

EL ROL DE LOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS EN LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

Dra. Miriam Mabel Ivanega

I. La costumbre, las prácticas y el precedente administrativo

El precedente administrativo como fuente del derecho ha sido receptado por la doctrina argentina¹. Y como tal es una herramienta de interpretación para la Administración.

Adelantamos que la jurisprudencia lo acepta con bastante reticencia, por ejemplo la Corte Suprema de Justicia de la Nación limita su admisión a supuestos especiales, observándose mayor receptividad en las decisiones de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

El precedente se identifica con *aquella actuación pasada que, de algún modo, tiene aptitud para condicionar las actuaciones presentes de la Administración, exigiéndoles un contenido similar para casos similares*².

La doctrina española en forma similar lo define como “la decisión anterior que resolvió un caso análogo al actual y que podrá influir de alguna manera sobre la toma de una decisión posterior similar”³.

A partir de esa noción se plantea el debate de su carácter vinculante, cuando no existe norma legal que constriña a la Administración a sujetarse a sus criterios anteriores, máxime si se considera que nadie tiene en principio un derecho adquirido al mantenimiento de leyes.

El interrogante es si en la actividad administrativa, puede crearse derecho administrativo a partir de esos precedentes. Quienes apoyan una respuesta

¹ Comadira, Julio R. –con la colaboración de Laura Monti-, Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 152 y ss; Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, T. I., FDA, 10ma. Edición, Buenos Aires, 2009, p. VII-46 y ss.; Barra, Rodolfo Carlos, Tratado de Derecho Administrativo, Ábaco, Buenos Aires, 2002, t. I, ps. 665 y ss.; Coviello Pedro J.J., La protección de la confianza legítima, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 76/77 Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Lexis-Nexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, 7° ed., t. I, pág. 203; Mairal, Héctor A.; La doctrina de los actos propios y la Administración Pública, Depalma, Buenos Aires, 1994, ps. 104/7; Marienhoff, Miguel S.; Tratado de Derecho Administrativo, 5ta. edición actualizada, reimpresión LexisNexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, t. I., ps. 312/320.

² PTN Dictámenes 236:091

³ Diaz Sastre, La fuera vinculante del precedente administrativo, Revista Española de Derecho Administrativo 143-2009, p. 450-

afirmativa entienden que esta figura, aparece como la interpretación y aplicación que la Administración realiza sobre un caso determinado, es por ende, a través de la interpretación, una fuente creadora, dado que expresa la determinación ante la orfandad o insuficiencia de normas y además porque se lo respalda con el trato igualitario que está presente en toda la actividad de la Administración Pública⁴.

En ese marco, en el análisis de sus efectos se lo identifica con la costumbre y las prácticas administrativas, lo que merece un breve análisis.

1. La costumbre

Esta figura remite a la noción de hábito, un modo habitual de actuar o proceder por tradición; la repetición de actos que pueden adquirir fuerza de precepto⁵.

Constituye fuente de derecho, cuando existe el convencimiento popular que se abona por una práctica y un cumplimiento usual, de que una regla de determinada de conducta humana es una norma jurídica⁶.

Históricamente, aparece como primera y exclusiva fuente de derecho, rigiéndose los pueblos primitivos por usos inmemoriales tradicionalmente aceptados como obligatorios⁷.

Se trata entonces de un comportamiento uniforme y constante del pueblo, con la convicción de que ese proceder corresponde a una obligación de esa índole⁸.

La costumbre para ser jurídica debe reunir dos elementos: 1. Un elemento subjetivo o psicológico, consistente en la creencia o convencimiento de que dicha conducta reiterada y generalizada es obligatoria y por ende produce

⁴ En ese sentido Fiorini Barotlome, Derecho Administrativo, Manual de Derecho Administrativo, Capítulo III, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1976.

⁵ Diccionario de la Real Academia Española, 22^o edición

⁶ Gordillo Agustín, Tratado...op.cit. VII-46

⁷ Belluscio Augusto Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado, concordado, T.I, Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 90/91

⁸ Cassagne Juan Carlos, Derecho Administrativo, Lexis Nexis, 7^o edición, Buenos Aires 2004, T. I, p. 201

efectos jurídicos; 2. Un elemento objetivo, es decir la práctica reiterada, unívoca y prolongada en el tiempo de la conducta⁹.

Respecto de este último elemento, la doctrina civilista considera que debe reunir no sólo la observancia constante, sin interrupciones y uniforme de actos, sino además ser una práctica generalmente aceptada por toda la sociedad y no solo por un sector de ella. En cuanto a la duración, se admite la necesidad de su extensión en el tiempo aún cuando pueda ser variable y o sujeto a reglas fijas¹⁰.

Estas notas permiten diferenciarlas de los usos sociales, pues si bien ambos son fenómenos sociológicos y constituyen una práctica reiterada y uniforme de conductas duraderas en un tiempo, los usos carecen del elemento subjetivo, pues en ellos no existe la convicción de que responde a un imperativo jurídico. *“Por lo tanto, los usos sociales se convalidan socialmente y su incumplimiento también es sancionado socialmente, mientras que la costumbre constituye una fuente de derecho sustancial, cuyo incumplimiento puede generar una sanción jurídica”*¹¹.

La importancia histórica y simbólica reside en que se trata de la única fuente del derecho que nace de la sociedad, *“al margen de la autoridad organizada, y a veces, incluso, por lo menos para los autores que aceptan dicho criterio, contra ésta”*¹².

