

El precedente administrativo*

The Administrative Precedent

*Augusto Durán Martínez***

RESUMEN. En un comienzo ni se consideraba el precedente administrativo al estudiarse las fuentes del derecho administrativo. Luego la interrogante se planteó y se rechazó la posibilidad de que el precedente fuese una fuente formal de derecho. Más adelante, sin perjuicio de predominar la postura negativa, se admitió que la inobservancia de un precedente pueda tener relevancia jurídica. En el estado actual del derecho opino que el precedente administrativo es verdaderamente fuente formal de derecho administrativo.

PALABRAS CLAVE. Derecho administrativo. Fuentes del derecho. Actos propios. Procedimiento administrativo.

ABSTRACT. At first, the administrative precedent was not taken into consideration when studying the sources of administrative law. Later, the issue was considered again and the status of the precedent as a formal source of law was rejected. Afterwards, notwithstanding the prevailing negative position, it was accepted that failure to respect a precedent might be legally relevant. In the current state of law, I believe that the administrative precedent is truly a formal source of administrative law.

KEY WORDS. Administrative Law. Sources of Law. Estoppel. Administrative Proceedings.

* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 24 de junio de 2010. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 6 de setiembre de 2010, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

** Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Director del Departamento de Derecho Administrativo y decano emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.



SUMARIO. I. Costumbre, práctica administrativa y precedente administrativo. **II.** Actos propios. Stoppel. Confianza legítima. Certidumbre jurídica. **III.** El precedente administrativo como fuente.

I.

COSTUMBRE, PRÁCTICA ADMINISTRATIVA Y PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

1. El precedente administrativo es escasamente estudiado en las obras generales de derecho administrativo. Cuando se lo estudia, en general se lo hace junto con la costumbre y la práctica administrativa.¹

Como se sabe, la costumbre es un comportamiento uniforme y constante de la sociedad, con la convicción de que tal conducta es jurídicamente obligatoria.² Se requiere, como decían los romanos, un elemento objetivo, el *usus inveteratus*, y otro subjetivo, la *opinio juris necessitatis*.

Ese origen de la costumbre se ponía claramente de manifiesto en la escuela histórica alemana, que consideraba el derecho consuetudinario como “la expresión inmediata e irreflexiva del espíritu viviente en el pueblo”.³ Esa es una de las razones por las cuales, en el marco de una concepción del derecho administrativo como derecho de la administración, la costumbre ha encontrado resistencia para ser reconocida como fuente del derecho

¹ F. ROTONDO TORNARÍA, *Manual de Derecho administrativo*, Montevideo: Ediciones Del Foro, 7.^a ed. amp. y act., 2009, pp. 82 ss.

² J. C. CASSAGNE, *Derecho administrativo*, Buenos Aires: Lexis Nexis y Abeledo-Perrot, 8.^a ed. act., 2006, t. I, p. 206; ROTONDO TORNARÍA, o. cit. (nota 1), p. 82.

³ A. ROSS, *Teoría de las fuentes del Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 497.

administrativo. Por eso, es frecuente que se diga “que el lugar de la costumbre lo ocupen en derecho administrativo las llamadas prácticas administrativas”.⁴

El precedente administrativo se diferencia de la costumbre por su origen: proviene de la administración, no de la sociedad, según la concepción tradicional, y la conducta puede no ser reiterada.⁵ Respecto a este último punto escribió BARRA:

[...] no es necesaria la existencia de una cantidad plural de decisiones previas para establecer un precedente. Basta con una sola decisión, aun contradictoria de otras anteriores, ya que para el administrado que lo invoca lo que le interesa es la última decisión de la Administración, previa a su caso. Naturalmente, la existencia de una cantidad de precedentes en el tiempo le brindará al interesado una mayor fuerza argumental, pero de ninguna manera puede exigirse tal continuidad para ampararse en el precedente.⁶

ROTONDO TORNARÍA ha definido al precedente administrativo como:

[...] una “conducta previa” de la administración que contiene un acto anterior que resuelve un caso similar a otro, actual, por lo cual aquel tiene efectos hacia el futuro, momento en que se dirá que se actúa “como se hizo antes” o incluso “como se ha hecho siempre”.⁷

En general⁸ se ha sostenido que la práctica administrativa es una reiteración de precedentes administrativos. Dice PARADA:

[...] la práctica supone una reiteración en la aplicación de un determinado criterio en varios casos anteriores, mientras que el precedente puede ser simplemente la forma en que se resolvió con anterioridad un único asunto, análogo a otro pendiente de resolución.⁹

Se diferencia de la costumbre por su origen, proviene de la Administración, no de la sociedad y, se dice,¹⁰ no existe la *opinio juris necessitatis*.

⁴ GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, vol. I, p. 395.

⁵ F. ROTONDO TORNARÍA, “Conducta previa de la Administración. ¿Existe el precedente administrativo?”, exposición en las *Jornadas del Anuario de Derecho Administrativo*, realizadas en Montevideo en 2008 (inédita).

⁶ R. C. BARRA, *Tratado de Derecho administrativo*, Buenos Aires: Ábaco, 1998, t. 1, p. 666.

⁷ ROTONDO TORNARÍA, “Conducta previa...”, o. cit. (nota 5).

⁸ Digo en general porque existe alguna opinión distinta. Así, para ORTIZ DÍAZ las prácticas administrativas “[...] 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 estos [...] El precedente, por el contrario, es más; implica la resolución sustantiva de la Administración sobre cuestiones sometidas a la misma y generadora de derechos e intereses para los particulares”. Citado por GARRIDO FALLA, o. cit. (nota 4), p. 395, nota 17. También BARRA tiene un concepto diferente. Para él la práctica administrativa es una forma de costumbre vinculada a tramitaciones que forman parte del proceso de la toma de decisión, en principio con efectos internos. BARRA, o. cit. (nota 6), p. 666.

⁹ R. PARADA, *Derecho administrativo*, Madrid: Marcial Pons, 1997, t. I, p. 77.

¹⁰ J. A. PRAT, *Derecho administrativo*, Montevideo: Acali, 1977, t. 2, p. 110.

2. En general, la doctrina no admite el precedente administrativo como fuente formal,¹¹ a tal punto que SAYAGUÉS LASO, cuando estudia las fuentes, ni lo menciona.¹²

En esta línea, BARRA entiende que el precedente, más que a la creación del derecho, refiere a la interpretación de normas ya existentes; sostiene que no es fuente, sino “parte integrante, en la estructura interna del acto administrativo, del elemento ‘causa’ a los efectos de la toma de decisión y de la valoración de la validez del acto, formando parte de la garantía del debido proceso sustantivo”.¹³

Otros autores, como CASSAGNE, entienden que el precedente administrativo, cuando tiene una aplicación reiterada por los órganos del Estado, constituye una fuente del derecho.¹⁴ Claro que para valorar en sus justos términos la opinión de CASSAGNE hay que tener en cuenta que él niega la utilidad de la distinción entre precedente administrativo y práctica administrativa, y la reiteración del precedente sería lo que hemos considerado práctica administrativa.

3. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que la doctrina más actual que niega al precedente administrativo el carácter de fuente formal admite que pueda tener relevancia jurídica.¹⁵

En tal sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ indicaron:

[...] el precedente administrativo reiterado puede tener un cierto valor vinculante para la propia Administración, en el sentido de que apartarse de él en un caso concreto puede ser índice de un trato discriminatorio, de una falta de buena fe, de una actitud arbitraria. Este juicio se explica fácilmente, sin necesidad de acudir a la tesis del precedente como costumbre, por virtud de los principios de igualdad de los ciudadanos ante la Ley (artículo 14 de la Constitución) y de la buena fe (en sus dos vertientes, de protección de la confianza del tercero, que ha podido orientar su actividad sobre el criterio mantenido hasta entonces por la Administración, y de interdicción de la arbitrariedad propia (artículos 7 CC y 9.3 de la Constitución)).¹⁶

¹¹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Madrid: Civitas, 1983, t. I, p. 67; A. GUISANDE, “El valor del precedente administrativo”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994, t. IV, p. 316; ROTONDO TORNARÍA, o. cit. (nota 1), p. 83.

