolución que integra el acto posterior no modifica en nada los efectos jurídicos del «precedente», pueden ser dos actos totalmente independientes, a diferencia de los casos en que juega la doctrina de los actos propios, en que se precisa la debida conexión entre ellos. El que la Administración no le concede a Juan lo que le otorgó a Pedro y Luis, no indica que haya ido contra sus propios actos, siempre que no exista relación de causa a efecto entre los actos de dichos sujetos.

5. LA REGLA «UBI EADEM EST RATIO, IBI EADEM DISPOSITIO JURIS ESSE DEBET» Y SU APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO.

La regla enunciada constituye el fundamento de la aplicación por las escuelas y por los Tribunales de la doctrina de la analogía. Prescindiendo

(41) ENNECCERUS (Kipp-Wolff): *Tratado de Derecho civil*, Barcelona, 1935, t. I, vol. 2.º, págs. 482 y 483. Sobre los actos propios, vid., entre otros: PUIG BRUTAN: *Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, 1950, pág. 348, y del mismo autor, *Estudios de Derecho Comparado (La doctrina de los actos propios)*, Barcelona, 1941; LÓPEZ DE HARO: *Los «actos propios» en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en «Revista del Derecho Privado», 1913, págs. 18 y 19; ROVIRA BURGADA: *El principio de los «actos propios» en materia fiscal*, REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 6, 1951.

Sobre el tema en el Derecho administrativo, y especialmente en el mismo, sobre los presupuestos subjetivos para la aplicación del principio que prohíbe ir contra los propios actos, cfr. LÓPEZ RODÓ con ese título, REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 9, pág. 11, Madrid, 1953.

Ultimamente, GARCÍA DE ENTERRÍA, *La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad* (REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA), núm. 20), con su planteamiento nuevo.

(42) Sentencias de 3 de enero de 1913 y 17 de mayo de 1941.

aquí de los problemas generales que la misma plantea (43), señalaremos concretamente, la aplicación por nuestro Tribunal Supremo de la misma como principio general del derecho, integrador de las lagunas que presente el ordenamiento jurídico (44) y en cumplimiento de la prescripción del artículo 6.º de nuestro Código Civil. De manera específica por lo que se refiere al orden administrativo, el principio mencionado ha servido (al propio Tribunal Supremo) (45) y a cierto sector de la doctrina (46) para asignar al «precedente» la condición de fuente de la legalidad administrativa. Pero, en nuestro sentir, el Tribunal Supremo aplica el principio de la analogía confundiéndolo con el principio lógico de la igualdad jurídica, como lo demuestra la simple lectura de la Sentencia de 20 de octubre de 1952, en donde se invoca «Ubi eadem est ratio, ibi eadem dispositio juris esse debet», cuando en realidad hay una absoluta igualdad fáctica en los supuestos a que aquélla se refiere. DE CASTRO precisamente (47) denuncia el error del dogmatismo positivista de haber creído que el con-

(43) Vid., sobre la analogía en general, GREÑO (José Enrique), tomo II, Dic. Seix, pág. 645; y sobre la misma, referida al Derecho español, CASTÁN TOBEÑAS, *La analogía en el Código civil español*, «Revista de Derecho Privado», 1914, págs. 370 y ss. Cfr. sobre la analogía en general: GIULIO VENZI: *Analogia*, Nuevo Digesto italiano.

(44) Entre otras, S. de 3 de febrero de 1911, 5 diciembre 1925 y 24 junio 1924.

(45) El referido Tribunal, respecto al problema relativo a cual sea el valor del precedente administrativo, como fuente de la legalidad administrativa, ha mantenido posiciones contradictorias. Las sentencias de 31 de diciembre de 1914 y 6 de mayo de 1943 sancionan la doctrina de que el precedente no obliga a la Administración; la de 7 de junio de 1932, en cambio, lo reconoce como fuente. Modernamente, la sentencia de 23 de junio de 1951 abordó el problema de la eficacia de los precedentes administrativos ante la jurisdicción de lo contencioso como fundamento del recurso, señalando que los precedentes derivados de resoluciones administrativas no sometidos al conocimiento de la jurisdicción revisora no pueden constituir fundamento bastante para que el Tribunal, en los casos de que conoce, adopte criterio semejante al sostenido por aquélla, a menos que esté en perfecta consonancia con lo expresamente previsto en las normas legales que con exacto rigor tiene el deber de acatar, sin que por razones de analogía les sea permitido violentarlas cuando, como ahora ocurre, el precepto aplicable a los hechos cometidos es claro y terminante y, por tanto, resulta innegable que, en estricto derecho, ningún apoyo legal puede prestar al precedente invocado la pretensión que por el recurrente se deduce.

(46) El principio citado, «donde existe la misma razón ha de aplicarse igual disposición» (Sent. 16 de marzo 1940), tiene, a juicio de BALLEÉ, una importancia decisiva en la teoría del precedente («Rev. de Legislación y Jurisprudencia», año 1942, págs. 429 y 433) y constituye en los aspectos discrecionales el apoyo de la afirmación, que el precedente modula la acción administrativa (*Jurisprudencia administrativa*, «Rev. de Legislación y Jurisprudencia», julio-agosto 1946, pág. 204).

(47) Federico de CASTRO: *Derecho Civil de España*, Parte general, tomo I, edición de Valladolid, 1943, pág. 401.

cepto de analogía se basaba en el principio lógico de la igualdad jurídica (48).

Lo que más interesa destacar para nuestro estudio, es que el principio de analogía debe referirse fundamentalmente a los casos de lagunas de la legislación y no a los que estén regulados por la potestad discrecional. Y en segundo lugar, que en los supuestos de lagunas, como ya quedó escrito, el administrador deberá integrar cada caso concreto con el correspondiente principio general y no aplicando sin más la analogía. Por consiguiente, la técnica del precedente se dará al margen de los supuestos de lagunas y su fundamentación se encontrará en base distinta al principio de la analogía.

6.—«PRECEDENTE» ADMINISTRATIVO, POTESTAD DISCRECIONAL Y PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LOS CIUDADANOS ANTE LA ADMINISTRACIÓN.—PRESUPUESTOS DEL «PRECEDENTE».

Examinada la inadecuación del precedente en el campo de la potestad reglada, y en el de las lagunas de la legislación administrativa, nos resta situarlo finalmente, dentro de la órbita del poder discrecional.

Certeramente se repite, que discrecionalidad o libre apreciación para conseguir un fin público no significa en modo alguno arbitrariedad (49). Esta, resulta una corruptela de aquélla. La actividad discrecional no es enteramente libre, sino que se encuentra presidida por los principios de legalidad y juridicidad, si bien se deja a las autoridades administrativas la determinación del cómo y el cuándo de su actuación. La doctrina no sólo proclama el sometimiento de la Administración a la legalidad, sino que evolucionó dicho principio, desde un mero límite exterior hasta convertirlo en auténtico guía de la actividad administrativa. De otra parte, como es sabido, la jurisprudencia del Conseil d'Etat francés buscó sutilmente un recurso, para que ese principio no fuera simplemente programático. Controló jurisdiccionalmente la adaptación del fin del acto administrativo al de la ley, mediante la teoría de la desviación del poder, ga-

(48) La sentencia de 22 de octubre de 1948 aplica el principio «aequitas paribus in causis paris jura desiderat».

(49) Sobre el concepto del arbitrio y de la discrecionalidad, cfr. Pompeo BIONDI: *La teoria generale della discrezionalità nella dottrina dello stato moderno*, «Annali della R. Università di Macerata», volume IX, 1933, págs. 72 y ss.

rantía para la Administración y, al propio tiempo, medio en favor del particular para protegerlo en aquellos casos, en que el administrador quebrante el fin legal en su proceder discrecional. Esta limitación de la competencia interna del acto administrativo, a través del *détournement du pouvoir*, supone, como señala MARTÍNEZ USEROS (50) una considerable disminución de la potestad discrecional de la Administración y una de las más útiles y eficaces conquistas de nuestro tiempo en aras de la moralidad del derecho administrativo.