El artículo 17 del Código Civil argentino establece que *los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieren a ello o en situaciones no regladas legalmente”*.

Se distinguen tres especies de costumbres: 1. *secundum legem*, en las cuales el hábito y su valor nace de la ley. Este tipo se identifica con el citado artículo 17^o; 2. *praeter legem*; que se presenta cuando las prácticas rigen para

⁹ Cassagne Juan Carlos, Derecho Administrativo...op.cit; Carello, Luis Armando, La costumbre como fuente de Derecho Administrativo Argentino en Fuentes de Derecho Administrativo (Gustavo Boullaude-Director) Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p.64; Herrera de Villavicencio Blanca A., La costumbre como fuente de derecho administrativo, en Cuestiones de Acto administrativo, Reglamento y otras fuentes del derecho administrativo, p. 251/265.

¹⁰ Belluscio Augusto Código Civil y leyes complementarias....op.cit., p. 93

¹¹Herrera de Villavicencio Blanca A., La costumbre como fuente de derecho administrativo...op.cit, p. 253

¹² Carello Luis A., La costumbre como fuenteop.cit., p.64

una situación que la ley no previó; 3. *contra legem* que configuran un hábito contrario a la ley.

En cuanto al valor como fuente de derecho, se admite ese carácter en el caso que una ley expresamente lo autorice. Es decir que la fuerza obligatoria resulta de su inclusión en el texto legal, lo que ha llevado a que se considere que en realidad la costumbre no es fuente de derecho objetivo, sino la ley misma que la contiene¹³

Sin embargo, cabe plantearse si la costumbre *praeter legem* puede ser considerada como tal. En particular porque la negativa por esta posibilidad tiene raigambre constitucional, al prohibirse que alguien sea obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe.

Dentro de la doctrina argentina Manuel Diez, admite que su valor depende del ordenamiento positivo; si la norma fundamental es escrita, las leyes que se dicten en consecuencia pueden autorizar la introducción de la costumbre en determinados casos o prohibirla expresamente. Pero aún sin autorizarla, la ley puede tener lagunas que deban cubrirse. Sin perjuicio de que “el derecho administrativo es fundamentalmente un derecho escrito, no se nos oculta que, como en otras ramas del derecho, debe admitirse la posibilidad de que existan lagunas en ese ordenamiento jurídico escrito...fenómeno que comprueba fácilmente la experiencia”. Bajo este criterio, se admite tanto la costumbre *praeter legem*, también la *contra legem* salvo que contraría leyes de orden público, pues suele surgir de la práctica jurisprudencial¹⁴

En un criterio restrictivo, Marienhoff entiende que a falta de ley que autorice la costumbre administrativa ésta no puede obligar a la Administración respecto de terceros ni al administrado respecto de aquella¹⁵.

Por su parte Gordillo, desde el punto de vista de la protección a los particulares, entiende que la costumbre no es, en principio, fuente del derecho administrativo, por lo tanto la Administración no puede crearse a sí misma derechos frente a los individuos, por observar en forma habitual una determinada

¹³ Belluscio Augusto, Código Civil y leyes complementarias....op.cit., p. 94

¹⁴ Diez Manuel, Derecho Administrativo, Plus Ultra, Buenos Aires, 1974, T.I, p. 403. Ver Carello Luis A., La costumbre como fuenteop.cit., p.68/70

¹⁵ Marienhoff Miguel S. Tratado...op.cit., p. 318/319, Gordillo Agustín, Tratado...op.cit., VII-46

conducta. Tampoco debería hacerlo la justicia. Así, una práctica administrativa o costumbre de observancia usual, aun cuando sobre ella exista convencimiento de que constituye una norma jurídica de naturaleza imperativa, carece de valor como fuente autónoma de poder para la Administración. Es así como, el precedente administrativo, no es autónomamente de la ley fuente de obligaciones para los particulares¹⁶.

Sin embargo, admite la situación inversa, es decir que la costumbre pueda crear derechos de los particulares frente a la Administración, pues la limitación constitucional de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, se concibe fundamentalmente en relación a los individuos, pero no al Estado. Así como la Administración puede obligarse, mediante los reglamentos autónomos - pero no podría crear deberes a los particulares- también puede crearse deberes frente a los individuos, mediante la observancia usual y reiterada de determinada conducta¹⁷.

En sentido similar, se entiende que los comportamientos del Estado reiterados y constantes, (al igual que sus precedentes) son fuente del derecho, condicionando conductas, en la medida que se creen derechos de las personas, o deberes (de la Administración) frente a ellas, pero no pueden crearse obligaciones cargo de los individuos, por aplicación del principio de autonomía individual -artículo 19 de la Constitución Nacional-¹⁸.

Comadira no admite la costumbre *contra legem* con fundamento en el principio general de que el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes. A su vez, disiente con el enfoque de Gordillo al entender que la legislación administrativa se dirige por igual a la preservación de prerrogativas de la Administración como al aseguramiento de las garantías de los particular; por ende aceptar la validez de la costumbre cuando genera derechos para estos últimos implicaría alterar el equilibrio que preside la relación prerrogativas-garantías, en desmedro del interés público que gestiona la Administración¹⁹.