¹² E. SAYAGUÉS LASO, *Tratado de Derecho administrativo*, Montevideo, 1953, t. I, pp. 86 ss.

¹³ BARRA, o. cit. (nota 6), p. 667.

¹⁴ CASSAGNE, o. cit. (nota 2), t. I, p. 208.

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, o. cit. (nota 11), t. I, p. 67; GUISANDE, o. cit. (nota 11), p. 317; ROTONDO TORNARÍA, o. cit. (nota 1).

¹⁶ *Ibíd.*, p. 67.

En esencia esa posición es reiterada en España por GARRIDO FALLA, PAREJO ALFONSO y PARADA.¹⁷

GARRIDO FALLA, al estudiar las prácticas administrativas encaradas como una reiteración de precedentes, expresó:

La posible obligatoriedad de las prácticas administrativas no deriva simplemente de la fuerza que para la Administración tengan sus propios precedentes. Entendemos, antes bien, que la Administración puede lícitamente apartarse de sus propios precedentes: 1º. Si se trata de materias en las que actúa con poderes reglados, por entender que la interpretación de la ley que se ha venido haciendo no es la correcta. 2º. Si se trata de materias en las que actúa con poderes discrecionales, por entender que los criterios hasta entonces aplicados son inoportunos o contrarios al interés público; si bien en este caso el cambio de criterio deberá realizarse con carácter general para el futuro, y no como derogación del criterio anterior para resolver un caso concreto.

En cambio, a nuestro juicio, la obligatoriedad de las prácticas administrativas surge allí donde, como consecuencia de las mismas, haya podido crearse un principio de apariencia jurídica que induzca al administrado a creer correcta una actuación suya en un sentido determinado; y especialmente si el cambio de criterio implica discriminación contraria al principio de igualdad ante la ley que consagra el artículo 14 de la Constitución.¹⁸

Por su parte, PAREJO ALFONSO, que parece identificar la práctica y el precedente administrativo, escribió:

La práctica (actos sucesivos, reiterados en un mismo sentido) observada por la Administración pública, es decir, el precedente administrativo, no tiene el valor propio de la costumbre, sencillamente porque la Administración está vinculada positivamente a la legalidad y debe siempre aplicarla. No puede, pues, quedar vinculada por un precedente *contra legem*. Esta conclusión no significa negar toda eficacia al precedente. Este produce el efecto de todos los actos propios: la vinculación unilateral a los mismos, que puede ser invocada desde luego por el tercero. Este efecto no es despreciable, en la medida en que el apartamiento de la práctica de precedentes previos puede resultar indiciario de una conducta arbitraria y lesiva del principio de protección de la confianza suscita en tercero (artículo 9.3 CE), así como, desde luego, del de igualdad por discriminación carente de justificación (artículo 14 CE).

El efecto en cuestión encuentra fundamento en los artículos 54.1, c) LRjAPyPAc y 2 RSCL. Una jurisprudencia contencioso-administrativa bien establecida y numerosa así lo tiene establecido, si bien precisando con acierto que la invocación del precedente solo es legítima dentro de la legalidad o, dicho de otro modo, que solo es esgrimible el precedente legal o conforme a Derecho (la STC 36/1982, de 16 de junio, ha confirmado esta doctrina jurisprudencial).¹⁹

¹⁷ PARADA, o. cit. (nota 9), p. 77.

¹⁸ GARRIDO FALLA, o. cit. (nota 4), pp. 395 ss.

¹⁹ L. PAREJO ALFONSO, A. JIMÉNEZ-BLANCO y L. ORTEGA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho administrativo*, Barcelona, 5.ª ed., 1998, vol. 1, p. 281.

A mayor abundamiento, PAREJO ALFONSO cita una sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de mayo de 1997 (R. Az. 4303),

[...] conforme a la cual las Administraciones públicas no están vinculadas por el precedente, pero sí sujetas al control judicial que debe corregir las desviaciones que en la aplicación igual de la Ley se produzcan. Y ello no solo en el ejercicio de potestades regladas, sino también en el de las discrecionales, pues los Tribunales han de fijar las circunstancias fácticas del caso y el contenido concreto de la norma aplicada, ya que de lo contrario habría discriminación por tratamiento desigual y no estaría razonablemente justificado un cambio de criterio no manifestado expresamente.²⁰

De PARADA me interesa especialmente recordar su opinión en lo relativo a la importancia que asigna a la motivación. El conocido catedrático gallego escribió:

[...] la Administración puede desvincularse de su práctica o precedente al resolver un nuevo y análogo asunto con solo cumplir la carga de la motivación, carga que no es simplemente formal, sino que implica la exposición de razones objetivas que expliquen y justifiquen el cambio de conducta; de lo contrario, la Administración estará vinculada por su anterior comportamiento so pena de incurrir en una discriminación atentatoria a la seguridad jurídica y al principio de igualdad de los administrados, fundamento último de lo que de obligatorio y vinculante puede haber en los procedimientos y prácticas administrativas.²¹

El deber de motivar los actos administrativos es de principio.²² Por eso es que MARTÍN REBOLLO decía “hay que motivar siempre”.²³ Pero lo interesante del caso radica en que el legislador español exige expresamente la motivación de los actos administrativos “que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes” (artículo 54, literal c, de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJ-PAC).

4. La doctrina española influyó notoriamente en la escasa doctrina uruguaya sobre el punto.

En esa línea, GUISANDE expresó:

El precedente administrativo no constituye una fuente de derecho, una norma jurídicamente obligatoria que condicione o limite a la Administración en el ejercicio de sus potestades, aunque la distinción de si ellas son discrecionales o regladas tiene una relevancia especial.

²⁰ *Ibidem.*

²¹ PARADA, o. cit. (nota 9), p. 77.

²² A. DURÁN MARTÍNEZ, “La obligación de motivar: un principio general de derecho administrativo”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho administrativo. Parte general*, Montevideo, 1999, p. 65; ídem, *Casos de Derecho administrativo*, Montevideo, 2003, vol. III, pp. 33 ss.

²³ L. MARTÍN REBOLLO, *Leyes administrativas*, 15.ª ed., Pamplona: Aranzadi y Thomson Reuters, 2009, p. 478.

En el ejercicio de potestades regladas, la Administración solo podrá modificar sus pronunciamientos o decisiones cuando aprecie que ellas han sido contrarias al texto o al sentido de la norma aplicada. De esto resulta que nadie podrá pretender, invocando el principio de igualdad con el que deben ser tratados los administrados ante situaciones iguales, que si el órgano administrativo ha actuado ilegítimamente en la resolución de alguna situación concreta deba, en aplicación del principio de igualdad, seguir cometiendo la misma ilegalidad.

Cuando la Administración ejercite poderes discrecionales, en los que predomina la apreciación de la conveniencia u oportunidad de la medida a disponerse, y en donde siempre existe más de una solución justa entre las posibles legítimas, el cambio puede ser, más frecuente, más esperado.

Si la oportunidad o la conveniencia, el mérito del acto, determinan la necesidad de un cambio en el tratamiento dado hasta ese momento a situaciones iguales, la Administración no solo estará habilitada sino incluso obligada a modificar sus resoluciones o reglamentos para satisfacer el interés público. No podrá invocarse ante ello el precedente para pretender la anulación de lo actuado, porque este no genera una norma, sino solo un hábito o un uso reiterado que no impone obligatoriedad.