Empero, a nuestro juicio, la actividad discrecional de la Administración, no sólo queda limitada teleológicamente y de forma interna por la desviación del poder, sino que también resulta ceñida externamente, por otros principios generales del Derecho, y de manera especial por el de la igualdad. El principio general del Derecho de la igualdad (51), que se proyecta en diversas facetas y disciplinas (52), comprende la igualdad de los

(50) MARTÍNEZ USEROS: *La doctrina del abuso del Derecho y el orden jurídico-administrativo*, Madrid, 1947, pág. 101. Cfr. también del mismo autor: *Desviación de poder*, Murcia, 1956.

(51) Así lo reconoce nuestro Tribunal Supremo. Sentencia de 17 de marzo de 1922.

(52) Su operatividad en el campo del derecho político y social es grande. Vid., v. gr.: ESMEIN, *Eléments de Droit constitutionnel*, tomo II, págs. 568 y ss.; DUGUIT, *Droit constitutionnel*, tomo III, págs. 626 y ss.

La consagración de dicho principio ha figurado en las distintas Constituciones. Cfr.: *Les Constitutions modernes*, 4.^a ed. refundida por DELPECH y LAFERRIÈRE, París, Sirey, 1928 a 1934, 6 tomos. *Constituciones de Europa y América*, PÉREZ SERRANO, 2 tomos, Madrid, 1927. Por lo que se refiere al moderno derecho constitucional, cfr.: Carlos OLLERO, *El derecho constitucional de la postguerra*, Barcelona, 1949. El principio de igualdad es recogido en el Fuero de los Españoles, ley fundamental del nuevo Estado español.

Vid. también: Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas (S. Francisco, 26 junio 1945). Declaración Americana de los Derechos y deberes del hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, 30 de marzo al 2 de mayo 1948, Bogotá, Colombia (art. 2.º); Declaración universal de Derechos del hombre (art. 7.º); Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 diciembre 1948, París; el volumen III de los Cursos monográficos de la Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, La Habana, 1953, dedicado a la Declaración universal de Derechos del hombre. Cfr., también sobre el tema: DEL BO: *L'Eguaglianza nello stato contemporaneo*, Milano, 1950; *Eguaglianza del cittadini davanti a legge*, por Mario PIACCENTINI, en «Nuovo Digesto italiano». *Lo stato democratico contemporaneo a la su antitesi: lo stato autoritario*, por Paolo BISCARITTI DU FUFFIA, en Anales del Seminario Jurídico de la Universidad de Catania, vol. I, Nápoles, 1947, págs. 71 y ss.; y *Libertà ed eguaglianza nello stato democratico moderno*, por Gian GALEAZZO STENDARDI, Milano, 1953. Realiza este autor un recorrido histórico del principio de igualdad y lo examina en los precitados ordenamientos jurídicos, Estados Unidos, Gran Bretaña, Repúblicas soviéticas socialistas e Italia. Mantiene la tesis que no existe un derecho subjetivo a

ciudadanos ante la Administración (53), aun cuando ésta actúe en el ejer-

la igualdad. Ni siquiera, a su parecer, un derecho subjetivo al empleo de la igualdad. En caso de falta de empleo de este criterio, el individuo no tiene una acción dirigida a obligar a los órganos del Estado a aplicar dicho criterio: el individuo puede solamente, en el caso en el cual venga opuesta una norma o venga tomado en contra de él un procedimiento en violación del principio de igualdad, excepcionar la divergencia entre el juicio o la orden y el principio. El individuo puede sólo defenderse de una aplicación de la desigualdad y, por consecuencia, obtener la aplicación de la igualdad. Se trata de una forma de tutela indirecta y condicionada, esto es, una tutela la cual puede ser establecida en defensa precisamente de un principio. También distingue en la igualdad, un sentido formal, en cuanto aplicable a las relaciones jurídicas y un sentido material referible a las relaciones económicas.

COLORNI (*L'eguaglianza come limite della legge nel Diritto intermedio e moderno*, Milano, 1946) llega en su trabajo a la conclusión de la neta superioridad de la que titula doctrina antigua (que para él comprende la doctrina que se inicia con ACCURSTO y termina a fin del siglo XVIII) sobre las modernas y más recientes sobre la tutela del individuo frente al Estado, en orden al principio de igualdad (págs. 155 y ss.).

Afirma que el principio de igualdad es en realidad el único derecho subjetivo individual que la doctrina medieval defiende con medios jurídicos frente al Estado (pág. 16, nota 3).

Sin embargo, su posición frente a los derechos subjetivos, al derecho a la igualdad y a las facultades del Estado para en aquéllos es totalmente errónea y se basa en una equívoca interpretación de SUÁREZ. (Cfr. pág. 16, nota 3.)

La interpretación correcta del derecho de igualdad y la actitud que debe observar el Estado para con él, véase en IZAGA: *Elementos de Derecho político*, tomo II, páginas 293 y ss., Barcelona, 1952.

(53) LLORENS: *La igualdad ante la Ley*, Murcia, 1934, págs. 37, 39 y 54. Cfr. también sobre tema en general, HAURIOU: *Precis du Droit constitutionnel*, París, 1923, págs. 103 y 104. PÉREZ SERRANO, al comentar el art. 2.º de la Constitución española de 1931, que rezaba: «Todos los españoles son iguales ante la Ley», señala cómo la idea de igualdad ante la Ley significa estrictamente que ante los Tribunales y la Administración no caben diferencias entre ciudadanos, sino que todos merecen el mismo trato («La Constitución española de 9 de diciembre de 1931», Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, pág. 66). Sobre el principio de igualdad en la Administración, vid. SERRANO GUIRADO: *Voz «Administrado»*, Diccionario Seix, ed. 1950. Afirma BALLBÉ que la naturaleza jurídica del Derecho administrativo postula inmanentemente determinadas instituciones, entre las que señala la igualdad ante y en la ley, por ser la desigualdad el atentado más capital a la justicia. *Voz: «Derecho Administrativo»*, Diccionario Seix, tomo I, pág. 80.

Recientemente, lo más completo sobre el tema, puede verse en: JEANNEAU: *Les principes généraux du Droit dans la jurisprudence administrative*, París, 1954. Señala este autor que en el Derecho administrativo el principio de igualdad, conforme lo ha configurado el «Conseil d'État» francés, se refiere al principio de igualdad ante la ley y los reglamentos, ante los servicios públicos, o también al de igualdad ante las cargas públicas (págs. 7 y ss.)

Es el principio de igualdad ante los servicios públicos el que, como pone de relieve JEANNEAU, ha sufrido modernamente más honda transformación. Aparte de su enriquecimiento en la forma tradicional, su contenido se amplió bajo la influencia de dos fac-

cicio de sus competencias discrecionales (54). Este tratamiento de igualdad, imperativo fundamental de la justicia, presupone la igualdad de las situaciones a las que se aplica (55). Señala FLEINER que, en caso de igualdad de relaciones de hechos efectivos y de relaciones jurídicas, no se puede tratar a un ciudadano o a una clase de ciudadanos de distinta manera que a los demás (56).

En nuestro Derecho positivo, recientemente, y en relación a las Corporaciones locales, el Reglamento de servicios de 17 de junio de 1955 determina que «la intervención de las Corporaciones locales en la actividad de sus administrados se ajustará, en todo caso, al principio de igualdad ante la Ley (art. 2.º) (57).

tores: 1.º La insuficiencia y, en consecuencia, la superación de la idea de usuario de los servicios públicos con el advenimiento del régimen de economía dirigida. Todos los individuos que colaboran o se relacionan con el servicio público (suministradores, productores, etc.), y que propiamente no son usuarios, deben, sin embargo, encontrar en el principio de igualdad una protección eficaz contra el arbitrio del poder administrativo. La expresión «principio de igualdad» entre los usuarios del servicio público ha sido reemplazada por la de «principio de igualdad», que rige el funcionamiento de los servicios públicos» (Cfr. el sentido del *arrêt* «Société des concerts du Conservatoire du 9 mars 1951», *Droit social* 1951, pág. 368). En segundo lugar y paralelamente, la extensión de la noción de servicio público contribuyó a acentuar esta distensión del principio de igualdad ante los servicios públicos. Ciertos organismos privados (cita a los Comités de Organización) gestionan un servicio público y por ello se ven obligados a respetar el principio de igualdad, con lo que el alcance de éste se ensancha considerablemente. (Ob. cit., pág. 18.)