¹⁶ Gordillo Agustín, Tratado...op.cit, VII-47

¹⁷ Gordillo Agustín, Tratado...op.cit., VII-47

¹⁸ Balbin Carlos, Curso de Derecho Administrativo, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 471

¹⁹ Comadira, Julio R., Procedimientos Administrativos...op. cit., p. 153.Ver en ese sentido Herrera de Villavicencio Blanca, La costumbre...op.cit., p. 258/259

2. Las prácticas y el precedente administrativo

Respecto de las diferencias entre la costumbre en términos jurídicos y la práctica o rutina burocrática, Bielsa señalaba que la primera era derecho que vive en la conciencia jurídica del pueblo, mientras que la práctica administrativa en el seno de la burocracia en la interpretación de las leyes y reglamentos por parte de los funcionarios²⁰.

Marienhoff con criterio similar, entiende que la práctica administrativa sólo constituye una actividad interna de la Administración, que por ende no es producción espontánea de la vida social. Por ello, no puede ser considerada como fuente²¹

La distinción entre las prácticas y los precedentes ha sido considerada inútil, en atención a que ambas figuras se refieren a comportamientos de la Administración cuya reiteración incide sobre los individuos²².

Por el contrario, los autores que se inclinan por diferenciarlos apuntan a que el precedente administrativo tiene otra jerarquía y consideran que son actos administrativos con interpretaciones o razonamientos jurídicos de proyección general vinculados al sentido de algunas normas administrativas²³.

En ese sentido, nos hemos referido en otra oportunidad²⁴ que las prácticas administrativas se diferencian de los precedentes, en función de las formas mediante las cuales se concreta el límite y los efectos -internos o hacia terceros- que éste tiene.

²⁰ Bielsa Rafael, Derecho administrativo, Desalma, T. 1, 1955, p.95

²¹ Marienhoff Miguel S. Tratado...op.cit., p. 319

²² Garrido Falla Fernando, Tratado...op.cit., p. 254. Ver también Parejo Alfonso Luciano, Jiménez-Blanco A y Ortega Alvarez L. Manual de derecho administrativo, 5ta. Edición, T.I, Barcelona, 1998, p. 280

²³ Ver en ese sentido a Morón Urbina Juan Carlos, Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General, Gaceta Jurídica, Perú, 2003, p. 53/54. Señala este autor que La exigibilidad de los precedentes se sustenta en la seguridad jurídica, de forma que los ciudadanos vean resueltos sus asuntos con los mismos razonamientos y consideraciones fácticas; garantizar la buena fe de la autoridad administrativa y evitar el trato desigualitario. La fuerza vinculante supone entonces: que se trate de la misma persona jurídica administrativa, identidad de situaciones, que el interés público no justifique el apartamiento y que el precedente invocado no sea manifiestamente ilegal.

²⁴ Ivanega, Miriam M.; Sentencias para recordar: las prácticas administrativas. EDA, 2006-193

Así, por un lado las modalidades, usos o procedimientos no formales con eficacia interna son el vehículo de las prácticas administrativas²⁵, por el otro los actos administrativos configuran el propio de los precedentes²⁶.

Éstos implican un contenido doctrinario, principista, generado en repeticiones de decisiones previas de la Administración en situaciones idénticas o análogas en lo sustancial a la que se invoca. No son fuente de derecho; sólo tienen cabida, como la costumbre, cuando una norma lo prevé o ante la ausencia de ella²⁷.

Para este enfoque, precedentes y prácticas se diferencian en cómo se *define o concreta* la actividad repetitiva de la Administración (actos en el caso del precedente; modalidades, usos, procedimientos no formales en las prácticas) y sus efectos (afectan y generan derechos para los individuos en los precedentes; tiene efectos internos en el caso de las prácticas).

Lo cierto es que las prácticas administrativas se vinculan a tramitaciones que forman parte del procedimiento de la toma de decisiones y si bien tienen efectos internos a la Administración, a veces existen situaciones no regladas relativas a tramitaciones sin mayor trascendencia, que el particular puede invocar en defensa de sus derechos²⁸.

En definitiva, el precedente es más que una norma usual de carácter y eficacia puramente interna para Administración, se trata de una resolución definitiva de la Administración sobre cuestiones sometidas a él que genera derechos e intereses para los particulares²⁹.

La Procuración del Tesoro de la Nación ha sido reticente en admitir a los precedentes como fuente, fundamentalmente porque para que tenga fuerza

²⁵ Señala Guillermo Comadira que el *leading case* en materia de prácticas administrativas es el caso "Asociación de Balanceadores" (CNCAF, Sala I, 2/VIII/94), en especial el voto del magistrado Carlos Grecco, con cita de la doctrina italiana. Comadira Guillermo, Los precedentes administrativos, en Cuestiones de Acto administrativo, Reglamento y otras fuentes de Derecho Administrativo, RAP, Buenos Aires, 2009, p.321/343. Ver especialmente Grecco Carlos M., Apuntes para una teoría de las autolimitaciones de la administración pública, Revista de Derecho Administrativo, Año 5, Septiembre-Diciembre, 1993, n° 14, Depalma, p. 317.

²⁶ Ivanega, Miriam M.; Sentencias..., op.cit.

²⁷ Barra Rodolfo A., Tratado...op.cit., p. 667

²⁸ Barra Rodolfo A., Tratado de derecho administrativo, Ábaco, Buenos Aires, 2002, p. 665 y ss.