Pero cualquier cambio al precedente debe estar debidamente fundado y esos fundamentos deben ser explicitados y que ante ello: “No son admisibles fórmulas generales de fundamentación, sino que deberá hacerse una relación directa y concreta de los hechos del caso específico en resolución, exponiéndose además las razones que con referencia a él en particular justifican la decisión adoptada” (Dec. 500/991, artículo 123).

Si el cambio de tratamiento no está debidamente fundado o esos fundamentos no han sido explicitados del modo reglamentariamente impuesto, y si con ello se contraviene una larga práctica de actuación anterior del órgano que resuelve, todo ello puede constituir una señal importante de ejercicio ilegítimo de los poderes jurídicos asignados, o aun configurar el vicio que nuestra Constitución, recogiendo la tradición francesa, denomina “desviación de poder”.

Por lo expuesto, sostenemos, como lo ha hecho el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la sentencia comentada, que en principio, el acto debe ser apreciado en sí mismo, como lo exige el texto constitucional, contrastándolo con la legalidad aplicable, apreciando las razones que se dan para fundamentar el acto, como elementos decisivos para juzgar.

Sin embargo, si el acto modifica una reiterada costumbre o “serie de precedentes administrativos”, sin aportar, como está exigido, razones satisfactorias que fundamenten la modificación, ello no constituirá un elemento determinante para la anulación de la decisión, pero exigirá un cuidado o atención especial para apreciar si de ese modo se procura violar el principio de igualdad de los administrados ante la Ley, o si los poderes se han utilizado para conseguir la satisfacción de intereses, públicos o privados, que no son los que tuvo en consideración el legislador cuando determinó la finalidad con que debían utilizarse legítimamente.²⁴

En sentido similar, ROTONDO TORNARÍA señaló:

²⁴ GUISANDE, o. cit. (nota 11), pp. 316 ss.

Por sí no es fuente, ya que el precedente no posee un valor normativo estricto. El cambio de criterio puede sí interesar para probar la existencia del vicio de desviación de poder, en caso de que dicho cambio se realice para resolver un caso concreto y no en forma general para el futuro.

Esto se explica por los principios de igualdad de las personas ante las normas y ante la administración y el de la buena fe, en sus dos vertientes, de protección de confianza del tercero, que ha podido orientar su actividad sobre el criterio mantenido hasta entonces y de interdicción de la arbitrariedad propia.²⁵

Posteriormente, en un trabajo inédito ya citado, reiteró este concepto y agregó que esos principios mencionados tienen recepción en nuestra Constitución (artículos 7, 72 y 332) y en normas internacionales sobre derechos humanos.²⁶

5. Nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en más de una oportunidad, no admitió la anulación de un acto administrativo por apartarse de un precedente, invocando el artículo 310 de la Constitución. En efecto, en sentencia n.º 177, de 3 de mayo de 1989, precisamente la comentada por GUISANDE, la que se remite a la sentencia n.º 18/987, expresó:

El argumento de lo decidido por la Administración en casos anteriores y similares, no es valedero, ya que la norma constitucional (artículo 310) ordena que el Tribunal aprecie el acto en sí mismo; esto es, limitándose al acto concreto y a la también concreta situación en que se inserta, para examinar si, en la ocasión, se ha transgredido la legalidad aplicable; pero en modo alguno, hacer juicio de conveniencia en relación a las soluciones que la Administración diera, con anterioridad, a casos similares. Y, en vista de tal limitación de las facultades del Tribunal, lo único que cabe apreciar es si las razones que da la Administración para fundamentar su solución denegatoria a la solicitud de registro, son o no lícitas (sentencia cit.).²⁷

Por sentencia n.º 749, de 8 de diciembre de 2004, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo rechazó expresamente el carácter de fuente del precedente. En tal oportunidad indicó:

Aun cuando se admite la razonabilidad y conveniencia de que tratándose de idénticos planteos se impongan idénticas decisiones, lo cierto es que no existe norma legal ni reglamentaria alguna, que imponga a la Administración la obligación de seguir o sujetarse a lo que el actor denomina el “precedente”.²⁸

²⁵ ROTONDO TORNARÍA, *Manual...*, o. cit. (nota 1), p. 83.

²⁶ Ídem, “Conducta previa...”, o. cit. (nota 5).

²⁷ *Anuario de Derecho Administrativo...*, o. cit. (nota 11), t. IV, p. 313.

²⁸ *Ibíd.*, t. XII, p. 167.

Sin embargo, el mismo Tribunal en sentencia n.º 149, de 12 de abril del mismo año 2004, expresó:

No ha sido controvertido que la Intendencia de Canelones retenía la cuota sindical desde mediados del siglo pasado, de manera que la Administración, en principio, debe actuar en forma coherente con esos antecedentes, respetando el principio general de la buena fe.

En la especie con el acto impugnado se contradice frontalmente la conducta anterior, sin causa justificada, lesionando el principio de igualdad y el interés de los particulares afiliados al sindicato.²⁹

6. Sin embargo, ha aparecido en nuestro país una voz que toma distancia de estas posturas que niegan al precedente administrativo el carácter de fuente formal de derecho administrativo.

En efecto, BRITO, luego de referirse a las mismas sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo que he citado y a la misma doctrina nacional que he aludido, con singular énfasis afirma:

[...] nos apartamos en general del criterio jurisprudencial antes citado, reiteradamente expuesto por el máximo órgano del sistema orgánico del contencioso administrativo anulatorio uruguayo y en general recibido por la doctrina nacional citada, aunque con precisiones relevantes ya transcritas.³⁰

Y luego, en ese trabajo dedicado no al precedente sino a demostrar la condición de fuente de derecho administrativo del acto administrativo, expresó:

[...] ese trasfondo valórico de la cuestión del precedente administrativo —del acto administrativo como fuente de derecho— va consigo inexorablemente en la dimensión de seguridad, derecho fundamental, de sesgo constitucional y raíz natural.³¹

7. En Argentina CASSAGNE, que había admitido el carácter de fuente del precedente administrativo, expresó:

²⁹ *Ibíd.*, p. 166.

³⁰ M. R. BRITO, "El acto administrativo como fuente de derecho", en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y OTROS, *El acto administrativo como fuente del derecho administrativo en Iberoamérica*, Panamá: Órgano Judicial, VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2009, p. 705.

³¹ *Ibíd.*, p. 710.

[...] la asignación de valor de fuente del Derecho peculiar a los precedentes administrativos, contribuye a la seguridad jurídica y a la observancia del principio de igualdad ante la ley, evitando la conservación de la arbitrariedad en el ámbito de la Administración Pública.³²

8. Lo interesante de esta comparación de opiniones radica en que tanto los que afirman el carácter de fuente formal del derecho administrativo del precedente administrativo como los que niegan pero admiten su relevancia jurídica, en definitiva se basan en determinados principios generales del derecho y en general mencionan los mismos.

Esos principios se verían afectados por un acto de la administración que contradiga una conducta anterior. La cuestión pasa así por la determinación de la relevancia jurídica de la conducta anterior, cuestión más amplia que el precedente pero que lo incluye. Eso nos lleva a la teoría del acto propio y al principio de confianza legítima.

II.

ACTOS PROPIOS. STOPPEL. CONFIANZA LEGÍTIMA. CERTIDUMBRE JURÍDICA

1. La teoría de los actos propios no tiene recepción expresa de una manera general en nuestro derecho positivo, al menos en el ámbito del derecho público. Pero eso no quiere decir que no sea de aplicación. Es más, se puede decir que en general esta teoría, en los países en que se invoca, ha sido aplicada por la jurisprudencia con anterioridad a su recepción en textos de derecho positivo.

2. Tal vez quien mejor haya desarrollado la teoría de los actos propios o de los propios actos en el ámbito del derecho público en Argentina haya sido MAIRAL.