(54) FLEINER: *Instituciones de Derecho administrativo*, 1933, pág. 114.

(55) La justicia, al mismo tiempo que obliga a medir igualmente a los iguales, exige tratar desigualmente a los desiguales. Cfr. sobre el tema, en general: R. P. Louis LACHANCE, O. P.: *Le concept de droit selon Aristote et S. Thomas*, Montreal, 1933, especialmente el capítulo XI; Federico RODRÍGUEZ: *Concepción funcional de la igualdad en algunos textos de León XIII*, «Revista de Estudios Políticos», vol. XXVI, páginas 65 y ss., y *Les doctrines individualistes et leur influence nefaste sur l'Etat*, de R. P. GILLET, O. P., en el volumen titulado *Le role économique de l'Etat*, «Semaines Sociales de France», 1922.

(56) FLEINER: Ob. cit., pág. 115. Pone de manifiesto este autor que representa una verdadera mina para el jurisconsulto la jurisprudencia del Tribunal federal de Suiza referente a los recursos en materia de transgresión de la igualdad.

(57) Es consagratorio de la igualdad el sistema de agravios comparativos de las Bases de la contribución industrial aprobadas por Real Decreto de 11 de mayo de 1926. En la Base 39 se establece que contra los actos administrativos de clasificación producidos por la segunda Junta Gremial podrá reclamarse en la vía económico-administrativa; por supuesto agravio relativo, cuando el contribuyente compruebe notorio perjuicio en comparación con la cuota asignada a otro u otros agremiados.

¿Consagraba el art. 2.º de la Ley contencioso-administrativa de 1894 el principio de igualdad y el derecho subjetivo a la misma, cuando señalaba, a los efectos de inter-

El «precedente» administrativo opera en el ejercicio de la potestad discrecional y se basa, a nuestro juicio, en el principio de igualdad de los administrados ante la Administración, en la necesidad de que ésta trate igualmente a los que se encuentran en la misma situación. Mas la concreción del principio de igualdad no supone siempre la figura del «precedente». Este actúa en la aplicación del principio de igualdad en el tiempo. Cuando la Administración aplica o desarrolla el principio de igualdad simultáneamente o al mismo tiempo, sin relación a situaciones pasadas o anteriores, no aparece el precedente. Ahora bien: en los casos en que al

posición del recurso contencioso, que se entenderá establecido el derecho en favor del recurrente cuando la disposición que se reputa infringida le reconozca ese derecho individualmente o a personas que se hallen en el *mismo caso* en que él se encuentra? (Párrafo 4.º del art. 2.º, en relación con el párrafo 2.º del art. 1.º)

Los arts. 1.º y 2.º de la Ley de lo contencioso de 1894 venían a determinar las dos formas de consagración de derechos subjetivos a favor del particular, la creación mediante actos subjetivos, esto es, individuales o concretos, y el nacimiento de derechos subjetivos de los actos reglas. ¿Quería, sin embargo, el párrafo de referencia dar un paso más, y admitir que cuando mediante una disposición se le reconocen individualmente derechos a determinadas personas, también se le reconocen a todas aquellas que se encuentren en el mismo caso? La respuesta afirmativa sin las debidas distinciones resulta inadmisibles. A nuestro juicio, habría que estar en cada caso a la interpretación de la norma consagrada de los derechos y a la naturaleza de los mismos. Podía suceder que el legislador reconociera los derechos *nominatim* y sin mencionar a algunos sujetos, pese a encontrarse en iguales casos, porque expresamente quiera negarles tales derechos. Por el contrario, otras veces, el reconocimiento de los derechos acontece de forma genérica, sin alusión específica de personas, con el deseo de incluir a todos los sujetos ubicados en la misma situación. Si en este segundo caso la resolución dictada al amparo del acto regla negaba los reconocidos derechos a un particular, en la misma situación que los demás a quienes se les hubiere otorgado, no parece dudoso que tuviera pleno juego la disposición precitada de la Ley de lo contencioso. D. Alfonso GONZÁLEZ, uno de los pocos comentaristas de nuestra Ley de lo contencioso, que alude a este párrafo del art. 2.º, señala que el mismo no significa establecer como fuente del derecho la jurisprudencia de la Administración o de lo contencioso. (*La materia contencioso-administrativa*, Madrid, 1903, pág. 132.)

Finalmente, la nueva Ley de lo contencioso-administrativo de 27 de diciembre de 1956 va a dar entrada implícitamente al principio de igualdad, al admitir, como al menos parece deducirse de la exposición de motivos, los principios generales del derecho, dentro de la expresión «Ordenamiento jurídico».

Aparte de ello, el mismo texto legal, expresamente, creemos, consagra la igualdad en uno de los casos de utilización del recurso de revisión, contra las sentencias firmes de las Salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y de las Audiencias Territoriales. El apartado b) del art. 102, que en este sentido ha experimentado modificación, en relación con la normativa anterior, señala como motivo de interposición el siguiente: «Si las Salas de lo contencioso-administrativo hubieran dictado resoluciones contrarias entre sí, respecto a los mismos litigantes, u otros distintos en igual situación, acerca del propio objeto y en fuerza de idénticos fundamentos.»

ejercitar la potestad discrecional, de oficio o a instancia del particular, se deciden cuestiones idénticas a las resueltas con anterioridad, la Administración debe adoptar la misma solución para no quebrantar el principio de igualdad (58). Asimismo el «precedente» puede esgrimirse por los particulares y debe ser seguido por la Administración, cuando formulen peticiones o instancias a ésta última (en materias discrecionales), basándose en concesiones anteriores idénticas.

Para que el «precedente» sea utilizado y tenga eficacia se precisa la identidad de posición en los dos sujetos de la relación jurídico-administrativa: administrado y Administración.

Respecto al administrado, es necesario que se encuentre en las mismas circunstancias de hecho que el otro u otros administrados con quienes se trate de homologar y que de otra parte exista identidad en las reglas de derecho que deben aplicarse a las causas de los mismos. Equivalencia en las circunstancias de hechos relevantes y determinativas y no en las que carecieron de operatividad. En definitiva, ello recuerda lo que los procesalistas denominan en la cosa juzgada identidad objetiva. No se precisa, en cambio, identidad subjetiva. La ausencia de ésta, respecto al administrado, constituye, a nuestro juicio, rasgo característico del precedente.

Por lo que se refiere a la Administración, para que juegue el «precedente», además de la identidad subjetiva, que aquí sí es necesaria (59), se precisa que el interés público permita resolver otra vez, de la misma forma que en el caso anterior.

El principio de igualdad, expresa JEANNEAU (60), «puede siempre ser apartado» por las autoridades administrativas cuando se trate de la salvaguarda del interés general. Una medida de discriminación resulta legítima, si es motivada por el interés público o por circunstancias particulares que la justifiquen. Agrega que esta reserva queda expresamente formulada en numerosas decisiones, especialmente en los arrêts «compagnie Na-

(58) Deben exceptuarse los casos en que, de forma expresa y reglamentamente, la Administración niega eficacia al precedente. Así, el art. 26 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, al señalar las normas a que se atenderá el otorgamiento de subvenciones, determina que *no serán invocables como precedente*.

(59) La identidad subjetiva respecto a la Administración requiere que el «precedente» se esgrima ante el mismo ente u órgano que resolvió el caso originario del precedente. Quizás pudiera también tener eficacia cuando, aun tratándose de entidades administrativas distintas, aplicasen en los supuestos concretos planteados idénticas normas administrativas.

(60) Ob. cit., pág. 36.

vale de pétroles» de 13 de junio de 1947 (Rec. pág. 265), «Société les Savonneries de Bourgogne» de 15 de febrero de 1946 (Rec., pág. 49) y «Société des concerts du conservatoire» de 9 de marzo de 1951.