²⁹ Barra Rodolfo, Tratado...op. y p. cit. Así, resultarán obligatorias cuando se hubiese creado un principio de apariencia jurídica, que induce al ciudadano a creer correcta una actuación suya en determinado sentido. Por eso, el cambio de criterio puede implicar un acto de discriminación contraria al principio de igualdad. Garrido Falla, Tratado...op.cit., p. 254

vinculante debe estar respaldado por una ley, además de considerarse que su admisión implicaría que la Administración no puede modificar sus decisiones por razones de oportunidad, mérito o conveniencia³⁰. Asimismo, les ha negado efecto vinculante mientras no exista una norma legal que constriña a la Administración a dictar sus decisiones conforme a lo obrado en casos anteriores; no la obligan a adecuar su voluntad de manera idéntica cuando existen razones fundadas para expedirse en sentido diferente.³¹

Sin embargo, este criterio ha sido morigerado, tal como se verá en párrafos posteriores.

Ese Órgano Asesor, entiende que el precedente administrativo es la actuación pasada que, de algún modo, tiene aptitud para condicionar las actuaciones presentes de la Administración, exigiendo un contenido similar para casos similares. Pero nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes ni criterios jurisprudenciales, por lo que tampoco es razonable invocar su existencia ante un cambio de criterio de los precedentes, mucho más cuando las circunstancias exigen la evaluación de cada caso en concreto.

En cuanto a los dictámenes jurídicos, se considera que son actos propios del ejercicio de la Administración consultiva y por ende carecen de aptitud para configurar un precedente administrativo³².

3. Buena fe, protección de la confianza legítima y la teoría de los actos propios

Los precedentes administrativos deben ser analizados a la luz de la buena fe, principio que informa toda la actuación administrativa. La situación que apareja un precedente vinculante, implica una actuación leal y transparente.

La buena fe significa que el hombre cree y confía en que una determinada declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales; los mismos efectos que ordinaria y normalmente produjo en casos iguales³³.

³⁰ PTN Dictámenes 103:172; 107:136; 110:275 y 114:285

³¹ PTN Dictámenes 236:091

³² CNCAF, Sala III, Bustelo Rafael Justo c/ E.N. Mº de Educación s/ empleo público, 03/09/04. En sentido similar de la Sala IV Astilleros Fueguinos SA (TF 9614-A) c/ DGA, 30/03/05

³³ Borda, Guillermo A., Tratado de derecho civil, Parte General, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 130-131

Se distinguen la buena fe objetiva (buena fe-creencia o buena fe-confianza) y la buena fe subjetiva (buena fe-probidad o buena fe lealtad). La primera se refiere a la convicción razonable y diligente del contratante, que se atiene a lo que surge de la apariencia de lo externo, pues existe una situación invencible para poner de resalto la verdad jurídica. Es la impecable conciencia de que se está obrando conforme a derecho³⁴

La buena fe subjetiva indica que los contratantes deben someterse a lo pactado como una surte de ley privada. Las partes en un contrato, deben abstenerse de caer en una falta de lealtad o probidad en el cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta concepción de la buena fe-lealtad (o probidad) implica: a) colaboración recíproca; b) abstención de actos antifuncionales; c) brindar conocimiento al otro contratante de actos dañosas para él y que pueden evitarse sin detrimento para la contraparte; d) cumplimiento a lo que en forma virtual, surja de lo pactado; e) comprensión legal y proba de lo contratado (interpretación de buena fe); f) terminación no intempestiva³⁵

Este principio general es también la base de la teoría de los actos propios, que justamente parte de la existencia de una conducta previa de la Administración.

Receptada en el derecho privado, esta doctrina dio sentido a la necesidad que el tráfico negocial se desarrollara en base a la confianza y la buena fe, con el objeto de evitar que el cambio de posición de una parte, defraude las expectativas a la otra, le genere pérdidas o los prive de un lucro esperado.

La Administración no está exenta de incurrir también en contradicciones, de ahí que se discutiera si esta teoría podía ser aplicable a las relaciones jurídicas que ella entablaba, teniendo en cuenta sus fines públicos. En realidad, como los cambios de posición buscan una mejor defensa de los intereses de las partes, el debate se centró en las limitaciones a su aplicación en el ámbito público³⁶.

³⁴ Llambias Jorge Joaquín y Alterini Atilio A., Código Civil Anotado, Tomo III-A, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998 (reimpresión) p. 153

³⁵ Spota Alberto G. Instituciones de Derecho Civil- Contratos- Vol. III, Depalma 1993, p.348 y ss

³⁶ Mairal Héctor, La doctrina de los actos propios y la Administración Pública, desalma, Buenos Aires, 1994.

En el derecho argentino, los actos propios encuentran sustento en los artículos 1071 y 1198 del Código Civil.

Los elementos que debe reunir para su configuración son: a) que exista una conducta previa y una pretensión posterior de la misma persona y que se hayan producido frente a la misma contraparte y dentro del marco de la misma relación o situación jurídica. Hay por ende identidad de partes y unidad de situación jurídica; b) que la conducta previa sea válida y revista un sentido unívoco y hasta cierta entidad; c) que esa conducta y la pretensión sea contradictorias o sea incompatible entre sí; d) que no exista norma que autorice la contradicción. El efecto de la aplicación de esta doctrina es la inadmisibilidad de la pretensión contradictoria declarada por un juez³⁷.