MAIRAL sostiene que la doctrina de los propios actos deriva del principio de la buena fe.³³

Parece difícil considerar al Estado excluido de la obligación de respetar un principio básico del derecho y de la moral como lo es el de la buena fe. [...] El hecho de que la Administración persiga el bien común no autoriza a liberarla de ataduras morales: el fin no justifica los medios.³⁴

³² CASSAGNE, o. cit. (nota 2), t. I, p. 209.

³³ H. MAIRAL, *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*, Buenos Aires: Depalma, 1988, pp. 54 ss.

³⁴ *Ibíd.*, p. 52.

Al no tener la doctrina de los propios actos recepción expresa en el derecho positivo, su valor y fuerza serán los del principio del que deriva,³⁵ a juicio de MAIRAL, el principio de la buena fe.

En el ámbito del derecho administrativo, se puede invocar esta doctrina tanto para demandar la anulación de un acto administrativo como para reclamar una indemnización por los perjuicios sufridos.³⁶

Tal es la importancia que la doctrina asigna a los aspectos reparatorios que la indemnización es admitida aun cuando no se anule o revoque el acto administrativo. En efecto, dice MAIRAL que hay situaciones en que puede ser preferible permitir la contradicción administrativa, pero indemnizando los perjuicios que ella causa al particular. Esto ocurrirá, según el jurista argentino, cuando los perjuicios al interés general o al de terceros resultantes del mantenimiento de la conducta administrativa inicial sean considerables; pero lo importante es que aun en este caso igualmente se afirma la procedencia de la indemnización.³⁷

Es cierto que en general la teoría del acto propio se emplea con relación al mismo sujeto al que refiere la conducta anterior y el precedente se invoca con relación a terceros,³⁸ pero la relación que existe entre ellos es innegable.

3. Esta doctrina tiene vinculación con la del *estoppel* o *stoppel*, de raíz británica.

El *stoppel* tuvo su origen en la jurisprudencia del Reino Unido en el ámbito del derecho privado y se desarrolló luego en los Estados Unidos y Canadá.³⁹ Precisamente en Canadá la figura del *stoppel* alude a “la prohibición que se hace a una persona de retractarse de una seguridad que ha precedentemente dado que parecía vincularla definitivamente y en base a la cual otra persona ha actuado”.⁴⁰

A los efectos de nuestro tema, interesa la acepción dada por el *Corpus Juris Secundum*, según la cual *stoppel* significa que “aquel que por un hecho o conducta ha inducido a otros a actuar de una manera determinada, no podrá adoptar una posición, actitud o curso de conducta contradictorio y con ello provocarle una pérdida o daño”.⁴¹

³⁵ Ibídem, pp. 163 ss.

³⁶ Ibídem, pp. 158 ss.

³⁷ Ibídem, p. 159.

³⁸ BARRA, o. cit. (nota 6), pp. 669 ss.

³⁹ H. RONDÓN DE SANSÓ, “El principio de confianza legítima en el derecho venezolano”, en *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías. La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*, Caracas, FUNEDA, 1998, pp. 297 ss.

⁴⁰ Ibídem, p. 298.

⁴¹ MAIRAL, o. cit. (nota 33), p. 19.

El *stoppel* anglosajón solo protege a quien confía en la apariencia y cambia su propia posición en consecuencia.

La doctrina de los propios actos, en su versión más difundida en el derecho argentino, atiende fundamentalmente a la conducta del contradictor, sancionando su incoherencia por ser genéricamente peligrosa para el tráfico jurídico, cuando no éticamente disvaliosa, con independencia de la situación de la contraparte en la especie.⁴²

4. Muy vinculado a nuestro tema aparece el principio de la *confianza legítima*.

Este principio tiene su origen en la jurisprudencia alemana gestada luego de la Segunda Guerra Mundial.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal y del Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo ha otorgado a este principio un papel preponderante entre los principios del derecho administrativo y lo ha considerado un importante instrumento para superar el pasado del Estado totalitario alemán.⁴³ Jurisprudencia que, como bien lo ha destacado PIELOW, emana de los principios recogidos en la Ley Fundamental de Bonn.⁴⁴

El tema de la protección de la confianza nos lleva al centro de la tensión existente entre la necesidad de una cierta estabilidad en la actuación estatal y la necesidad de una cierta flexibilidad, innovación o cambio de esa actuación.⁴⁵

Decía con acierto PIELOW:

Se puede entender la necesidad de la “estabilidad” de la actuación pública como un requisito básico y originario de cada Estado de Derecho, en la medida en que el propio principio del Estado de Derecho juega en favor de una necesaria y elevada *seguridad jurídica* en las relaciones jurídico-administrativas: quiere decir que la actuación administrativa de un Estado de Derecho está caracterizada en gran medida por la existencia y a la vez la permanencia de un determinado *statu quo* de reglas y decisiones fijas, que estimulan, dirigen y limitan la vida social y el comportamiento del individuo y *homo oeconomicus* dentro de la sociedad. De allí, el Derecho puede cumplir su tarea como factor de ordenación de la vida social y estatal únicamente cuando obedezca a unos requisitos mínimos de fidelidad o seguridad y de continuidad. De esta manera, la dimensión del factor *tiempo* se muestra como elemento esencial del derecho y le proporciona un rasgo conservador.⁴⁶

⁴² Ibídem, p. 24.

⁴³ J. C. PIELOW, “El principio de la confianza legítima (*Vertrauensschutz*) en el procedimiento y en las relaciones jurídico-administrativas”, en *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías. La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*, Caracas: FUNEDA, 1998, p. 99.

⁴⁴ Ibídem, p. 100.

⁴⁵ Ibídem, p. 93.

⁴⁶ Ibídem.

Y teniendo en cuenta la necesidad de innovación es que PIELOW afirma que el principio de confianza legítima posee más que nunca gran importancia y sostiene que no se encuentra para nada en un rango secundario sino —antes bien— que aumenta su significado para el conjunto de las relaciones jurídico-administrativas.⁴⁷

Tal es la importancia de este principio en Europa que se lo ha invocado como fundamento para comprometer la responsabilidad del Estado legislador. Aunque algunos autores de prestigio —como GARCÍA DE ENTERRÍA—⁴⁸ toman cierta distancia en este punto, el Tribunal Supremo de España comienza a admitirlo.⁴⁹

No me interesa terciar ahora en esta polémica puesto que lo que al caso atañe es este principio con relación al Estado-administrador. Pero sí interesa mencionar el problema planteado para mostrar la preocupación que existe en los sistemas jurídicos más avanzados por la protección de la confianza legítima en todos los niveles, incluso ante el acto legislativo.

A los efectos de nuestro tema, interesa analizar el principio de confianza legítima con relación a la actividad administrativa.

Es precisamente a nivel de la actuación administrativa donde el concepto despliega toda su fuerza relativizadora entre los polos de la seguridad jurídica y de la debida flexibilidad de la actividad del Estado o, mejor, de sus autoridades. De manera general se puede decir que el principio de confianza legítima funciona como *elemento subjetivo* frente al postulado *objetivo* de la continuidad de la actuación administrativa: se impone a la Administración el tomar en consideración los intereses individuales en la conservación de las regulaciones, actos y otras decisiones administrativas, que forman la base para las actividades y disposiciones de los particulares y que pueden ser permisos, concesiones o autorizaciones administrativas [...].⁵⁰

De ahí que, como decía PAREJO ALFONSO, “el principio de la confianza legítima se erija en pieza clave en la limitación y el control del ejercicio de la potestad administrativa de volver sobre los propios actos”.⁵¹

El Tribunal Constitucional Federal alemán expresó al respecto:

La seguridad jurídica es uno de los elementos fundamentales del principio del Estado de Derecho. Los ciudadanos tienen que ser capaces de prever posibles injerencias de la parte del Estado

⁴⁷ Ibídem, pp. 96 ss.