No debe olvidarse, de otra parte, que estamos planteando nuestro precedente, dentro de la potestad discrecional. Con el poder discrecional, la Administración es juez del mérito de sus actos (61), y lo que fué conveniente adoptar o resultó oportuno decidir en un determinado caso puede no serlo en otro, aunque se trate de otro igual. Si la libertad de apreciación que posee la Administración desapareciera, se convertiría en reglada. El poder discrecional, definido por GIANNINI (62) como el de apreciar en un margen determinado la oportunidad de las posibles soluciones, a adoptar respecto a las normas administrativas a actuar, ha de estar siempre inspirado en el interés público, sin que existan reglas fijas para establecer lo que califica «l'optimun di un apprezzamento», que queda al criterio de la Administración.

La Administración debe respetar el principio de igualdad, pero, al mismo tiempo, procurar primordialmente el interés público, y éste a ella le corresponde estimarlo. El culto absoluto a la igualdad resultaría, en ocasiones, perjudicial para la comunidad, y no porque se postergue al administrado, sino porque hay que jerarquizar y escalonar armónicamente sus derechos con las exigencias del bien común.

La armonía dentro de la potestad discrecional de la Administración, del principio de igualdad de los ciudadanos ante ella y de la idea prevalente del interés público, determina que siempre que el administrador se encuentre ante un caso idéntico a otro resuelto ya por aquélla, en virtud del principio de igualdad, queda vinculado por el precedente y debe seguir la solución que proporcionó entonces, a menos que resulte conveniente u oportuno, por razones objetivas de interés público, romper el principio de igualdad y no continuar el precedente establecido.

Un dato más debe tenerse en cuenta en el caso de quiebra del principio de igualdad en el «precedente». Decíamos que éste proyecta dicho principio en el tiempo, y si la Administración posee la facultad de excepcionar el principio de igualdad cuando el interés público lo requiera, a mayor abundamiento en el caso del «precedente», en el que el juego del trans-

(61) En general, sobre el juicio de mérito, cfr. Benvenuto DONATI: *Il diritto e il dogma del merito*, en «Archivio giuridico», núm. 137, 1949.

(62) *Il potere discrezionale*, Milán, 1939, págs. 17 y ss.

curso del tiempo puede con más facilidad, alterar las circunstancias en que se encuentra la Administración y producir la mutación correlativa del interés público.

En ocasiones, la propia Administración expresamente declara el cambio de su «indirizzo» (63) respecto al interés público, alteración que plasma en gran medida en el ejercicio de la potestad discrecional y que afecta al precedente (64). La fuerza vinculatoria de éste deviene condicionada, pues, por el mantenimiento del *statu quo* político-administrativo y por las posibilidades del interés público íntimamente conectado con aquél.

Hemos planteado hasta ahora la fuerza vinculatoria que, merced al juego de la igualdad, posee una decisión concesiva de la Administración respecto a las ulteriores. Es dable pensar en el supuesto inverso. Imaginemos un administrado que obtiene respuesta negativa en una petición de concesión discrecional que formuló a la Administración. Posteriormente, otro particular en idénticas circunstancias interesa la misma demanda y obtiene resolución favorable. ¿Puede el primer sujeto requerir de la autoridad administrativa que sea reconsiderada su petición a la luz del principio de igualdad? Tal técnica es análoga a la del precedente, pero con base en el CONSIGUIENTE.

7.—CONCEPTO DEL «PRECEDENTE».

Al comparar el «precedente» a las distintas fuentes del Derecho administrativo, con las que se le suele confundir, hemos aludido a muchos de sus caracteres, que nos servirán ahora para esbozar un concepto del mismo. Decíamos que se trataba generalmente de una fuente escrita, contrapuesta a la costumbre y a la «prassi» administrativa, ambas no escritas, y que, a semejanza de aquéllas, se construía a través del procedimiento inductivo, es decir, que de una serie de casos concretos (basta sólo dos) inducíase la norma o regla general de la igualdad, a diferencia de la ley, que fija las normas generales, más tarde detalladas y aplicadas a los supuestos particulares. La formación, por tanto, del precedente prodúcese mediante una

(63) V. gr.: una declaración ministerial sobre la orientación de la política administrativa.

(64) En la motivación de la negativa a seguir el «precedente», a la que luego nos referiremos, debe señalarse, cuando se trate de un caso de esta índole, el cambio de «indirizzo» en la política administrativa.

operación de abstracción del principio general a través de los casos particulares y determinados.

También veíamos que, por su origen, el precedente proviene de la administración activa, en su potestad de gestión y mando, y es cosa bien distinta de la jurisprudencia administrativa en estricto sentido. Procede también del ejercicio de las facultades discrecionales de la administración porque las decisiones de la administración en el ejercicio de la potestad reglada, que detallan y desentrañen preceptos generales, pueden constituir, en cierto modo, precedentes de interpretación, pero no propiamente fuentes de derecho.

De otra parte, la norma de derecho objetivo, que constituye el precedente, inducida de los actos discrecionales de la administración, en virtud del principio de igualdad de los ciudadanos ante ésta, vincula al administrador para todos los supuestos idénticos que se presenten, salvo cuando el interés público requiera romper la vinculación del citado principio.

Podríamos resumir lo expuesto y definir el precedente como: la norma de derecho objetivo inducida de dos decisiones al menos de la administración activa, en el ejercicio de sus facultades discrecionales, vinculante para el administrador ante supuestos idénticos, excepto los casos en que razones de oportunidad y conveniencia derivadas de la valoración del interés público exigen trato de desigualdad de los administrados ante la Administración.

8.—REITERACIÓN DE PRECEDENTES.

En relación con la repetición del precedente se ha planteado la doctrina una doble pregunta: Primero, a partir de qué número de actos puede considerarse establecido el precedente, cuántos precedentes hacen falta para que tenga fuerza vinculatoria, o, como dirían los ingleses, cuántas veces es preciso pasar por la misma senda para que se marque el camino. De otra parte, a partir de cuántos precedentes contrarios debe estimarse desaparecida la obligatoriedad del precedente. La fundamentación trazada del mismo, como concreción del principio de igualdad de los ciudadanos ante la Administración, altera totalmente el replanteo que hasta ahora se venía realizando de la cuestión. El precedente no se basa en la mayor o menor reiteración idéntica o análoga de las resoluciones de la

Administración. Supone, como queda dicho, una aplicación concreta del principio de igualdad ante la Administración, de donde se deduce que bastaría un solo precedente, para que pueda invocarse la autoridad del mismo, ya que la aplicación de la igualdad no depende de un criterio cuantitativo, sino, por el contrario, cualitativo.

9.—EL «PRECEDENTE» ANTE LAS NUEVAS TÉCNICAS ADMINISTRATIVAS.

Cuando DICEY explicaba el *rule of law* señalaba que «significa, en primer lugar, la absoluta supremacía o predominio del derecho común, como oposición a la influencia del poder arbitrario, y excluye la existencia de arbitrariedades y prerrogativas, y hasta de una amplia autoridad discrecional por parte del Gobierno» (65).

La divisa que, por el contrario, predomina en nuestros días, extendiéndose el fenómeno al derecho anglosajón, es, precisamente, de signo inverso, respecto a la primera y última afirmación de la explicación de DICEY (66). Constituye, ciertamente, un hecho real, como dice VILLAR PALASÍ, que el Derecho administrativo en la actualidad cobra, en teoría y en la práctica, una singular preponderancia sobre el derecho común, que el Derecho se va, progresiva y gradualmente, administrativizando, y que cada vez con mayor intensidad el entorno de nuestra vida queda rodeado de la norma administrativa. Pero, a su vez, y según pone de manifiesto el mismo autor, se deja ver otro signo interesante de destacar: el progresivo aumento de la discrecionalidad atribuida a la Administración (67). La justicia económica, convertida en tiempos muy recientes en objetivos favoritos de los

(65) DICEY (A. V.): *Introduction to the study of the Law the Constitution*, London, 1908, pág. 198.

(66) Modernamente han sido publicados una serie de artículos de PEKELIS, bajo el título *Law and Social action, Selected essays by Alexander H. Pekelis* (Ithaca and New York, Corneil University Press, 1950), en uno de los cuales, *Administration, discretion and the rule of law*, considera las críticas que son hechas en el mundo de lengua inglesa al desenvolvimiento actual de *l'administrative law*. Combate la opinión, generalmente admitida, que los amplios poderes reconocidos a la Administración sean contrarios a la tradición del derecho angloamericano, y se esfuerza en demostrar que, contrariamente a las afirmaciones habitualmente hechas, el cuerpo tradicional de este derecho (*common law* y *equity*) ha admitido siempre una amplia medida de discreción para los que estaban encargados de aplicarlo. (De la «Revue de Droit Comparé», octubre-diciembre 1951, pág. 740.)