Como dijimos, en el ámbito de la Administración, esta teoría deriva del principio de buena fe, debiéndose valorar el nocivo efecto cívico que produce el desconocimiento del *factum proprium*, al sorprender a los particulares con cambios de actitud que no serían tolerables en el derecho privado.

Respecto de la protección de la confianza legítima -que prohíbe la conducta contradictoria- se entiende que constituye un “refinamiento” del principio general de buena fe, para situaciones jurídicas específicas.

Lo que sucede “es que la confianza legítima es una derivación de un valor, la seguridad jurídica, en el que se enfoca la situación específica del particular frente a la actuación de los poderes públicos y que para su evaluación necesita la concurrencia de la buena fe de éste como componente insoslayable”. La proximidad de estas figuras es evidente, a punto tal que sin buena fe la confianza no puede ser legítima³⁸.

La apariencia de juridicidad que caracteriza el obrar administrativo, crea una confianza en los administrados, que hace cuestionable un comportamiento que contraría esa confianza razonable y el ejercicio transparente de la función³⁹.

³⁷ Mairal Héctor, op. cit., p. 2.

³⁸ Coviello Pedro J.J., La protección de la confianza del administrado, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 408. Hutchinson Tomás, La seguridad jurídica y el derecho administrativo en Fuentes de Derecho Administrativo, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 179.

³⁹ Sesin Domingo J. Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p.357

Lo cierto es que no existe la confianza “a secas”, pues se trata de un componente de institutos jurídicos como la buena fe o la doctrina de los propios actos. Por ello, cada vez que se invoque la confianza se estará ante una situación jurídica que deberá ser resuelta, “a falta de norma, con algunas de las instituciones específicas...no es una institución que se puede utilizar ante cualquier situación, sino todo lo contrario, es la “fuerza de reserva” jurídica sólo utilizable cuando los demás remedios jurídicos específicos no son aptos para resolver el caso”⁴⁰.

En esa línea de razonamiento y con similares argumentos, la Procuración del Tesoro de la Nación sostuvo que nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos y ejercer una conducta incompatible con una anterior, jurídicamente relevante y plenamente eficaz. En el procedimiento administrativo y en relación a la conducta del particular, va contra sus propios actos, aquel que intenta formular una pretensión, dentro de una determinada situación -o secuencia de actos- incompatible con su obrar primero⁴¹.

En lo relativo a su vinculación con las prácticas administrativas, se sostiene que éstas son la base de la confianza legítima, pues “ellas son las que en muchos casos orientan la conducta de los administrador, quienes, ante un brusco cambio pueden resultar afectados en sus legítimos intereses”⁴².

Es posible verificar cierta confusión entre esta teoría y la buena fe, en algunas decisiones jurisprudenciales que, en la interpretación de las obligaciones emergentes del contrato, suelen aludir en forma genérica al *comportamiento coherente de las partes*, aunando los criterios y principios interpretativos de confianza, buena fe, probidad, intención de las partes, etc.

Respecto a las diferencias entre la doctrina de los propios actos y la confianza legítima, se señala que para habilitar la aplicación de la primera, la

⁴⁰ Coviello Pedro J.J., La protección...op.cit., p. 415/416. Señala Coviello que en “una relación contractual, aparte de aplicar el principio de la buena fe en la interpretación de lo acordado y la conducta de las partes, lo más lógico será invocar la doctrina de los propios actos y no la protección de la confianza, cuando el contradicтор formuló manifestaciones, dictó actos o actuó de manera de traicionar la confianza de su contraparte. Mas si el contrato se anula por un vicio grave, que el afectado desconocía y su buena fe está comprobada, lo que corresponderá es habilitar la intervención de la confianza legítima”. p. 416

⁴¹ Dictámenes PTN 213:314

⁴² Coviello Pedro J.J., La protección...op.cit., p. 76 nota 139. Para este autor las prácticas comprende a los precedentes administrativos.

conducta o acto iniciales deben ser válidos, mientras que en la confianza legítima, ellos pueden ser inválidos, pero la protección igual puede tener eficacia.

A su vez, los propios actos, se presentan en el contexto de un mismo círculo de intereses o en una relación jurídica concreta entre las partes –no en una relación jurídica genérica-, pero en la confianza legítima (que se afirma del lado del particular afectado frente a la actuación estatal) no se precisa de la existencia de esa relación jurídica determinada.

II. La igualdad

La igualdad es una garantía constitucional, intrínseca a la fuerza vinculante que pretende asignarse al precedente.

Está prevista en el artículo 16 de la Constitución Nacional: *La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.*

El principio de igualdad de todas las personas ante la ley, conforme la ciencia y el espíritu de la Constitución, implica el derecho a que no se establezcan privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otros en iguales circunstancias; de ahí que se deduzca que la verdadera igualdad consiste *en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos*⁴³.

La validez de los precedentes encuentra sostén en esta garantía. Tiene sentido jurídico cuando estamos frente a situaciones de tratamiento igualitario de los ciudadanos, quienes en defensa de sus derechos pueden hacer valer una conducta repetida de la Administración, que los benefician.

Para Grecco *“El principio de igualdad que primordialmente implica igualdad frente a las cargas públicas (art. 16 de la Constitución Nacional) y la relativa autonomía de la administración cuando media atribución discrecional de*

⁴³ PTN Dictamen 236:091

*la potestad, parecen fundar adecuadamente la vinculación de la administración al precedente*⁴⁴.