⁴⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, en L. COSCULLUELA MONTANER (coord.) y otros, *Estudios de Derecho público económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín Retortillo*, Madrid: Endesa, Ibercaja y Civitas, 2003, pp. 37 ss.

⁴⁹ Ibídem, pp. 37 ss.

⁵⁰ PIELOW, o. cit. (nota 44), p. 98.

⁵¹ Citado por PIELOW, o. cit. (nota 44), p. 100.

que los pueden afectar y de comportarse de manera adecuada. Los individuos tienen que poder fiarse de que sus acciones que son lícitas bajo el Derecho actual y de las que siguen determinadas consecuencias jurídicas pueden ser consideradas lícitas en el futuro [...] Seguridad jurídica significa para el ciudadano en primer lugar la protección de la confianza legítima.⁵²

De esta sentencia PIELOW destaca “el principio del Estado de Derecho como cuna principal de la confianza legítima”.⁵³ Y más adelante subraya el papel que juegan los derechos fundamentales a favor de la confianza legítima.⁵⁴

También LARENZ alude a este principio, al que llama simplemente *principio de la confianza*.

En tal sentido, el célebre filósofo del derecho expresó:

El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla, porque poder confiar, como hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el Derecho —con independencia de cualquier mandamiento moral— tiene que ponerse a sí mismo porque la desaparición de la confianza, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad al tráfico individual. Aquí entra en juego la idea de una seguridad garantizada por el Derecho, que en el derecho positivo se concreta de diferentes maneras.⁵⁵

Y más adelante, en la misma obra, el jurista alemán escribió:

El principio de la confianza tiene un elemento componente de ÉTICA jurídica y otro que se orienta hacia la seguridad del tráfico. Uno y otro no se pueden separar [...] el componente ético-jurídico está en primer plano en el principio de buena fe. Dicho principio consagra que una confianza despertada de un modo imputable debe ser mantenida cuando efectivamente se ha creído en ella. La suscitación de la confianza es “imputable” cuando el que la suscita sabía o tenía que saber que el otro iba a confiar.⁵⁶

⁵² Ibídem, p. 101.

⁵³ Ibídem.

⁵⁴ Ibídem, pp. 101 ss.

⁵⁵ K. LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid: Civitas, 1993, p. 91.

⁵⁶ Ibídem, pp. 95 ss.

Esta postura calza perfectamente con la nueva visión que se impone con el neoconstitucionalismo, en que la ética corre por las venas del derecho,⁵⁷ que, en definitiva, se basa en la dignidad de la persona humana.⁵⁸

Para la aplicación de este principio, la jurisprudencia alemana exige que se reúnan tres requisitos:

(1) una actividad administrativa que provoca (2) la confianza “digna de protección” del administrado así como (3) la desviación de la Administración de la expectativa del individuo.⁵⁹

El principio de confianza legítima se ha invocado para impedir la revocación o anulación de oficio de actos administrativos creadores de derechos.⁶⁰ Refuerza así con fundamentación adicional la notable jurisprudencia del Consejo de Estado francés derivada del *arrêt Dame CACHET*, de 3 de noviembre de 1922,⁶¹ y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina derivada del caso *Carman de Cantón*, de 1936.⁶² Pero también se ha empleado, y cada vez más, fuera del ámbito de la revocación o anulación de actos administrativos, en tutela de situaciones dignas de ser protegidas por la confianza,⁶³ a los efectos del dictado de actos positivos o de evitar el dictado de actos que, sin revocar otros anteriores, conlleven un criterio opuesto. Esto es, precisamente, la cuestión del precedente administrativo.

5. Los desarrollos en torno a la protección de la confianza legítima impulsados por la jurisprudencia y doctrina alemana pronto se expandieron a otros países del mundo occidental.

Así, en Brasil ya pacíficamente se lo admite puesto que se entiende que el administrado no solo *puede* sino también *debe* confiar en la acción del Estado.⁶⁴

JINESTA LOBO, de Costa Rica, escribió:

⁵⁷ A. DURÁN MARTÍNEZ, “En torno al neoconstitucionalismo”, en *Estudios Jurídicos*, n.º 7, Universidad Católica del Uruguay, 2009, p. 81.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 97 ss.

⁵⁹ PIELOW, o. cit. (nota 44), p. 112.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 103 ss.

⁶¹ M. HAURIU, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, París: Librairie de Recueil Sirey, 1929, t. II, pp. 100 ss.

⁶² J. F. LINARES, *Fundamentos de Derecho administrativo*, Buenos Aires: Astrea, 1975, pp. 349 ss.; J. R. COMADIRA, *La anulación de oficio del acto administrativo*, Buenos Aires: Astrea, 1981, pp. 83 ss.

⁶³ PIELOW, o. cit. (nota 44), p. 112.

⁶⁴ R. VALIM, *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*, San Pablo: Malheiros, 2010, pp. 111 ss.

El principio de confianza legítima, junto con el de buena fe en las relaciones jurídico-administrativas, dimanan del principio de seguridad jurídica, esto es, la certidumbre en las relaciones con los poderes públicos, saber el administrado a qué atenerse con estos, quienes deben evitar las situaciones objetivamente confusas y mantener las situaciones jurídicas aunque no sean absolutamente conformes con el ordenamiento jurídico. Este principio se conecta, entre otros supuestos, con la teoría de la intangibilidad de los actos propios declaratorios de derechos para el administrado, la limitación de los actos de gravamen y la irretroactividad.

Encuentra aplicación, también, cuando una administración pública dicta y realiza una serie de actos y de actuaciones, que aunque jurídicamente incorrectas, generan una serie de expectativas en el administrado creyendo que ostenta una situación jurídica conforme con el ordenamiento jurídico.⁶⁵

RONDÓN DE SANSÓ, en Venezuela, estudió el *principio de confianza legítima* a la luz del derecho de su país.

Emplea una terminología distinta. Prefiere hablar de *expectativa justificada* o *expectativa plausible*.⁶⁶

Advierte RONDÓN DE SANSÓ que esta figura no ha tenido recepción expresa en el derecho positivo venezolano pero se encuentra en la base o es la consecuencia de varias instituciones o figuras ampliamente reconocidas. Así se ha dicho que este principio de confianza legítima deriva de alguno o varios de los siguientes principios: “la buena fe, el estado de derecho, la seguridad jurídica, los derechos fundamentales, la equidad y la justicia natural”.⁶⁷

Sin perjuicio de ello, advierte que lo extraordinario de la noción de confianza legítima radica en que excede el ámbito de las instituciones que le sirven de fundamento para ubicarse en un sitio que está muchas veces detrás de ellas o por encima de ellas, esto es, que puede constituir su sustento.⁶⁸ Es decir, el principio de confianza legítima, más allá de la innegable vinculación con los principios indicados, cobra autonomía.

El valor y fuerza de este principio —desde el momento en que no tiene receptividad expresa en el derecho positivo— no está establecido por el derecho positivo sino que dependerá del valor y fuerza del principio del que deriva.⁶⁹ Y este principio puede invocarse tanto para reclamar una indemnización por daños y perjuicios como para demandar la anulación de un acto administrativo.⁷⁰

⁶⁵ E. JINESTA LOBO, *Tratado de Derecho administrativo*, San José de Costa Rica: IUS Consultec y Jurídica Continental, t. I, 2.ª ed. amp. y corr., 2009, p. 296.

⁶⁶ RONDÓN DE SANSÓ, o. cit. (nota 40), p. 300.

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 296 ss., 301 ss.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 296.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 316 ss.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 350.

6. A esta altura me parece oportuno recordar a VILLAR PALASI y VILLAR EZCURRA en cuanto sostuvieron el derecho a la certidumbre jurídica.⁷¹

Este derecho surge como una exigencia ante la incertidumbre jurídica provocada por la creciente entropía que, a su juicio, caracteriza el actual derecho español,⁷² lo que por cierto puede también predicarse del nuestro.