(67) Interesaría examinar si el aumento de discrecionalidad deviene consecuencia del también incremento de las facultades regladas de la Administración, llevadas a nue

Gobiernos y políticos, requiere, en labios de Bertrand RUSSELL (68), un grado mayor de intervención estatal, y la planificación, instrumento para la implantación de aquélla, aboga por una concesión a la burocracia de poderes discrecionales amplísimos (69).

vos campos a tenor del intervencionismo estatal, o si, por el contrario, la discrecionalidad crece a un ritmo desacompañado, en relación con el aumento de la intervención reglada de la Administración.

(68) *Autoridad e individuo*, Breviario del Fondo de Cultura económica, Méjico, 1949, págs. 100 y 101.

(69) SÁNCHEZ AGESTA: *Planificación económica y régimen político*, REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 3, 1950, pág. 37.

No obstante la doctrina soviética sostiene, basándose precisamente sobre el principio de planificación de toda gestión de negocios públicos, así como sobre el del «legalismo socialista», que el poder discrecional de la Administración no existe. Toda actividad de la Administración pública está fundada en definiciones sobre la regla de Derecho, delimitando las competencias, la estructura y los deberes de todos los órganos y precisando por ella misma las condiciones jurídicas de su actividad. La libre apreciación de la Administración pública es caracterizada como instrumento típicamente burgués, que sirve para aniquilar o para deformar el orden jurídico preestablecido en favor de la clase gobernante. Las obras de LENIN y de STALIN son constantemente citadas para justificar directa o indirectamente el aumento de la esfera de la legalidad y la disminución de la oportunidad. Es más, esta división clásica de esferas es presentada como un anacronismo histórico. El régimen estatal en cuestión precisa, bajo forma de normas jurídicas obligatorias (leyes, en la mayor parte de los casos), los deberes concretos del órgano ejecutivo (por ejemplo, todos los «planes nacionales» tiene la forma legislativa) (G. LANGROD. De la recensión hecha por este autor a la obra de J. STAROSCIAK *Swobodne uznanie wladz administracyjnych* (Libre appreciation des autorités administratives), Varsovia, Ed. Książnica polska, 1948, en la «Revue Internationale de Droit Comparé», París, julio-septiembre 1950, pág. 593.

Señala LANGROD que STAROSCIAK consagra la mayor parte del esfuerzo de su construcción jurídica a poner de relieve que en un período de agitaciones sociales las tendencias a la rigidez del derecho no conducen a la estabilización. Por el contrario, un cuadro jurídico demasiado rígido se expondría a explotar. Es precisamente aquí donde el papel de la libre apreciación permite compararla a una válvula de seguridad, que hace posible una coordinación progresiva de las transformaciones sociales con las tendencias estabilizadoras del derecho. Desde este punto de vista, la libre apreciación puede ser considerada como un medio de volver el derecho más elástico, la norma jurídica más flexible, y de impedir que ella sea quebrantada por la presión de las situaciones de hecho imprevistas. La libre apreciación, por el contrario, puede ser considerada como el único medio posible de conservar el papel estabilizador del derecho.

STAROSCIAK señala, especialmente, que la existencia de un «plan estatal» no se opone en nada a la libre apreciación de las autoridades ejecutivas y no contribuye... a la limitación de su poder discrecional. La existencia de un plan estatal no provoca automáticamente cambio alguno en la significación de la libre apreciación. Un tal cambio podría producirse desde el momento en que el plan estatal influenciara la actividad de las autoridades locales de una manera incómoda que no dejaría la posibilidad de escoger los medios de alcanzar los fines generales previstos. La ejecución de un plan estatal está inevitablemente ligada a la existencia de la libre apreciación de las auto-

Y si, como vimos con anterioridad, el precedente opera en el campo de la potestad discrecional, debemos enjuiciar el papel que está llamado a alcanzar en estas nuevas manifestaciones de la intervención estatal, caracterizadas precisamente por el aumento de las facultades discrecionales concedidas a los funcionarios y a la administración en general.

Los autores, preocupados extraordinariamente por el uso que los administradores puedan hacer de sus dilatados poderes discrecionales (70), no cejan en señalar la necesidad de que tales aumentos de discrecionalidad vayan acompañados proporcionalmente de los correspondientes incrementos de garantías y medios de control en favor de los administrados. Y no cabe duda que la obligatoriedad de que la Administración, mediante el «precedente», trate igualmente a las situaciones iguales puede constituir un eficaz remedio preventivo para evitar el con razón tan temido abuso arbitrario de la discreción. Mas no se crea que ello pudiera representar una merma de la deseada eficiencia administrativa (71), ya que, según quedó dicho, la Administración debe quebrantar la vinculación del «precedente» cuando razones de oportunidad o conveniencia lo aconsejen. Es precisamente la concepción institucional del Derecho administrativo la que permite la debida armonización entre los derechos de los ciudadanos a la igualdad, por una parte, y el interés público de otra. Como pone de relieve Edgar BODENHEIMER (72), «la experiencia de los ciudadanos de los

ridades administrativas en el curso de la ejecución de las disponibilidades generales del plan.

Pone de relieve LANGROD que el régimen jurídico-administrativo de las «democracias populares», así como su gigantesco modelo soviético, parece precisamente constituir un verdadero semillero de poder discrecional de autoridades administrativas, bien que limitado, es verdad, de una parte, por la aplicación del centralismo; de otra, por los múltiples medios de poder de control *a posteriori*.

(70) SÁNCHEZ AGESTA, al hablar de la concesión de poderes discrecionales que la planificación entraña, destaca que los mismos, principalmente de naturaleza económica, se diferencian al Estado, pero que éste, en definitiva, no es más que una compleja estructura jurídico-política, actuada por hombres de carne y hueso, con las mismas pasiones, las mismas debilidades y las mismas tentaciones que cualquier otro hombre. Y añade que esa entrega no se hará a un solo hombre o a unos pocos, en los que pudiéramos confiar o a los que pudiéramos vigilar, sino a esa ingente burocracia, que habrá de poseer una capacidad moral casi angélica para usar de ese poder económico sin abuso de poder y con algo más que probidad: con abnegación y austeridad casi heroica. (Ob. cit., pág. 37.)

(71) Cfr. Mario BANDINELLI: *Coordinamento e speditezza dell'attività amministrativa*, Firenze, 1952.

(72) Edgar BODENHEIMER: *Teoría del Derecho*, Méjico, 1946, pág. 104.

modernos Estados totalitarios demuestra que otorgar una discreción prácticamente ilimitada a los comisarios políticos o a los oficiales de la policía secreta da origen al régimen totalmente arbitrario de poder y de terror. Cada día es más claro que los complicados problemas de la sociedad moderna no pueden ser resueltos —sin recurrir a métodos bárbaros e inhumanos— más que por una apreciación inteligente de las exigencias y principios fundamentales de derecho y justicia. La introducción —añade— de la crueldad y la brutalidad como métodos primarios de control social puede parecer, en cierta medida, conducente a la «eficiencia» en el gobierno. Pero una «eficiencia» que desprecie los postulados básicos del decoro humano difícilmente puede ser proclamada como un fin en sí.

Mas resulta evidente, que una Administración sin eficiencia, en frase gráfica de VILLAR PALASÍ, es como un cuchillo que no corta. El nudo gordiano de la cuestión radica en la proporcionalidad entre los dos términos del binomio aparentemente insoluble eficacia-garantía, eficacia-legalidad, o eficiencia-responsabilidad, que de todas esas formas se le puede designar. Ni debe olvidarse la eficiencia, ni tampoco atropellarse la seguridad jurídica. No es que el «precedente» vaya a resolver como por arte mágico y a modo de panacea universal todo el complicado problema de los límites de la discrecionalidad administrativa, constituye simplemente una fórmula que, en muchos casos, puede contribuir a moralizar la actividad discrecional de la Administración. El «precedente» constituirá, de otra parte, un contrapeso en la pérdida del concepto normativo de la sociedad que la discrecionalidad se estima lleva consigo (73) una fuerza de signo contrario, en el ocaso de la supremacía de la ley, en la desaparición del *Rechtsstaat*, y una restauración parcial del principio de la generalidad y universalidad de la norma, mediante un procedimiento inductivo en lugar de deductivo, pero, en definitiva, con idéntico objetivo: tratamiento igual de situaciones iguales.