La equiparación en la igualdad que pueda reclamar el ciudadano que se sienta discriminado, *ha de ser dentro de la legalidad y sólo ante situaciones idénticas que sean conformes al ordenamiento jurídico, pero nunca fuera de la legalidad*⁴⁵.

En tal sentido, parte de la doctrina española entiende que le precedente administrativo reiterado, tiene un cierto valor vinculante para la Administración, de forma que apartarse de él en un caso concreto puede ser índice de un trato discriminatorio, de falta de buena fe, de una actitud arbitraria⁴⁶.

III. Los criterios jurisprudenciales en la República Argentina

Ya hemos indicado que la jurisprudencia ha sido restrictiva en la admisión de la fuerza vinculante.

1. La conducta reiterada

El precedente constituye el resultado de la práctica –actos sucesivos, reiterados en un mismo sentido- que la Administración observa⁴⁷.

Un primer antecedente es “Asociación de Balanceadores, corredores y martilleros públicos” del año 1994, de la Sala I de la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, en cuyo voto, el juez Grecco señala que de forma similar a la costumbre y al precedente judicial, la práctica administrativa comporta un fenómeno jurídico que nace al margen de una voluntad normativa externa al órgano y *que adquiere fuerza y vigor por un hecho normativo interno (...) resultan notas distintivas de la praxis administrativas la circunstancia de que se trata de un comportamiento habitual no definido en acto alguno pero relevante a los fines del ordenamiento jurídico y que, funcionando como modo de resolver situaciones idénticas entre sí y concretar en todo momento singular la modalidad*

⁴⁴ Grecco, Carlos M.; Apuntes..., op.cit., p. 335.

⁴⁵ Del voto de Tomás Hutchinson en la causa Peluso Juan Carlos c/ M. De Salud y Acción Social s/amparo, del 12/08/86, CNCAF, Sala IV.

⁴⁶ García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás Ramón, Curso, T. I, p. 67

⁴⁷ Comadira Julio R., Procedimientos administrativos..., p. 151/153

de actuación propia de la función misma, exterioriza una “interpretación objetivada” que autovincula al órgano administrativo respectivo⁴⁸.

Este criterio es sostenido posteriormente, en diversas causas judiciales del fuero, con la constancia de priorizar el transcurso del tiempo y la reiteración de procederes para que una conducta pueda ser erigida en precedente⁴⁹.

Si un decreto constituye un precedente sobre la interpretación de un número de casos de la misma homogeneidad, comporta una forma de autonormación o autovinculación de la Administración sobre la aplicación del ordenamiento a una situación específica⁵⁰.

2. La igualdad y la seguridad jurídica

La Corte Suprema de Justicia, entiende que la ausencia de igualdad, para se configure un agravio a la garantía constitucional, debe surgir de la propia ley, no de la aplicación, ejecución o interpretación que le haya dado la autoridad que la hace cumplir⁵¹

Es decir que frente a la no igualitaria aplicación de la ley, por parte de la Administración Pública, no existe infracción a la garantía consagrada en el artículo 16 de la Constitución Nacional si la desigualdad no resultaba del texto mismo de la norma aplicada. Sin embargo en algunos supuestos se dejó a salvo, que tal comportamiento no podía *importar una arbitrariedad administrativa*⁵².

Así en el caso “Industria Maderera Lanin”, determinó que un acto administrativo discrecional era irregular, por ser discriminatorio, pues la

⁴⁸ CNCAF, Sala II Asociación de Balanceadores, corredores y mart.púb. y otros c/Est.Nac. (Mº de Jusitcia de la Nación-Dir.Nac.Reg Oficial s/juicios de conocimiento, del 02/08/94.

⁴⁹ Vgr. CNCAF, Sala I, Jugos del Sur S.A.c/ Estado Nacional (Min. De Economía y Obras y Ser.Pub.) s/Juicios de conocimientos, del 05/03/98. La Sala 2 de la Cámara de Apelaciones Contencioso Administrativo Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, entendió que si bien el precedente administrativo no goza pro principio de fuerza vinculante para la Administración, los administrados no pueden suponer un accionar distinto por parte del Fisco si en un caso análogo, en el que estaban involucradas cuestiones fácticas casi idénticas, se adoptó un criterio esencialmente opuesto. Causa “Isaac Rojkes e Hijos c/Gobierno de la Cdad.de Bs. As. s/recurso de apelación judicial” del 19/07/01

⁵⁰ CNACAF, Sala I, Martinez Castro Héctor Angel c/E.N. –Mº RR.EE.Cl.y C. s/ empleo público, 14/05/02

⁵¹ Entre otros CSJN Fallos237:266; 272:231; 284193; 287:480; 300:564; 304:711; 310:943:

⁵² CSJN, Fallos: 202:130; 272:231; 284:193; 300:836

Administración no resolvió del mismo modo que frente a otros sujetos que se encontraban en una *razonable paridad de condiciones*⁵³.

La validez del precedente conforme a esta garantía fue analizado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en la causa “Nazar Anchorena”, del año 2008⁵⁴ en el cual uno de sus miembros -Dr. Soria- explica que el comportamiento de un Municipio era inválido en términos de plasmación del principio de igualdad, por haber arribado en forma infundada a *una disímil solución en circunstancias esencialmente idénticas, obviando el propio antecedente, respecto de cuya eventual ineptitud para sujetar la decisión ahora impugnada no ha ensayado una alegación certera en el sublite*⁵⁵.