Según estos autores:

[...] la certidumbre jurídica es la expectativa razonable que todo ciudadano puede esperar, en un Estado de Derecho, para conocer la regulación aplicable a una conducta determinada.⁷³

En realidad, como aclaran enseguida,

[...] lo que postula el principio de certidumbre no es tanto el conocimiento de la solución jurídica ante un caso concreto (aspecto que, en definitiva, corresponderá decidir a los Tribunales) como el derecho a tener una cierta seguridad acerca de la regulación jurídica aplicable a un supuesto o conducta determinados.⁷⁴

Y esto deriva del principio de seguridad jurídica, por lo que este principio, sostienen, “es en definitiva, la clave de bóveda sobre la que se articula el derecho a la certidumbre”.⁷⁵

Los desarrollos expuestos son plenamente compatibles, con una precisión. En derecho no basta la letra del texto; el texto debe ser aplicado, lo que previamente precisa ser interpretado.⁷⁶ La certidumbre jurídica no refiere solo a conocer qué es lo que dicen los textos, sino también cómo se interpretan y cómo se aplican.⁷⁷

Creo que esto lo han tenido en cuenta los citados juristas españoles, cuando en ese trabajo afirmaron que “la Administración ha de actuar bajo la Ley y en la Ley, dando siempre una respuesta igual y prevista de antemano a la situación concreta, por minúscula y secular que esta sea”,⁷⁸ con lo que nos llevan a considerar el precedente.

⁷¹ J. L. VILLAR PALASI y J. L. VILLAR EZCURRA, “El derecho a la certidumbre jurídica y la incertidumbre de nuestro derecho”, en L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (coord.), *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Prof. Jesús González Pérez*, Madrid: Civitas, 1993, t. I, p. 101.

⁷² *Ibidem*, pp. 94 ss., 101.

⁷³ *Ibidem*, p. 101.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 102.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ E. R. GRAU, *Ensaio e discurso a interpretação. Aplicação do directo*, San Pablo: Malheiros, 202, p. 20.

⁷⁷ A. DURÁN MARTÍNEZ, “Seguridad para las inversiones en el Uruguay”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho público*, Montevideo, 2008, vol. II, pp. 80 ss.

⁷⁸ VILLAR PALASI y VILLAR EZCURRA, o. cit. (nota 72), p. 103.

7. Los conceptos antes expuestos son perfectamente aplicables en sus lineamientos básicos en el derecho público uruguayo.

La teoría del acto propio y el principio de confianza legítima son conocidos en nuestra doctrina.⁷⁹ Y si bien no existe en nuestro país ningún texto de derecho positivo que consagre expresamente en el ámbito del derecho público la doctrina de los propios actos ni el principio de confianza legítima o de expectativa plausible, hay soluciones legales especiales en esa línea, como la consulta aduanera (artículo 288 de la ley n.º 13.318, de 28 de diciembre de 1964) y la consulta tributaria vinculante (artículo 71 ss. del Código Tributario).⁸⁰

Puede afirmarse que rigen plenamente en nuestro medio los principios o instituciones de los que derivan la doctrina de los actos propios, el principio de confianza legítima o el principio de expectativa plausible o el principio de certidumbre jurídica y muchos de los desarrollos de la doctrina española acerca del precedente administrativo.

8. Afirma RONDÓN DE SANSÓ:

La buena fe como hecho ético-social, alude a la lealtad, honestidad, fidelidad, confianza, credibilidad y a la segura creencia o convicción de no lesionar a otro.⁸¹

Nadie duda hoy de que el principio de la buena fe es uno de los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico. Y como bien ha dicho GONZÁLEZ PÉREZ, “el hecho de su consagración en una norma legal no supone que con anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa haya perdido tal carácter”.⁸²

Nuestro Código Civil recoge el principio de la buena fe. Pero, por lo dicho, esto no quiere decir que antes de su recepción por el Código no existiera, que en virtud de su recepción posea rango legislativo y que se circunscriba al derecho civil. El principio de la buena fe es previo a toda norma puesta, tiene valor y fuerza superior al de la ley y no pertenece solamente al derecho civil sino a todo el derecho. Por ende, es de plena aplicación en el ámbito del derecho público.

Por eso es que el artículo 6 del decreto n.º 500/991, de 27 de setiembre de 1991, impone que todas las personas que intervengan en una actuación administrativa deban ajustar

⁷⁹ F. BERRO, *La relevancia jurídica de la conducta anterior (Teoría de los actos propios)*, Montevideo: Amalio M. Fernández, 1989; A. DURÁN MARTÍNEZ, “Actos propios. Confianza legítima. Expectativa plausible”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Casos de Derecho administrativo*, Montevideo, vol. V, 2007, pp. 139 ss.

⁸⁰ BERRO, o. cit. (nota 80), pp. 29 ss.

⁸¹ RONDÓN DE SANSÓ, o. cit. (nota 40), p. 303.

⁸² J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 2.ª ed., 1989, p. 22.

su conducta, entre otras cosas, a la buena fe. Se percibe así, como bien lo advirtió BRITO, la dimensión ética del procedimiento administrativo o, mejor dicho, de la conducta de sus protagonistas.⁸³ Este principio de buena fe, por ser inherente a la persona humana, es de los comprendidos en el artículo 72 de la Constitución.

9. Nadie duda de que nuestra Constitución consagra un Estado de derecho, por más que la realidad muestra a veces importantes falencias.⁸⁴ Es más, podemos afirmar que nuestra Constitución recoge un verdadero Estado constitucional de derecho en el sentido que se le asigna a esta expresión en el marco del neoconstitucionalismo.⁸⁵

10. Está fuera de discusión que la seguridad jurídica es un principio cardinal de nuestro ordenamiento jurídico.

BANDEIRA DE MELLO, refiriéndose a él, decía que si no es el principio más importante de entre los principios generales del derecho, es indudablemente uno de los más importantes.⁸⁶ ROUBIER señalaba:

Là ou cette valeur essentielle qu'est la sécurité juridique a disparu, il n'y a plus aucune autre valeur qui puisse subsister.⁸⁷

Por ser este principio inherente a la personalidad humana es de los comprendidos en el artículo 72 de la Constitución.⁸⁸ Es este un principio de máximo valor y fuerza; tanto es así que es este principio el que impide la revocación de actos administrativos firmes creadores de derechos aun por razones de legalidad.⁸⁹

⁸³ M. BRITO, "Principios del procedimiento administrativo común", en *Procedimiento Administrativo. Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, serie Congresos y Conferencias n.º 5, 2000, p. 11.

⁸⁴ A. DURÁN MARTÍNEZ, "La Administración en tiempos de crisis", en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho público*, Montevideo, 2004, vol. I, pp. 406, ss.

⁸⁵ DURÁN MARTÍNEZ, "En torno al...", o. cit. (nota 58), pp. 72 ss.

⁸⁶ C. A. BANDEIRA DE MELLO, "A estabilidade dos atos administrativos e a segurança jurídica, boa-fé e confiança legítima ante os atos estatais", en C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Grandes temas de Direito administrativo*, San Pablo: Malheiros, 2009, p. 169.

⁸⁷ Citado por VALIM, o. cit. (nota 65), p. 19.

⁸⁸ A. DURÁN MARTÍNEZ, "Desaplicación del reglamento ilegal", en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho administrativo. Parte general*, Montevideo, 1999, pp. 246 ss.