Pudieran considerarse contrarias, a nuestras anteriores afirmaciones, las acertadas palabras que escribía el profesor GARRIDO FALLA en su trabajo *La intervención administrativa en materia económica y las Corporaciones del Gobierno en Norteamérica* (74): «Una serie de razones habían de abogar, además, porque la aplicación del nuevo Derecho económico (y social) no se confiase a los tribunales ordinarios, sino a comisiones y tribunales

(73) VILLAR PALASÍ: *Administración y planificación*, ob. cit., pág. 80.

(74) REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 3, pág. 408.

administrativos de carácter especial. Sobre todo se puso de relieve la inadaptabilidad técnica de los primeros para resolver sobre estas cuestiones. Y más decisiva ha parecido esta razón, al tener en cuenta el principio fundamental del «precedente» que dirige la actuación de los tribunales ordinarios, ya que se ha extendido la creencia de que el precedente dictado para situaciones menos complejas no podría servir de regla en los nuevos campos técnicos.» Y en nota añade: «Las reglas jurídicas explicadas por las Comisiones y Tribunales administrativos pueden ser calificadas, incluso desde nuestro punto de vista, como de Derecho administrativo. No sólo por el objeto material a que se refieren, sino por la excepcionalidad del régimen que suponen frente al *common law*. El abandono del «precedente» (principio del *stare decisis*) a que nos hemos referido en el texto, es fundamental para comprender la sustitución que se está realizando de las reglas constitutivas del fondo del Derecho del país por una «policía jurídica» de la materia económica.»

Sin embargo, estimamos no existe la menor contradicción entre ambas opiniones, ya que nuestro parecer se refiere al precedente administrativo y GARRIDO FALLA se ocupa del judicial. Habla este autor de la relación del abandono del precedente con la sustitución que se opera en Estados Unidos de las reglas constitutivas del fondo del Derecho del país por una policía jurídica de la materia económica. Ciertamente, el precedente judicial anglosajón se basa en la aplicación inmutable de la regla de derecho, y resulta inservible ante las cláusulas discrecionales que acompañan al nuevo Derecho económico-social. Precisamente, y en coincidencia, aunque a través de otro camino, nuestro precedente administrativo tampoco se basa en la aplicación rígida de la regla de derecho, que en el presente caso exigiría fatalmente seguir el principio de igualdad ante situaciones iguales, sino que combina esta regla de derecho con un concepto del orden de la policía jurídica (*standards* y directivas), cual es el del interés público (75).

(75) Sobre los *standard* y directivas, cfr., además del trabajo de HAURIUO: *Police juridique et fond du droit*, en «Revue trimestrelle de Droit Civil», 1926, I, págs. 265 y ss., STATI: *L'standard juridique*, París, 1927; y RESTA: *L'onere di buona amministrazione*, ob. cit. en «Annali della R. Università di Macerata», Padova, 1929, vol. XIII-XIII, pág. 135.

10.—FÓRMULA PARA GARANTÍA DE LOS ADMINISTRADOS.

Me atrevería a decir que, desgraciadamente, quedaría en un plano casi exclusivamente doctrinal la afirmación reiterada en nuestro trabajo de la necesidad de que, aun dentro del ejercicio de la potestad discrecional, la Administración mantuviese el principio de igualdad ante ella, mediante la vinculación del «precedente» en los casos posibilitados por el interés público. Deviene necesaria, pues, la búsqueda de una fórmula garantizadora, de manera efectiva, del cumplimiento de esa norma interna, de elemental justicia administrativa. El remedio más eficaz lo ofrece indudablemente la fiscalización jurisdiccional. Empero, tropezamos con el obstáculo de movernos dentro de los linderos de la potestad discrecional. Para algunos, tal dificultad se soslayaría fácilmente convirtiendo el control de legalidad en jurisdicción de mérito (76). Mas no somos partidarios de una fiscalización de dicha índole. Creemos que debe buscarse la solución dentro de la esfera de la propia legalidad. Vaya, pues, por delante nuestra opinión, contraria a controlar la mayor o menor oportunidad y conveniencia que la Administración tuvo en quebrantar el principio de igualdad y no seguir el «precedente». Esto a ella sólo le compete. Lo que en modo alguno ataca la libertad de la Administración—no obstante la opinión algo dispar de HENRI WELTER (77)—en la imperatividad de motivar el cambio de decisión y exponer las razones por las que no continuó el «precedente», singularmente en los casos de su invocación por el administrado (78). Más aún, diremos, con GUICCIARDI (79), ROEHS-

(76) VILLAR PALASÍ (ob. cit., pág. 30) aboga, habida cuenta del aumento de la órbita de lo discrecional por la necesidad, en estos momentos, del control jurisdiccional de mérito, con la finalidad de preservar el principio de legalidad.

(77) Henri WELTER: *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, 1929, pág. 123.

(78) Adviértase que propugnamos simplemente la necesidad de motivar y no la reglamentaria enumeración exhaustiva de los motivos que posibilitarían para no seguir el «precedente».

JACCARINO distingue entre justificación y motivación: La primera enuncia el estado de hecho de la cuestión y el criterio técnico adoptado para proveer en consecuencia, mientras que la segunda tiende a demostrar que el criterio seguido era evidentemente el mejor que se podía seguir. (*Studi sulla motivazione*, 1933, págs. 200 y ss.)

Señala Henri WELTER que la regla que obliga a los agentes administrativos a motivar ciertas de sus decisiones no aparece hasta muy tarde en el derecho administrativo francés. Ella no ha sido generalizada sino al comienzo del siglo XX, sobre todo después del voto de la ley de 8 de julio de 1908, que prescribe la motivación de los *arrêts*

SEN (80), BODDA (81) y FRAGOLA (82), que la oportunidad de la motivación del acto administrativo crece en razón directa a su discrecionalidad.

de suspensión y de los decretos de revocación de los Alcaldes y Adjuntos. Sin embargo, añade, no debe olvidarse que, aun hoy día, fuera de una disposición formal de la ley, las decisiones administrativas no tienen necesidad de ser motivadas, regla que ha sido formalmente consagrada por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Por lo que respecta al Derecho español, conforme manifiesta ROYO-VILLANOVA, las leyes no establecen una obligación general de motivar los actos administrativos. Como en tantas otras materias, constituye el Derecho local, en ese sentido, la parte más avanzada de nuestro ordenamiento jurídico-administrativo, y en el que juega singularmente el principio de la motivación de los actos administrativos. La Ley de Régimen Local de 1950, siguiendo preceptos de textos legales anteriores, determina que los decretos de suspensión dictados por los Presidentes de las Corporaciones locales o por los Gobernadores civiles habrán de ser siempre motivados (art. 368, L. R. L.). Asimismo, los acuerdos que adopten los Ayuntamientos sobre el establecimiento de arbitrios con fines no fiscales serán motivados (art. 474, L. R. C.). Precepto innovador es, en cambio, el del artículo 373, que impone a las Autoridades y Corporaciones la obligación de resolver sobre las peticiones que les dirijan o a declarar, en su caso, los motivos de no hacerlo. El Reglamento de Procedimiento administrativo del Ministerio de la Gobernación (31 enero 1947), quizás el de más perfección técnico-jurídica de cuantos poseemos, determina que las propuestas, cuando sean escritas, y las resoluciones, en todo caso, deberán contener en párrafos numerados la exposición clara y sucinta de los hechos o resultancias que se desprendan del expediente. A continuación se indicarán las normas legales de aplicación al caso, y seguidamente, en párrafos también numerados, las consideraciones que sirvan de base a la resolución que se adopte o haya de adoptarse, la cual se consignará, por último, decidiéndose en ella con claridad y precisión, y congruentemente con lo pedido, sobre toda y cada una de las cuestiones planteadas, estableciendo, si fueren varias, la debida separación entre los pronunciamientos (art. 76, 1).