Cuando existe una conducta reiterada, salvo que se tengan valederas razones, es un quebrantamiento a la igualdad *no aplicar la misma solución a similar situación jurídica*⁵⁶.

En cuanto a la seguridad jurídica -condicionamiento de los precedentes como fuentes del derecho- su alcance fue analizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa I.B.M. Argentina S.A. c/ ANA s/ Administración Nacional de Aduanas. En esa ocasión confirmó la sentencia de segunda instancia, que había dejado dejó sin efecto una resolución de la Administración Nacional de Aduanas, mediante la que se había impuesto a la actora una multa por infracción al art. 970 del Código Aduanero, dado que la autoridad aduanera *al juzgar con un nuevo criterio hechos ocurridos con anterioridad a que aquél se manifestase, calificó de ilícitas a conductas realizadas con sujeción al régimen que en esa época aquélla consideraba aplicable, lo cual configura un claro menoscabo de la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional (...)* Por ello, *en aras de la seguridad jurídica el Tribunal tiene establecida la*

⁵³ CSJN, Fallos 298:223

⁵⁴ SCBA B. 58.244 del 27/2/2008. Ver comentario de Comadira Guillermo, Los precedentes...op.cit.,...

⁵⁵ En el caso el actor agente del municipio de General Pueyrredón, reclamaba el premio por asistencia previsto en una ordenanza municipal, que establecía que correspondía el pago a los agentes que durante el “año anterior” no registraran licencias por enfermedad, inasistencia o sanción disciplinaria. El debate giraba en torno a si por “año anterior” debía entenderse como “año calendario” o si correspondía un pago proporcional a la fecha de renuncia (que se había producido un 20 de Diciembre), pago que, según el actor ya se había efectivizado a otros agentes.

⁵⁶ CNACAF, Sala I, Martínez Castro Héctor Ángel c/E.N. –Mº RR.EE.CI.y C. s/ empleo público, 14/05/02

*necesidad de que los particulares conozcan de antemano las "reglas claras de juego" a las que atenerse, destacando asimismo la "especial prudencia" que debe presidir la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios"*⁵⁷.

Los precedentes no pueden oponerse a las normas legales y reglamentarias por razones de seguridad jurídica, máxime cuando no existe lagunas o espacios de atribución de potestad interpretativa asignado por el ordenamiento al órgano que ejecuta la norma que pueda hacer variar su sentido estricto⁵⁸.

3. El precedente contrario a derecho

La jurisprudencia es uniforme en cuanto a negar que pueda fundarse un derecho, sobre precedentes administrativos donde la legitimidad haya sido quebrada⁵⁹.

Por ello, en relación con la teoría de los actos propios, se entiende que si bien esta doctrina puede aplicarse en materia de derecho público, lo es con determinadas adecuaciones, pues la Administración no puede quedar vinculada a un precedente que no se ajusta a la ley⁶⁰.

La Administración está vinculada positivamente a la juridicidad y por lo tanto, no queda obligada por un precedente contrario a derecho. La ilegalidad no justifica una cadena de ilegalidades⁶¹.

Un interesante antecedente jurisprudencial es el caso "Peluso"⁶². En el voto de Hutchinson, por entonces juez de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federa, se indica que *se puede exigir ante la ley una igualdad de trato, pero no se puede exigir que la ley deje de*

⁵⁷ CSJN Fallos 321:1248.

⁵⁸ CNCAF, Sala I, Jugos del Sur S.A.c/ Estado Nacional (Min. De Economía y Obras y Ser.Pub.) s/Juicios de conocimientos, del 05/03/98

⁵⁹ CSJN Fallos 284:193; 300:386

⁶⁰ CNCAF, Sala III, Casabal Ricardo Titto y otros c/ Banco Hipotecario Nacional s/ empelo público, 30/03/99

⁶¹ CNCAF, Sala IV, Biessy Ana María y otros c/E.N.(Mº Salud y Acción Social Sec. Salud) (C.E.N.A.R.E.S.O.) s/ empelo público del 29/08/00; Sala I en causas "Pastrana" y "Cavallo" del 08/06/99

⁶² La práctica administrativa objeto de discusión fue el suministro de Crotoxina (anaveneno ofídico utilizado para determinadas enfermedades terminales o crónicas) y la decisión del Ministerio de Salud y Acción Social sobre la continuidad de su aplicación, solo a quienes la estaban recibiendo –y no a otros particulares que solicitaban su suministro- a los fines de evaluar y controlar la investigación clínica que se estaba llevando a cabo.

*aplicarse porque en un caso ello haya ocurrido. Esto no sería igualdad ante la ley, sino ante la inaplicación de la ley, es decir fuera de la ley.(...) No cabe, pues, pedir igualdad en la ilegalidad ya que el trato desigual no puede provenir de que los favorecidos lo sean porque el administrador no aplicó la ley o la aplicó en una forma ilegal*⁶³.

IV. Requisitos del precedente administrativo y la fuerza vinculante

Para que el precedente tenga fuerza vinculante debe reunir dos identidades: 1. objetiva, que se refiere a las situaciones que deben ser resueltas por la Administración, las que deben configurarse como circunstancias idénticas o análogas en su sustancia; y 2. subjetiva, que implica que el precedente que se invoca y la decisión que se pretende, provengan de la misma persona jurídica pública.