⁸⁹ A. DURÁN MARTÍNEZ, "Revocación del acto administrativo", en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho administrativo. Parte general*, Montevideo, 1999, pp. 206 ss.; A. DURÁN MARTÍNEZ, "Cosa juzgada administrativa", en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho administrativo. Parte general*, Montevideo, 1999, pp. 350 ss.; C. E. DELPIAZZO, "Estabilidad del acto administrativo generador de derechos", en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y otros (eds.), *El acto administrativo como fuente del Derecho administrativo en Iberoamérica* (Actas del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo), Miami: Órgano Judicial de la República de Panamá, 2009, pp. 763 ss.; C. A. BANDEIRA DE MELLO, "A estabilidade...", o. cit. (nota 87), pp. 168 ss.; "Sentencia del Juzgado de Paz Departamental de San José de Primer Turno, n.º 13, de 12 de agosto de 2005", en *La Justicia Uruguaya*, año 2005, t. 132, caso n.º 15.166, pp. 300 ss.

11. Los derechos fundamentales son el centro de nuestra Constitución. Si analizamos la parte dogmática de la Constitución, advertimos que ella se basa en el hombre. De él parte y a él se dirige.⁹⁰

Es más, puede considerarse que “los derechos fundamentales han sido el componente del Estado de Derecho que más decisivamente ha influido en el Derecho Administrativo de posguerra”.⁹¹ Los derechos humanos limitan la intervención y el ejercicio de la discrecionalidad administrativa⁹² e impiden la arbitrariedad.

El neoconstitucionalismo reposa en esta concepción.⁹³ Nada que afecte los derechos fundamentales puede considerarse legítimo.

12. La equidad ha sido definida en forma insuperable por ARISTÓTELES.

Lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún. La dificultad está en que lo equitativo, siendo lo justo, no es lo justo legal, lo justo según la ley, sino que es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales. [...] Por consiguiente, cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos absolutos, es imprescindible corregirlo y suplir su silencio, y hablar en su lugar, como él mismo lo haría si estuviera presente; es decir, haciendo la ley como él la habría hecho, si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trata. [...] Tratándose de cosas indeterminadas, la ley debe permanecer indeterminada como ellas, igual a la regla de plomo de que se sirven en la arquitectura de Lesbos, la cual, como es sabido, se amolda y se acomoda a la forma de la piedra que mide y no queda rígida, pues de este modo el decreto especial se acomoda a los diversos negocios que se presentan.⁹⁴

Por eso, con razón GONZÁLEZ PÉREZ ha afirmado que la equidad no es algo que esté fuera del sistema jurídico. Superada la concepción del *ius strictum*, admitida una interpretación o corrección de la ley conforme a la justicia, la equidad deja de estar fuera del derecho y entra a formar parte del sistema jurídico positivo.⁹⁵

⁹⁰ A. DURÁN MARTÍNEZ, “Filosofía de la Constitución oriental”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho público*, Montevideo, 2004, vol. I, pp. 51 ss.

⁹¹ E. SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Madrid: INAP y Marcial Pons, 2003, p. 71.

⁹² *Ibidem*, p. 71.

⁹³ A. DURÁN MARTÍNEZ, “En torno al...”, o. cit. (nota 58), pp. 72 ss.

⁹⁴ ARISTÓTELES, *Moral a Nicómaco*, Madrid: Espasa-Calpe, 1972, libro V, cap. X, pp. 152 ss.

⁹⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, o. cit. (nota 83), p. 31.

Por cierto que equidad y buena fe guardan estrecha relación.⁹⁶

13. Finalmente, cabe decir que quienes aceptamos el jusnaturalismo admitimos la justicia natural.

14. Por supuesto que todos estos principios e instituciones se encuentran íntimamente interrelacionados y en definitiva convergen todos en los derechos fundamentales entendidos como derechos humanos.

15. Un apartamiento de un precedente administrativo puede sin duda ser una conducta contraria a la buena fe, al Estado de derecho, a la seguridad jurídica, a los derechos fundamentales, a la equidad o a la justicia natural, contraria a alguno de esos principios o instituciones o, incluso, a todos ellos.

Basta con que esa actitud de la Administración sea contraria a uno de esos principios o instituciones para comprometer la legitimidad de esa conducta y constituir causal de nulidad del acto en cuestión. En efecto, el artículo 23 literal *a* del decreto-ley 15.524, de 9 de enero de 1984, al definir el término *regla de derecho* contenido en el artículo 309 de la Constitución, incluye todo principio de derecho. Un acto administrativo contrario así a un principio de derecho resulta ilegítimo, es susceptible de la acción de nulidad y también compromete la responsabilidad patrimonial del Estado.

III.

EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO COMO FUENTE

1. Del desarrollo efectuado se extrae que el precedente administrativo en un principio ni siquiera fue pensado como fuente de derecho administrativo. Luego se planteó la interrogante y se negó que fuera fuente. Con el correr del tiempo se insistió en la negativa, pero se admitió que su apartamiento aparejaba consecuencias jurídicas. Solo una escasa doctrina consideró al precedente como fuente formal de derecho administrativo.

2. Sin embargo, me alinearé con esa muy minoritaria pero prestigiosa doctrina. En efecto, creo que el precedente administrativo es fuente formal de derecho administrativo.

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 32.

3. A mi juicio acierta BRITO cuando vincula el tema del precedente al carácter de fuente del acto administrativo subjetivo.

No hay duda de que en Uruguay el acto administrativo subjetivo produce efectos jurídicos (artículo 120 del decreto n.º 500/991, de 27 de setiembre de 1991). Y ese acto administrativo no solo vincula a la Administración con relación al sujeto por él alcanzado sino que también condiciona a la Administración en sus futuras acciones, puesto que ella no es libre, sino que en virtud de su naturaleza instrumental está sujeta a un fin. Fin que en última instancia no es otro que el bien común, o sea, el estado de hecho necesario para el desarrollo de la persona humana en toda su dimensión, lo que conlleva su dignidad.

Por eso, si la Administración en un determinado momento adoptó una determinada postura, ha provocado que la cuestión deje de ser indiferente. Es esa actuación administrativa, que llamamos *precedente administrativo*, que pone en el tapete el principio de buena fe, o de igualdad, o de confianza legítima, o de expectativa plausible, o de certidumbre jurídica, o de equidad, o de justicia natural, y sobre todo el de seguridad jurídica, o todos ellos. Es que sin ese antecedente no se plantearían esas cuestiones. Y para eso basta un solo acto, no es necesaria la reiteración. Es precisamente por ese precedente que, a los efectos de no desconocer esos principios, la Administración está obligada a actuar de la misma manera. Y si está obligada a actuar de la misma manera es porque el precedente administrativo es fuente de derecho.

Y si es fuente de derecho, su desconocimiento es ilegítimo y en caso de existir impugnación el Tribunal de lo Contencioso Administrativo debe anular. El artículo 310 de la Constitución, bien interpretado, no impide considerar el acto impugnado en su contexto fáctico y en el marco de todas las fuentes del derecho debidamente armonizadas. Antes bien, todo eso se debe considerar para que la sentencia sea correcta.

4. Claro que esta obligación de la Administración surge cuando las situaciones son iguales. Si no son iguales, no hay precedente.

Y si los casos son iguales pero cambiaron las circunstancias, se ha producido un decaimiento⁹⁷ del precedente, con lo cual el precedente se ha extinguido y por tanto no se puede invocar.

5. Si el precedente es ilegítimo en principio no debe seguirse porque, si bien razones de seguridad jurídica impiden la revocación de un acto firme creador de derechos

⁹⁷ Tomo el término *decaimiento* en el sentido que MÉNDEZ le asigna al estudiar la extinción del acto administrativo. MÉNDEZ define el decaimiento como “la extinción de un acto por alteración de su estructura jurídica o modificación de los hechos que son su presupuesto normativo”. A. MÉNDEZ, “Notas para un estudio sobre los caracteres de la revocación”, en *La Justicia Uruguaya*, 1949, t. 18, s/d, p. 16.

aun por razones de legitimidad, ello no obliga a la Administración a continuar cometiendo ilegitimidades.