Sobre la cuestión de la necesidad o conveniencia de la motivación de los actos administrativos, cfr. LA TORRE: *Sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, en «Foro Amministrativo», 1930, IV, pág. 44; CAMMEO: *Gli atti amministrativi e l'obbligo della motivazione*, en «Giurisprudenza Italiana», 1908, III, 6, 60, pág. 254; MIELE: *L'obbligo di motivazione negli atti amministrativi*, en «Foro Amministrativo», 1941, página 125; MORTATI: *Obligo di motivazione degli atti amministrativi*, en «Foro Amministrativo», 1943, III, pág. 2. Cfr. también la opinión contundente de BIELSA sobre la necesidad de la motivación (*Estudios de Derecho Público. I. Derecho administrativo*. Buenos Aires, 1950, pág. 378).

(79) GUICCIARDI: *Le transazioni degli enti pubblici*, en «Archivio di Diritto Pubblico», 1936, I, pág. 245.

(80) Expresa este autor que, definida la motivación cual exteriorización de la voluntad, es evidente que será siempre tan necesaria como la misma existencia de la voluntad; más tal necesidad es mayor cuanto la voluntad de la Administración puede parecer más oscura, lo que sucede precisamente cuando la Administración posee un poder discrecional. (ROEHRSEN, *Note sulla motivazione degli atti amministrativi*, en «Rivista di Diritto Pubblico», 1941, pág. 136.

(81) BODDA: *Lezioni di Diritto Amministrativo*. 1948, vol. I, pág. 153.

(82) FRAGOLA: *Gli atti amministrativi*, Torino, 1952, pág. 28.

La obligatoriedad para la Administración de motivar el acto administrativo quebrantador del «precedente» de decisiones anteriores representa un freno contra la arbitrariedad y constituye una garantía tanto para la Administración como para el administrado (83), al que le abre la gran puerta del recurso contencioso, por las razones y en las formas y modalidades que señalaremos a continuación.

Desde el momento que se establece preceptivamente la motivación, constituye un requisito formal (84) cuya omisión permite al particular la interposición del recurso por vicio o defecto de forma (85). La prosperidad del recurso obliga a la Administración a cumplir el trámite que violó (86). Mas en realidad, la regla legal de tener que motivar ciertas decisiones no mira la existencia del motivo, sino solamente su expresión. Ella no dice: es preciso que el motivo tenga una existencia real; solamente

(83) En el orden judicial, dice MENÉNDEZ PIDAL Y DE MONTES: «La motivación de las resoluciones judiciales constituye tanto una garantía para los justiciables como para el órgano jurisdiccional, ya que el juez, al sentar los argumentos, comprueba personalmente la solidez y acierto de sus fallos, obligándole moralmente al detenido y minucioso estudio y examen de los materiales aportados al litigio (hechos, pruebas y alegaciones de las partes). (*Sobre la motivación de las resoluciones judiciales*, «Revista de Derecho Procesal», núm. 1, 1953, págs. 9 y 10). El fundamento de la motivación radica, para CARNELUTTI, en que de esa manera se prepara la voluntad de los súbditos a la obediencia mediante una acción sobre la inteligencia. (*Historia del Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1943, tomo III, págs. 113 y ss.)

Motivar una decisión, dice Tony SAUVEL, es expresar las razones. Es alejar toda arbitrariedad. Cfr. *Histoire du jugement motivé*, en «Revue du Droit Public et de la Science Politique», 1955, núm. 1, págs. 6 y ss. Escribe este mismo autor que la necesidad de apoyar toda decisión de justicia sobre un razonamiento y hacer público este razonamiento, dicho de otra forma, de motivar esa decisión, es incontestablemente una de las «conquistas de la Revolución». Sin ser de las más visibles y altamente celebradas por los historiadores, es ciertamente una de las nobles, duraderas y mayormente cargadas de posibilidades. Sin ella —agrega—, toda la evolución jurídica del siglo XIX hubiera sido distinta. «La règle del jugement motivé», constituye una de las bases esenciales de la vida pública de nuestros días (*Essai sur la notion de précédent*, en «Recueil Dalloz et Sirey, Chronique», junio 1955, págs. 93 y ss.).

(84) Se discute si la motivación puede ser considerada como un requisito de forma. Cfr. las opiniones de KORMAN, ALESSI, ALLORTO, RESTA, JACCARINO, LUCIFREDI, D'ALLESIO, ZANOBINI, etc., recogidas en el documentado trabajo de MARTÍNEZ USEROS: *Los requisitos de forma de los actos administrativos*, Murcia, 1950, págs. 21 y 22.

(85) Vid. BERLIA: *Le vice de forme et le contrôle de la légalité des actes administratifs*, en «Revue du Droit Public», 1940-41, págs. 370 y ss. En la vigente legalidad española, como es sabido, se trataría de una disconformidad con el ordenamiento jurídico.

(86) En general, sobre las consecuencias de la anulación de un acto administrativo por exceso de poder, cfr. Prosper WEIL, su libro con este título. París, 1952.

señala: es necesario que un motivo sea expresado (87). Sin embargo, abre el camino para poder comprobar la existencia real y legal del motivo, y, por consiguiente, en cierto modo constituye un requisito previo para el control de los hechos.

En ocasiones, la quiebra del «precedente» puede provenir de la estimación por la Administración de que el administrado se encuentra en situación diferente a la que poseían los sujetos de los casos anteriores o de la consideración de que se trata de dos supuestos distintos. Empero, cabe la posibilidad de error en esta apreciación de la situación fáctica (88), como también puede ser verosímil el yerro de derecho, resultando en ambos casos mala la motivación del acto, por fundamentarse sobre bases en realidad inexistentes. Y sabido es que no hay poder discrecional para la apreciación de la existencia material o legal de los motivos—cuando éstos sean expresados en el texto del acto o resulten de las piezas del expediente del mismo—porque su existencia constituye una condición de legalidad del propio acto (89). Más aún, se estima que el examen del valor de los motivos es también una cuestión de legalidad. Esta es la tesis de BONNARD en aquellos supuestos en que la ley precisa los motivos de la

(87) BONNARD: *Le pouvoir discretionnaire des autorités administratives*, en «Revue du Droit Public», 1922, pág. 388.

(88) Sobre la fiscalización de los hechos, cfr. DOMERSAY: *L'examen du fait par le Conseil d'Etat statuant en matière de recours pour excès de pouvoir*, París, 1922; JÉZE: *L'erreur de fait comme grief pouvant servir de base à un recours pour excès de pouvoir*, «Revue de Droit Public», 1911, pág. 286; GOLDENBERG: *Le Conseil d'Etat, juge du fait*, París, 1932.

(89) BONNARD: *Le pouvoir discretionnaire des autorités administratives*, «Revue du Droit Public et de la Science Politique», 1922, págs. 372 y ss.

El Consejo de Estado francés mantenía la afirmación de que el examen de los motivos no puede tener lugar más que cuando ellos sean confesados más o menos explícitamente por el autor del acto. Justificaba esta restricción diciendo que habría penetración indebida del juez sobre el administrador, si el juez busca los motivos cuando el administrador no los ha expresado. No obstante, BONNARD (ob. cit., página 389) opina que si la mencionada existencia de los motivos es una condición de legalidad, el Consejo de Estado deberá examinar, tanto si el motivo es confesado como si no lo es. Si el Consejo de Estado —añade— es competente para estatuir sobre la legalidad, entra en los poderes usuales del juez buscar esta ilegalidad, por todas partes donde ella se encuentre, y emplear todos los medios para repararla.