En la primera cobran relevancia tres elementos del acto: la causa, el objeto y la forma del acto, aunque para determinar la identidad o la analogía aludida, deba ponderarse con mayor énfasis el primero de los elementos por sobre los otros dos⁶⁴.

Además de ello, se agrega otra condición: que no exista un interés público que justifique modificar el criterio previo. Es decir que una concreta y actual valoración del interés público, no debe exigir que se adopte una decisión distinta a las anteriores⁶⁵.

Es indudable que estas razones deben estar suficientemente acreditadas y justificadas.

La segunda identidad, atiende a que el sujeto del cual emana la actuación administrativa que sirve como precedente, sea el mismo que genera la situación fáctica posterior en la cual se invoca el criterio anterior⁶⁶.

Para los autores que aceptan esta fuente de derecho, si se cumplen con los dos requisitos, la Administración está obligada a encuadrar el caso posterior

⁶³ CNCAF, Sala IV Peluso Juan Carlos c/ M. De Salud y Acción Social s/amparo, del 12/08/86

⁶⁴ Grecco Carlos M., Apuntes para una teoría de las autolimitaciones de la administración pública...op.cit.,p.335/336.

⁶⁵ Ver Comadira Guillermo, Precedentes...op. y p.cit.

⁶⁶ Sesin Domingo J., Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 361.

en el precedente, que se convierte en vinculante para el supuesto concreto sucesivo⁶⁷.

Este criterio no es absoluto, en la medida que se acepta que razones de mérito y la ilegalidad del antecedente, como ya sostuvimos, son causales para eliminar la fuerza vinculante del precedente.

Por último, cabe indicar que el precedente, presupone el ejercicio de facultades discrecionales, pues como ha sostenido la Procuración del Tesoro de la Nación, las facultades regladas “no pueden crear ninguna fuente nueva ante la existencia de normas positivas”⁶⁸

En éstas, la Administración reduce su actividad a la constatación del supuesto de hecho, que la norma define en forma completa. En cambio la discrecionalidad supone cierta libertad, otorgada por una norma legal⁶⁹.

La actividad administrativa debe ser eficaz en la realización del interés público, pero esa eficacia o conveniencia u oportunidad en algunos supuestos es contemplada por el legislador o por los reglamentos, pero en otros se deja a la apreciación del órgano que dicta el acto⁷⁰

Es una “modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho”⁷¹.

⁶⁷ Sesin Domingo J., Administración Pública. Actividad reglada...op., p. 360/361

⁶⁸ PTN Dictamen 201:131

⁶⁹ Comadira Julio R., Derecho Administrativo, op.cit. Este profesor analiza la estructura técnica de la norma que atribuye discrecionalidad, distinguiendo tres elementos, el sujeto, el predicado y la cópula como coordinación, unión o conexión de sentido entre los dos primeros. Así señala que la conexión potestativa entre el supuesto de hecho (sujeto) y la consecuencia (predicado) “habilita, pues, la opción de actuar o no, y puede, incluso, significar la posibilidad de escoger diversas alternativas de acción”

⁷⁰ Gordillo Agustín, Tratado de derecho administrativo, Parte general, T.1, FDA, Buenos Aires, 2009, X-11

⁷¹ Sesin Domingo H., El control judicial de la discrecionalidad administrativa en Documentación Administrativa 269-270, mayo-diciembre 2004, INAP, España, p. 87 y ss. . Comadira Julio R. La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial, E.D. 186:601

En síntesis

Los precedentes administrativos para ser fuente de derecho y por ende ser instrumento de interpretación administrativa, deben reunir los requisitos mencionados, y las siguientes condiciones:

1-la reiteración de una conducta o comportamiento, modo o procedimiento no formal. Es decir que la Administración “vuelva a hacer lo que había hecho regularmente”.

2- siempre deberá denotar una misma conducta o actividad, clara y evidente, para fin de que se convierta en un estilo de actuación.

3- el transcurso del tiempo, de modo que la repetición se haya extendido durante un lapso, sin perjuicio de la variabilidad de su duración según cada costumbre y sociedad en el que se desarrolla.

4-el comportamiento reiterado no debe resultar contrario al ordenamiento jurídico.

5–inexistencia de una norma jurídica que regule de otra forma esa actuación o modalidad.

6- a nuestro criterio, no puede ser invocada por la Administración para empeorar la situación jurídica del particular; por ende coincidimos con los enfoques que le niegan entidad como fuente de obligaciones a cargo de aquel.

6- la decisión administrativa contraria al precedente debe justificar el apartamiento. En consecuencia deben exteriorizarse, en forma clara y precisa, las razones que motivan la modificación del precedente.

A ello se agrega, que tratándose del ejercicio de facultades discrecionales, el cambio de criterio ha de formularse de un modo general y no como enfoque para decidir un caso concreto. La modificación por razones de oportunidad, apreciadas con carácter discrecional, no puede tener efecto retroactivo, salvo a favor del administrado⁷².

⁷² Cassagne, Juan C.; “Derecho Administrativo”, T. I, 7ª Edición, LexisNexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 204. Carello, Luis A. La costumbre como fuente del derecho administrativo argentino, en “Fuentes de Derecho Administrativo”, Estudios de Derecho Administrativo XIII, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo (IEDA), Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 76.