Pero eso no lleva a negar el carácter de fuente del precedente administrativo.

El caso ahora señalado es similar al del reglamento ilegal. No cabe duda de que el reglamento es fuente de derecho administrativo. Pero si es ilegal, la Administración debe en principio abstenerse de aplicarlo.⁹⁸

Pero así como admitimos que excepcionalmente, por razones de seguridad jurídica, la Administración puede y a veces debe aplicar un reglamento ilegítimo en tutela de los derechos creados por él,⁹⁹ también, a veces, por esas mismas razones excepcionalmente, debe seguir un precedente ilegítimo.

6. Lo expuesto torna especialmente importante la motivación. A través de ella es que se explica que una situación por no ser igual no es un precedente, o si es igual pero cambiaron las circunstancias fue un precedente, pero que se extinguió como precedente por decaimiento, por lo que no se puede invocar, o si efectivamente es un precedente, no se puede seguir porque es ilegítimo.

Pero si es un precedente y es legítimo, la motivación será necesaria porque seguramente será el único fundamento que tenga ese acto, y si es ilegítimo hay que explicar muy bien por qué se lo sigue pese a su ilegitimidad.

7. En suma, una visión del derecho desde la perspectiva de la persona humana me lleva a admitir el precedente administrativo como fuente del derecho administrativo.

⁹⁸ A. DURÁN MARTÍNEZ, "La administración ante el reglamento ilegal", en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho público...*, vol. II, pp. 299 ss.

⁹⁹ *Ibíd.*, pp. 304 ss.

BIBLIOGRAFÍA

- Anuario de Derecho Administrativo*, t. IV, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994.
- Anuario de Derecho Administrativo*, t. XII, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006.
- ARISTÓTELES, *Moral a Nicómaco*, libro V, capítulo X, Madrid: Espasa-Calpe, 1972.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A., “A estabilidade dos atos administrativos e a segurança jurídica, boa-fé e confiança legítima ante os atos estatais”, en C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Grandes temas de Direito administrativo*, San Pablo: Malheiros, 2009.
- BARRA, R. C., *Tratado de Derecho administrativo*, t. 1. Buenos Aires: Ábaco, 1998.
- BERRO, F., *La relevancia jurídica de la conducta anterior (Teoría de los actos propios)*, Montevideo: Amalio M. Fernández, 1989.
- BRITO, M., “Principios del procedimiento administrativo común”, en UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY, *Procedimiento Administrativo. Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, serie Congresos y Conferencias n.º 5, Montevideo, 2000.
- BRITO, M. R., “El acto administrativo como fuente de derecho”, en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y otros (eds.), *El acto administrativo como fuente del derecho administrativo en Iberoamérica*, Miami: Órgano Judicial de la República de Panamá, VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2009.
- CASSAGNE, J. C., *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires: Lexis Nexis y Abeledo-Perrot, 8.ª ed. act., 2006.
- COMADIRA, J. R., *La anulación de oficio del acto administrativo*, Buenos Aires: Astrea, 1981.
- DELPIAZZO, C. E., “Estabilidad del acto administrativo generador de derechos”, en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y otros (eds.), *El acto administrativo como fuente del derecho administrativo en Iberoamérica*, Miami: Órgano Judicial de la República de Panamá, VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2009.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., “Actos propios. Confianza legítima. Expectativa plausible”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Casos de Derecho administrativo*, vol. V, Montevideo, 2007.
- “La administración ante el reglamento ilegal”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho público*, vol. II, Montevideo, 2008.

- “La Administración en tiempos de crisis”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho público*, vol. I, Montevideo, 2004.
 - *Casos de Derecho administrativo*, vol. III, Montevideo, 2003.
 - “Cosa juzgada administrativa”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho administrativo. Parte general*, Montevideo, 1999.
 - “Desaplicación del reglamento ilegal”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho administrativo. Parte general*, Montevideo, 1999.
 - “En torno al neoconstitucionalismo”, en *Estudios Jurídicos*, n.º 7, Universidad Católica del Uruguay, 2009.
 - “Filosofía de la Constitución oriental”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho público*, vol. I, Montevideo, 2004.
 - “La obligación de motivar: un principio general de derecho administrativo”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho administrativo. Parte general*, Montevideo, 1999.
 - “Revocación del acto administrativo”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho administrativo. Parte general*, Montevideo, 1999.
 - “Seguridad para las inversiones en el Uruguay”, en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho público*, vol. II, Montevideo, 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, en L. COSCULLUELA MONTANER (COORD.) y otros, *Estudios de Derecho público económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín Retortillo*, Madrid: Endesa, Ibercaja y Civitas, 2003.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, t. I. Madrid: Civitas, 1983.
- GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*, Madrid: Civitas, 2.ª ed., 1989.
- GRAU, E. R., *Ensaio e discurso a interpretação/aplicação do direito*, San PabloÇ: Malheiros, 2002.
- GUISANDE, A., “El valor del precedente administrativo”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, t. IV, mvd: Fundación de Cultura Universitaria, 1994.
- HAURIU, M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, t. II, París: Librairie de Recueil Sirey, 1929.

- JINESTA LOBO, E., *Tratado de Derecho administrativo*, t. I, San José de Costa Rica: IUS Consultec y Jurídica Continental, 2.^a ed. amp. y corr., 2009.
- LARENZ, K., *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid: Civitas, 1993.
- LINARES, J. F., *Fundamentos de Derecho administrativo*, Buenos Aires: Astrea, 1975.
- MAIRAL, H., *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*, Buenos Aires: Depalma, 1988.
- MARTÍN REBOLLO, L., *Leyes administrativas*, Pamplona: Aranzadi y Thomson Reuters, 15.^a ed., 2009.
- MÉNDEZ, A., “Notas para un estudio sobre los caracteres de la revocación”, en *La Justicia Uruguaya*, t. 18, s/d, 1949.
- PARADA, R., *Derecho administrativo*, t. I, Madrid: Marcial Pons, 1997.
- PAREJO ALFONSO, L., A. JIMÉNEZ-BLANCO y L. ORTEGA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho administrativo*, vol. 1, 5.^a ed., Barcelona, 1998.
- PIELOW, J. C., “El principio de la confianza legítima (*Vertrauensschutz*) en el procedimiento y en las relaciones jurídico-administrativas”, en *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías. La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*, Caracas: FUNEDA, 1998.
- PRAT, J. A., *Derecho administrativo*, t. 2, Montevideo: Acali, 1977.
- RONDÓN DE SANSÓ, H., “El principio de confianza legítima en el derecho venezolano”, en *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías. La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*, Caracas: FUNEDA, 1998.
- ROSS, A., *Teoría de las fuentes del Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ROTONDO TORNARÍA, F., “Conducta previa de la Administración. ¿Existe el precedente administrativo?”, exposición en las *Jornadas del Anuario de Derecho Administrativo*, realizadas en Montevideo en 2008, aún inédita.
- *Manual de Derecho administrativo*, Montevideo: Ediciones Del Foro, 7.^a ed. amp. y act., 2009.
- SAYAGUÉS LASO, E., *Tratado de Derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953.
- SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Madrid: INAP y Marcial Pons, 2003.
- “Sentencia del Juzgado de Paz Departamental de San José de Primer Turno, n.º 13, de 12 de agosto de 2005”, en *La Justicia Uruguaya*, t. 132, caso n.º 15.166, año 2005.

VALIM, R., *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. San Pablo: Malheiros, 2010.

VILLAR PALASI, J. L., y J. L. VILLAR EZCURRA, “El derecho a la certidumbre jurídica y la incertidumbre de nuestro derecho”, en L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (coord.), *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, t. I, Madrid: Civitas, 1993.