Escribe SAYAGÜÉS LASO (*Tratado de Derecho administrativo*, Montevideo, 1953, pág. 514) que la inexistencia de los motivos que justifican el acto produce invalidez absoluta e insubsanable. En cambio, si sólo media error en la apreciación de los motivos, el acto podrá ser declarado nulo, salvo que resulte justificado por otros motivos lícitos.

decisión (90). Igualmente pudiéramos decir del caso que nos ocupa, en el que propugnamos la obligación legal de justificar la quiebra del precedente, sin llegar a estimar necesaria una reglamentaria enumeración exhaustiva de los mencionados motivos, sino simplemente el deseo general de motivos. La progresiva jurisprudencia del Consejo de Estado francés (91) afirma de forma general estas consideraciones, al transformar la noción de «hecho materialmente inexacto» en una noción subjetiva y necesitada en sí mismo de una apreciación, al generalizar el control de la legalidad en relación a las circunstancias de hecho, no limitándose a investigar si los motivos dados por la Administración en apoyo de su decisión eran en sí mismos y «por naturaleza» aptos para dar una base legal a esta decisión, sino que aprecia si tales motivos están configurados así específicamente y con relación a las circunstancias de hechos y, finalmente, sustituyendo la apreciación del funcionario por la del juez del exceso de poder, en determinadas condiciones de hecho.

De otra parte, la motivación facilita el examen de la desviación de poder (92) por la correlación generalmente existente entre motivo y fin (93). El fin torcido presupone motivos falsos, o valoración incorrecta de los mismos, aunque puede acaecer que, aun existiendo error o mala apreciación de los hechos, el fin conseguido sea el marcado por la ley, en los casos de ausencia de intención malévola por parte del administrador.

Para completar este cuadro de garantías jurídicas del «precedente», habría que señalar las modernas y avanzadas matizaciones que con gran sutileza, y basándose en la jurisprudencia, apunta la doctrina italiana sobre el recurso por exceso de poder. Tras restringir, GUICCIARDI (94), la expresión violación de ley a la inobservancia de normas que conciernen al procedimiento de producción y a la forma de los actos administrativos,

(90) Cfr. también, en este sentido, Marc REGLADE: *Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir* («Revue du Droit Public», 1925, págs. 428 y 429).

(91) M. LETOURNER: *El control de los hechos por el Consejo de Estado francés*, REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 7, 1952, págs. 219 y ss.

(92) Cfr. ROGER VIDAL: *L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative*, «Revue de Droit Public», 1952, págs. 292 y ss.

(93) Vid., sobre el tema: SERRA PIÑAR: *El recurso por desviación de poder*, «Revista Facultad de Derecho de Madrid», año 1942, pág. 181; y PHILIBERT: *Le but et le motif dans l'acte administratif*, París, 1931.

(94) GUICCIARDI: *La giustizia amministrativa*, terza edizione, Padova, 1954, página 23.

afirma que el término «exceso de poder» puede tener diversas manifestaciones, entre las que nos interesa en este momento destacar la titulada contradictoriedad o desproporción de la motivación respecto a la parte dispositiva del acto, la contradictoriedad del procedimiento con otro, y, en general, su falta de lógica. Pero sobresale, sobre todo, la que denomina «injusticia manifiesta», que puede advertirse, por ejemplo, en el caso que se tomen dos procedimientos diversos en dos situaciones idénticas. Agrega que, sin embargo, este vicio debe señalarse con mucha cautela, por referirse al contenido del acto en un aspecto que no está vinculado por normas jurídicas.

Por su parte, FRAGOLA (95) considera también entre las formas más frecuentes del exceso de poder la contradicción, la disparidad de tratamientos, la motivación ilógica, la iniquidad e injusticia manifiesta; y resalta que el cuidadoso examen de la jurisprudencia del Consejo de Estado advierte la hipótesis en la que la autoridad administrativa pone en existencia un procedimiento viciado, lo cual acontece cuando él está en contradicción con actos precedentes, sin ninguna justificación plausible.

Asimismo, LESSONA incluye dentro del exceso de poder la contradicción con procedimientos precedentes cuando en el intervalo de tiempo habido entre ellos no se han producido hechos que justifiquen la diversidad de contenido de los actos (96).

* * *

En conclusión, creemos que nuestro planteamiento del «precedente» y las garantías propuestas para la observancia del mismo encajan dentro de las técnicas que debe poseer el Derecho administrativo, propio de la estructura de un auténtico Estado social de Derecho.

Porque, así como a la contextura neutra del Estado liberal de Derecho sólo le interesaba la garantía de la legalidad formal, al Estado social de Derecho debe preocuparle la vinculación jurídica de la Administración, en el núcleo material mismo de su actividad. La técnica de la garantía de la libertad formal del Estado burgués de Derecho, como ha dicho FORSTHOFF, es una técnica de formas jurídicas que sirve para una socie-

(95) FRAGOLA: *Gli atti amministrativi*, Torino, 1952.

(96) *La giustizia amministrativa*, Bolonia, 1953, pág. 101. (Recoge en este lugar un caso muy gráfico para nuestro «precedente».)

dad autónoma, pero falla frente a una administración que interviene en todos los ámbitos de la vida social.

No la simple técnica de ciertas formas jurídicas, sino sólo la vinculación a principios jurídicos materiales, puede asegurar hoy en la medida necesaria libertad individual y justicia social, legitimando al Estado como Estado de Derecho. El incremento de la acción administrativa y la amplitud de las facultades discrecionales de los administradores deben ir inexorablemente contrapesadas por una conformación mediante los principios generales del derecho, que constituyen, como señala aquel autor, no *ius normatum*, sino precisamente *justitia normans*.

El sometimiento de la Administración al Derecho no debe parar en la afirmación de la legalidad formal sobre su actuación y, consiguientemente —según expresión de GARCÍA DE ENTERRÍA—, en la calificación meramente negativa de ilícitos de la misma sobre el canon único de esa legalidad expresa y determinada. El Derecho administrativo de nuestro tiempo, en cuanto instrumento de un Estado social, debe ajustar intrínsecamente e informar toda esa inmensa actividad de la que es portadora, a los principios del derecho natural y de la justicia. Sólo así será posible la armonización del Estado de Derecho y del Estado social, y sólo de esa forma el Derecho administrativo cumplirá, como todo derecho, su auténtico fin: el servicio a la persona humana.

De otra parte, la vinculación del «precedente» a un principio general del derecho, al de igualdad, le proporciona un carácter trascendente y no pragmático y concreto propio de la regla jurisprudencial. Le evita asimismo el quedar sometido al subjetivismo, al arbitrio, que la elaboración de la regla jurisprudencial lleva consigo.

Finalmente, las consideraciones expuestas en este trabajo pueden tener en nuestra patria y en nuestros días gran oportunidad.

En estos momentos en que nos llegan noticias de la preparación de una nueva ley general de procedimiento administrativo, propugnamos que en la próxima ordenación se recoja la técnica del «precedente» y se establezca la obligatoriedad de la motivación cuando, habiendo invocado el administrado el «precedente», la Administración, en uso de su potestad discrecional, no lo siga y lo quebrante, porque así el interés público lo aconseje. Con ello se conseguiría el ulterior control jurisdiccional en la forma que hemos mencionado, que se ceñiría a la legalidad del «precedente», quedando a salvo la facultad discrecional de la Adminis-

tración de quebrantarlo cuando razones de oportunidad o conveniencia lo determinen.

Asimismo, estimamos que debería incluirse un nuevo motivo de interposición del recurso de revisión en vía administrativa, basado en el principio aludido del CONSIGUIENTE. Por apoyarse este último en un acontecimiento sobrevenido, encajaría perfectamente dentro de la tradicional estructura del recurso de revisión. En cuanto al propio PRECEDENTE, podría pensarse también en tipificar su violación dentro de las modalidades de apertura de la revisión, ya que esta última no va siempre exclusivamente limitada, a los casos de acontecimientos o hechos sobrevenidos.

Las garantías en orden al «precedente», así establecidas, deben considerarse completadas por las posibilidades que se derivan de la puesta en vigor de la nueva Ley de la jurisdicción contenciosa, que, como es sabido, consagra los principios generales del derecho y la desviación de poder. La titulación amplía a que se refiere la misma, de «infracción del ordenamiento jurídico» o «disconformidad con el Derecho», como condición de prosperidad del recurso contencioso, encierra—una vez establecida por la futura Ley de procedimiento, la obligación de motivar—indudables garantías para la eficacia y operatividad del «precedente».

